

UiO • **Det juridiske fakultet**

# Bedriftsinterne aldersgrenser etter Gjensidigedommen

Kandidatnummer: 680

Leveringsfrist: 25.november 2012

Antall ord: 17 539



## **Innholdsfortegnelse**

<b>1</b>	<b>PROBLEMSTILLING OG BAKGRUNN.....</b>	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>DE RELEVANTE HENSYN.....</b>	<b>2</b>
<b>3</b>	<b>PRESENTASJON AV GJENSIDIGEDOMMEN .....</b>	<b>5</b>
<b>4</b>	<b>HISTORISK PERSPEKTIV – BAKGRUNNEN FOR HØYESTERETTS PROBLEMSTILLING.....</b>	<b>6</b>
<b>5</b>	<b>RETTLIGE PROBLEMSTILLINGER I GJENSIDIGEDOMMEN.....</b>	<b>8</b>
5.1	Direktivets stilling i norsk rett.....	8
5.2	Direktivets innhold.....	9
5.3	Implementeringen av direktivet i norsk rett – hovedregelen i aml. §13-1 .....	10
5.4	Unntakene i arbeidsmiljøloven § 13-3 2.ledd og § 15-13a 1. ledd .....	11
5.4.1	Forholdet mellom arbeidsmiljøloven § 13-3 2.ledd og § 15-13a 1.ledd.....	12
5.4.2	Innholdet i unntakene.....	13
<b>6</b>	<b>GRUPPEBETRAKTNING OG KONKRET VURDERING .....</b>	<b>15</b>
6.1	Lov og forarbeider .....	15
6.2	Høyesteretts vurderinger.....	17
6.2.1	Utgangspunktet i vurderingen .....	17
6.2.2	Forarbeider.....	17
6.2.3	Ulikheter mellom faktum i Gjensidigedommen og tidligere praksis.....	19
6.2.4	EU-praksis .....	20
6.2.5	Juridisk teori .....	21
6.3	Konklusjon.....	22
<b>7</b>	<b>BETYDNINGEN AV GRUNNLAGET FOR ALDERSGRENSEN .....</b>	<b>22</b>
7.1	Likheter mellom tariffavtale og ensidig fastsatt ordning.....	22

7.2	Ulikheter mellom tariffavtale og ensidig fastsatt ordning .....	23
7.3	Konklusjon.....	25
<b>8</b>	<b>PENSJONSREFORMENS BETYDNING FOR VURDERINGEN .....</b>	<b>25</b>
8.1	Pensjonsreformens bakgrunn og innhold.....	26
8.2	Betydningen av målet om å holde folk i arbeid .....	27
8.3	Betydningen av å kunne opptjene en bedre pensjon .....	28
8.4	Betydningen av å være i arbeid .....	29
8.5	Konklusjon.....	29
8.6	Avsluttende bemerkninger.....	30
<b>9</b>	<b>DE TRADISJONELLE VILKÅR .....</b>	<b>31</b>
9.1	Ordningen har vært kjent blant de ansatte .....	31
9.1.1	Rettspraksis.....	31
9.1.2	Nyere lovbestemmelser.....	32
9.1.3	Konklusjon.....	34
9.2	Ordningen har vært konsekvent praktisert.....	34
9.2.1	Rettspraksis.....	34
9.2.2	Teori .....	35
9.2.3	konklusjon.....	36
9.3	Arbeidstaker mottar en tilfredsstillende pensjonsordning .....	37
9.3.1	Rettspraksis.....	37
9.3.2	OTP- loven .....	39
9.3.3	Pensjonsreformen .....	40
9.3.4	Konklusjon.....	41
9.4	Spørsmålet om de tradisjonelle vilkår blir konsumert av vurderingen etter arbeidsmiljøloven § 13-3 2.ledd og direktivet.....	41
9.4.1	Praksis om vilkårene generelt sett.....	42
9.4.2	Vilkåret om kjennskap .....	43
9.4.3	Vilkåret om konsekvent praksis .....	44
9.4.4	Vilkåret om tilfredsstillende pensjonsordning .....	45

9.4.5	Konklusjon.....	48
<b>10</b>	<b>ALDERSGRENSER UNDER 67 ÅR.....</b>	<b>48</b>
10.1	Formål som kan være legitime .....	49
10.2	Hensyn i forholdsmessighetsvurderingen.....	50
10.3	Rettspraksis.....	51
10.4	Konklusjon.....	53
<b>11</b>	<b>KAN MAN HA TO ELLER FLERE ALDERSGRENSER I EN BEDRIFT? ...</b>	<b>53</b>
11.1	Ulike aldersgrenser i samme bedrift .....	53
11.2	Innføring og endring av aldersgrense .....	54
11.3	Konklusjon.....	55
<b>12</b>	<b>AVSLUTNING .....</b>	<b>56</b>
<b>13</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>58</b>
13.1	Lovgivning.....	58
13.1.1	Norsk lov. ....	58
13.1.2	Utenlandsk lov.....	59
13.2	Forarbeider.....	59
13.3	Norske dommer.....	60
13.3.1	Høyesterett.....	60
13.3.2	Underrettsdommer.....	61
13.4	Direktiver.....	61
13.5	Dommer fra EU- domstolen .....	61
13.6	Juridisk teori .....	62
13.7	Artikler.....	62
13.8	Nettdokumenter.....	63

## 1 Problemstilling og bakgrunn

Arbeidsmiljøloven (aml.) §15-13a(1) har som hovedregel 70 års aldersgrense for når et arbeidsforhold kan bringes til opphør. Det tradisjonelle utgangspunkt for lavere bedriftsinterne aldersgrenser var at de var lovlige dersom tre vilkår var oppfylt. Disse vilkårene var at ordningen måtte være konsekvent praktisert, kjent blant de ansatte og kombinert med en tilfredsstillende pensjonsordning. Vilråene ble utviklet gjennom rettspraksis, og er i dag kjent som de tradisjonelle vilkår. Ved inkorporeringen av EU- direktiv 2000/78/EF i norsk rett i 2004 ble det innført et forbud mot diskriminering i arbeidsmiljøloven kapittel 13.<sup>1</sup> Med dette fulgte nye vilkår for bedriftsinterne aldersgrenser. For at en bedriftsintern aldersgrense skulle være tillatt ble det nå krav om at den måtte ha et saklig formål, samt være forholdsmessig og nødvendig.<sup>2</sup> Dette reiste spørsmål om de tidligere lovlige aldersgrensene nå var ulovlig diskriminerende. Dette var problemstillingen da Høyesterett i Rt.2011 s. 964 *Gjensidige* for første gang skulle vurdere en bedriftsintern aldersgrense. Saken gjaldt en ansatt i *Gjensidige* som på grunn av bedriftens aldersgrense på 67 år hadde blitt bedt om å fratru sin stilling, og det var ingen tvil om at de tradisjonelle vilkår var oppfylt. Høyesterett løste problemstillingen gjennom en gruppetilnærming og en vurdering av loven opp mot direktivet. Gruppetilnærmingen innebar at aldersgrensen ble vurdert i forhold til arbeidstakere som gruppe, og ikke i forhold til den enkelte. Høyesterett kom til at myndighetene hadde akseptert 67-års aldersgrenser på overordnet plan, og at denne aldersgrensen derfor fortsatt var lovlig. Med dette skapte Høyesterett ny aktualitet for de tradisjonelle vilkår, siden disse nå ble avgjørende i forhold til om en 67-års aldersgrense er lovlig.

Jeg skal i denne oppgaven se på Høyesteretts vurderinger i *Gjensidige*, særlig med fokus på den konkrete vurdering (punkt 6), men også hvilken betydning grunnlaget for aldersgrensen har (punkt 7), og hvordan pensjonsreformen vil kunne ha en innvirkning på resultatet i en

---

<sup>1</sup> Aml. §13-1

<sup>2</sup> Aml. §15- 13a(1), jf. § 13-3(2)

fremtidig sak med samme problemstilling. Her vil jeg også drøfte hvorvidt Høyesterett burde vurdert pensjonsreformen (punkt 8). Videre vil jeg i lys av at *Gjensidige* har flyttet fokus tilbake på de tradisjonelle vilkår, forsøke å avklare hva rettstilstanden er for disse vilkårene, og også se på om *Gjensidige* har hatt betydning for innholdet i dem (punkt 9). Til slutt vil jeg drøfte to problemstillinger i tilknytning til dette. For det første på hvilke vilkår man kan fastsette aldersgrenser under 67 år (punkt 10). For det andre hvorvidt det er adgang til å ha to eller flere aldersgrenser i samme bedrift (punkt 11).

Det er for denne oppgaven viktig å gjøre to presiseringer.

For det første må forskjellen mellom begrepene aldersgrense og pensjonsalder avklares. Pensjonsalder blir vanligvis brukt om det tilfellet at en person får rett til pensjon på et visst tidspunkt, og dermed en *rett* til å fratrukke seg pensjon. Aldersgrense er derimot det tilfellet at en person får en *plikt* til å fratrukke seg sin stilling.<sup>3</sup> I forhold til direktiv 2000/78/EF presiseres i det i fortalens punkt 14 at direktivet ikke berører nasjonale bestemmelser om pensjonsalder.

For det andre må det presiseres at denne oppgaven tar for seg vilkårssiden av reglene. Virkningen av brudd på reglene om aldersdiskriminering blir derfor ikke behandlet.

## 2 De relevante hensyn

Prinsippet om likebehandling er det bakenforliggende hensynet og grunnsteinen i forbudet mot diskriminering. Dette er hovedregelen, og andre motstridende hensyn må veies mot dette for å kunne begrunne saklig forskjellsbehandling. Bedriftsinterne aldersgrenser representerer en direkte diskriminering av eldre, og er derfor i utgangspunktet klart motstridende dette hensynet.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Evju (2010) s. 623

<sup>4</sup> Se punkt 5.3

Grunnlaget for aldersgrensen i *Gjensidige* var en pensjonsordning hvor generelle arbeidsmarkedshensyn lå bak, som hensynet til yngre arbeidstakeres mulighet for å komme inn på arbeidsmarkedet og forutberegnelighet for både arbeidstaker og arbeidsgiver. Slike hensyn skiller seg fra de tilfeller hvor grunnlaget er hensynet til helse og sikkerhet. Dette fremgår blant annet av Ot.prp.nr. 104 (2002-2003), hvor departementet uttalte at aldersgrenser på bakgrunn av helse- og sikkerhetsmessige hensyn med stor sannsynlighet ville falle under unntaket fra diskrimineringsforbudet. Aldersgrenser som i hovedsak baserer seg på at en tjenstepensjonsordning trer i kraft, stilte de seg derimot mer tvilsomme til om fortsatt kan opprettholdes.<sup>5</sup> Det ser derfor ut til at det skal mer tungtveiende hensyn til for å begrunne den type ordning som var aktuell i *Gjensidige*, enn de ordninger som begrunnes i forsvarlighetsvurderinger. Dette vil særlig være aktuelt under drøftelsen om lavere aldersgrenser enn 67 år senere i oppgaven.

I det videre presenteres de hensyn som er relevante for bedriftsinterne aldersgrenser slik ordningen var i *Gjensidige*.

Hensynet til en verdig avgang går ut på at arbeidstaker gjennom en aldersgrense slipper å bli oppsagt på grunn av at han ikke klarer å utføre arbeidet sitt tilfredsstillende, men heller fratrer på grunn av aldersgrensen. Arbeidsgiver slipper på sin side å foreta en konkret vurdering av hver enkelt, slik at aldersgrensen kan håndheves konsekvent og generelt. Dette har særlig betydning for det tradisjonelle vilkåret om konsekvent praksis, siden en generell aldersgrense uten konkret vurdering er en forutsetning for at det skal kunne dannes en konsekvent praksis. På den annen side vil en slik praktisering føre til at det ikke tas hensyn til de enkeltpersoner som ønsker å jobbe ut over en aldersgrense, og den personlige interesse disse har i å fortsette sitt arbeidsliv. Statistisk sett vil flere arbeidsplasser rammes jo lavere en aldersgrense fastsettes, slik at dette hensynet dermed får større betydning.

---

<sup>5</sup> Ot.prp.nr. 104 (2002-2003) s.30

Fleksibilitet i arbeidslivet kommer inn som et hensyn for bedriftsinterne aldersgrenser. Muligheten for å fastsette lavere aldersgrenser gir arbeidsgivere og arbeidstakere en mulighet for å avtale aldersgrenser etter det behovet som gjelder for bedriften eller bransjen. Dette stiller seg noe annerledes for de ensidig fastsatte bedriftsinterne aldersgrensene, som ikke har noe avtalemessig grunnlag.

Hensynet til forutberegnelighet tilsier at både arbeidstaker og arbeidsgiver har fordel av å vite når arbeidstaker skal fratre i god tid før det faktisk skjer, og klare bedriftsinterne aldersgrenser bidrar til dette. På den annen side vil man ved å tillate ensidig fastsatte aldersgrenser risikere at forskjellene mellom bedriftene blir store, selv innenfor samme bransje. Forutberegneligheten for arbeidstakerne som gruppe blir da svekket.

Hensynet til å slippe de unge til på arbeidsmarkedet, og til å kunne forfremme yngre medarbeidere er også et relevant hensyn.<sup>6</sup> En aldersgrense vil kunne påse at det blir en gjennomstrømming av ansatte i bedriften, slik at eldre arbeidstakere ikke sitter på de høyere stillingene og de yngre dermed ikke slipper til.

Retten til pensjon vil kunne veie opp for den eventuelle ulempen den enkelte måtte bli utsatt for. Dette kan i seg selv ikke begrunne en bedriftsintern aldersgrense, men vil tale for at aldersgrensen ikke er uforholdsmessig.<sup>7</sup> På den annen side er det et viktig hensyn både i og utenfor EU at befolkningen stadig blir eldre, og at behovet for arbeidskraft dermed øker.<sup>8</sup> I Norge reflekteres dette gjennom pensjonsreformen, og myndighetenes satsing på å holde eldre lenger i arbeid ved å øke aldersgrensen for opparbeidelse av pensjon. I forhold til dette hensynet passer det dårlig å tillate bedriftsinterne aldersgrenser som kan gjøre at folk går av med pensjon tidligere enn nødvendig.

---

<sup>6</sup> Rt.2012 s.219 avsn. 66, Barnard (2012) s. 373

<sup>7</sup> Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) pkt. 8.4.4

<sup>8</sup> Barnard (2012) s. 343



### 3 Presentasjon av Gjensidigedommen

Saken *Gjensidige* gjaldt Gjensidiges bedriftsinterne aldersgrense på 67 år og om denne innebar et brudd på forbudet mot aldersdiskriminering i aml. §13-1, jf. § 13-3(2) og 15-13a(1).

A hadde jobbet i bedriften siden 1982 og var senior kunderådgiver da hun 7. oktober 2009 fylte 67 år. Arbeidsoppgavene hennes var blant annet service og salg av skade- og livsfor- sikringer til privatkunder. Hun hadde i mars 2009 søkt Gjensidige om å få fortsette i stil- lingen etter fylte 67 år, men søknaden ble avslått med den grunn at Gjensidige praktiserte 67års aldersgrense.

Etter forsøk på å komme til enighet gikk A til sak ved Oslo tingrett 11. september 2009 med krav om at opphøret var ugyldig, samt krav om erstatning. A fikk medhold i at aldersgrensen var i strid med diskrimineringsforbudet og ble tilkjent erstatning for tapt lønnsinntekt. Gjensidige anket til Borgarting lagmannsrett. Lagmannsretten frifant Gjensi- dige med den begrunnelse at ordningen med aldersgrensen falt inn under unntaket i aml. §13-3(2). A anket så til Høyesterett. Partene var da enige om at de tradisjonelle vilkår var oppfylt, altså at aldersgrensen var blitt praktisert konsekvent, at den var kjent for de ansatte og at det forelå en god pensjonsordning (70 % ytelsesbasert tjenstepensjon).

Spørsmålet var om aldersgrensen var blitt ugyldig da direktiv 2000/78/EF ble innført i 2004. Høyesterett gikk grundig inn i EU-retten med hensyn til direktivet og tolket hvordan dette skulle forstås i forhold til de norske reglene. De fant at visse kriterier må være oppfylt etter direktivets artikkel 6, og at de norske reglene tilsvarende dette: "Etter artikkel 6 nr. 1 må det først vurderes om diskrimineringen er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt for- mål, dernest om diskrimineringen er hensiktsmessig og nødvendig for å nå målet. I ar- beidsmiljøloven § 13-3 annet ledd er det første kriteriet formulert som et saklighetskriteri-

um, mens det siste er formulert som et forholdsmessighetskriterium.<sup>9</sup> De påpekte videre at direktivet retter seg mot statene og at det derfor var for snevert å bare se på Gjensidiges begrunnelse for aldersgrensen, og at EU- domstolens praksis må forstås slik at vurderingen skal skje ut ifra en gruppebetragtning.

Høyesterett gikk så over til en vurdering av om myndighetene hadde akseptert en 67- års aldersgrense, og om dette var objektivt og rimelig begrunnet i legitime formål. De fant at dette var tilfelle, og begrunnet det blant annet i uttalelser i forarbeider og de sosialpolitiske formål bak aksepten. Til slutt gikk Høyesterett inn på hensiktsmessighets- og nødvendighetsspørsmålet. De viste til saken *Rosenbladt* fra EU- domstolen som omhandlet en tysk lovbestemmelse som tillot tariffavtaler med aldersgrenser.<sup>10</sup> Lovbestemmelsen ble av EU- domstolen ansett å være i tråd med direktivet, og Høyesterett mener denne saken må bedømmes på samme måte. Til slutt presiserte de at de la betydelig vekt på den meget gode pensjonsordningen og at aldersgrensen var relativt høy i europeisk sammenheng.

Høyesterett konkluderte med at aldersgrensen var i samsvar med direktivet og dermed også med aml. §13-3(2). Anken ble forkastet.

#### **4 Historisk perspektiv – bakgrunnen for Høyesteretts problemstilling**

Den historiske utviklingen av reglene om aldersgrenser er et viktig bakteppe for problemstillingen Høyesterett sto overfor i *Gjensidige*. Målet i det følgende er derfor, gjennom en fremstilling av den historiske utvikling, å klargjøre hvordan Høyesteretts problemstilling oppsto og hvilken rettslig sammenheng den inngår i.

---

<sup>9</sup> Rt. 2011 s. 964, avsnitt 48

<sup>10</sup> Sag C-45/09 *Rosenbladt mot Oellerking*

Det er lang tradisjon i norsk rett for regler om aldersgrenser, og mye både av eldre lovtekst og vilkår utviklet i rettspraksis er fortsatt en del av dagens rettskildebilde.

70-årsregelen i aml. §15-13a(1) 1.punktum fastsetter at man som hovedregel ikke kan bringe et arbeidsforhold til opphør før vedkommende har fylt 70 år. Helt fra Arbeidervernloven av 1936 måtte reglene om oppsigelsesvern vike når retten til bedriftspensjon inntrådte, og det ble gradvis utviklet strengere vilkår, både gjennom lovgivning og rettspraksis. 70-årsregelen slik vi kjenner den i dag ble lovfestet i 1972, i forbindelse med en endring av pensjonsalderen etter folketrygden fra 70 til 67 år. Det ble da fastsatt at det ikke var saklig grunn å si opp noen før fylte 70 år kun på grunnlag av at arbeidstakeren hadde oppnådd pensjonsalderen etter folketrygden. Dette ble gjort fordi den tidligere bestemmelsen om aldersgrense hadde relatert aldersgrensen til oppfylt pensjonsalder. Myndighetene ville med dette presisere at aldersgrensen ikke hadde endret seg. Denne bestemmelsen ble videreført i aml. av 1977 § 60 nr. 4, og aml. av 2005 § 15-7(4). I 2009 ble regelen flyttet og ordlyden endret til den nå gjeldende aml. § 15-13a(1)1.punktum.<sup>11</sup> Regelen gikk da fra å være en oppsigelsesvernregel til å være en egen opphørsregel. Dette ble gjort fordi departementet mente regelen terminologisk ikke hørte hjemme under § 15-7.<sup>12</sup> Det ble også presisert i forarbeidene at den endrede ordlyden ikke innebar noen endring i innhold.<sup>13</sup>

Aml.§15-13a(1) 2.punktum er et unntak fra hovedregelen om 70-års aldersgrense. Dette unntaket ble først lovfestet i 2009, og fastsatte at vilkårene for lovlig diskriminering som ble innført i 2004 skulle gjelde for lavere aldersgrenser enn 70 år. Det hadde imidlertid også før diskrimineringsbestemmelsene og innføringen av det lovfestede unntaket vært et ulovfestet unntak for bedriftsinterne aldersgrenser. Parallelt med utviklingen av 70-årsgrensen ble det gjennom rettspraksis utviklet tre vilkår for unntak, de såkalte tradisjonelle vilkår. Disse var (1) at ordningen måtte være konsekvent praktisert, (2) at den har vært kjent blant de ansatte og (3) at vedkommende arbeidstaker ved avgang har mottatt en til-

---

<sup>11</sup> Jakhelln (2000) s. 764 flg.

<sup>12</sup> Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s. 67

<sup>13</sup> Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s. 85

fredsstillende tjenstepensjonsordning. Disse tre vilkårene ble utviklet gjennom tre underrettsdommer: RG 1968 s.371, NAD 1986 s.208 og LB- 1995 -1486.<sup>14</sup>

Før 2004 og innføringen av diskrimineringsreglene var det kun de tre nevnte vilkårene som avgjorde hvorvidt en aldersgrense var lovlig eller ikke. Da diskrimineringsreglene ble innført ble det krav om at aldersgrensen skulle ha et saklig formål, være nødvendig og ikke uforholdsmessig.<sup>15</sup> Dette reiste tvil om de tradisjonelle vilkårene fortsatt skulle gjelde, og om de i så fall skulle vurderes i tillegg til vilkårene etter de nye diskrimineringsbestemmelsene. Dette er en egen problemstilling under behandlingen av de tradisjonelle vilkår i punkt 9.4.

I *Gjensidige* var problemstillingen om en tidligere lovlig aldersgrense i henhold til de tradisjonelle vilkår, fortsatt var lovlig etter innføringen av diskrimineringsbestemmelsene. Dette satte altså den lange tradisjonen i norsk rett på prøve, opp mot de helt nye EU- reglene.

## 5 Rettslige problemstillinger i Gjensidigedommen

Hovedproblemstillingen i *Gjensidige* innebar en tolkning av diskrimineringsforbudet i aml. §13-1(1) og om aldersgrensen falt under unntaksbestemmelsen i § 13-3(2) jf. § 15-13a(1). Disse bestemmelsene er inkorporert i norsk rett i henhold til EU-direktiv 2000/78/EF. Det er derfor viktig å klargjøre innholdet og bruken av disse bestemmelsene. I det følgende vil jeg se på de ulike rettslige problemstillingene saken reiste.

### 5.1 Direktivets stilling i norsk rett

I Norge følges som hovedregel det dualistiske prinsipp, som innebærer at EU/EØS- retten for å få virkning i Norge må inkorporeres i norsk rett. EØS- avtalen innebærer imidlertid en

---

<sup>14</sup> Utredning om arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd (2008) pkt. 10.1.2

<sup>15</sup> Utredning om arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd (2008) pkt. 10.2, aml. § 13-3(2)

forpliktelse for myndighetene til å gjennomføre EØS-retten på en korrekt måte.<sup>16</sup> *Gjensidige* gjaldt en norsk lovbestemmelse som ble innført som følge av en inkorporering av direktiv 2000/78/EF. Direktivet er ikke en del av EØS-avtalen, og Norge er således ikke juridisk forpliktet til å følge denne. Norge valgte likevel å implementere direktivet, og en problemstilling som da reiser seg for Høyesterett er hvilken rettslig stilling direktivet og EU-domstolens avgjørelser skal ha for lovtolkningen.

I *Gjensidige* la Høyesterett til grunn at aml. bestemmelser skal tolkes på grunnlag av direktivet.<sup>17</sup> Dette fremkommer blant annet av Rt.2010 s. 202 *Kystlink*, som omhandler sjømannsloven § 19 om en aldersgrense på 62 år, tilsvarende aml. 70-årsgrense. Her kom Høyesterett til at forarbeidene forutsetter at domstolene skal bruke direktivet når de skal tolke loven. De konkluderte så med at "Domstolene må som utgangspunkt vurdere spørsmålet på selvstendig grunnlag på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EF-domstolen." Dette er også senere bekreftet av Høyesterett i Rt.2012 s. 219 *Helikopterpilot*.

Det er dermed klart i norsk rett at direktivet og EU-domstolens avgjørelser skal brukes som rettskilde ved tolkningen av de norske lovbestemmelsene, selv om Norge ikke er juridisk forpliktet til å følge direktivet.

## 5.2 Direktivets innhold

Direktivet skal altså brukes som rettskilde ved tolkningen, og problemstillingen er da hvordan direktivet skal forstås.

I *Gjensidige* fastsetter Høyesterett først formålet med direktivet, som er å gjennomføre prinsippet om likebehandling og bekjempe forskjellsbehandling i arbeidslivet på grunn av

---

<sup>16</sup> EØS-rett (2011), EØS-loven

<sup>17</sup> Rt. 2011 s. 964 avsn. 44

blant annet alder, jf. artikkel 1. Bestemmelsene oppstiller minimumsvilkår som verner alle personer i alle deler av et individuelt arbeidsforhold, fra ansettelse til opphør.<sup>18</sup>

Høyesterett nevner deretter hovedregelen i artikkel 2, som setter et generelt forbud mot direkte og indirekte diskriminering. Videre siterer de unntaket i artikkel 6 nr.1 for diskriminering på grunn av alder. Unntaket fastsetter at " ulige behandling på grund af alder [utgjør ikke] forskjellsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret (...) og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige". Hvis disse vilkår er oppfylt kan statene bestemme at forskjellsbehandlingen likevel ikke er å anse som diskriminering. Direktivet setter altså opp to grupper vilkår: Forskjellsbehandlingen må være objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål, og formålene må være hensiktsmessige og nødvendige.

Direktivet favner altså vidt, men Høyesterett påpeker at det gir statene en vid skjønnsmessig adgang til å bestemme unntak for aldersdiskriminering under visse vilkår. I norsk rett er hovedregelen om forbud mot diskriminering fastsatt i aml. §13-1(1) og unntaksadgangen brukt i aml. §§13-3(2) og 15-13a.

### **5.3 Implementeringen av direktivet i norsk rett – hovedregelen i aml. §13-1**

Etter å ha konstatert at de norske bestemmelsene skal tolkes i henhold til direktivet og hva dette innebærer, er neste problemstilling hvordan direktivet er implementert i norsk rett og hvordan disse reglene har betydning for bedriftsinterne aldersgrenser.

I *Gjensidige* påpekte Høyesterett først lovens hovedregel om forbud mot diskriminering i aml. §13-1(1). § 13-1(1) er den sentrale bestemmelsen i aml. kapittel 13, og gir et forbud mot diskriminering, trakassering og instruks om å diskriminere. Bestemmelsen gjelder både direkte og indirekte diskriminering, men i *Gjensidige* og denne oppgaven er det kun direkte diskriminering som er aktuelt. Bedriftsinterne aldersgrenser er både en åpenlys diskrimine-

---

<sup>18</sup> 2000/78/EF art. 3 nr. 1

ring og representerer en klart dårligere behandling av eldre, slik at det ikke er noen tvil om at det er snakk om direkte diskriminering.<sup>19</sup> Bestemmelsen verner både høy og lav alder, men for denne oppgavens del er det kun høy alder som er tema.<sup>20</sup>

Utgangspunktet for Høyesteretts behandling i *Gjensidige* var derfor at hovedregelen i aml. §13-1(1) innebærer at bedriftsinterne aldersgrenser i utgangspunktet faller under forbudet mot diskriminering. De er derfor ulovlige hvis de ikke favnes av unntaksbestemmelsene.

#### **5.4 Unntakene i arbeidsmiljøloven § 13-3 2.ledd og § 15-13a 1. ledd**

*Gjensidiges* utgangspunkt var altså at det i henhold til loven er ulovlig diskriminerende med bedriftsinterne aldersgrenser. Spørsmålet blir da om bedriftsinterne aldersgrenser omfattes av unntak som gjør at de likevel kan være lovlige, og hva vilkårene for dette er.

Arbeidsmiljøloven § 13-3(2) lyder som følger:

*§ 13-3. Unntak fra forbudet mot diskriminering*

*(2) Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles er ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering, diskriminering på grunn av alder eller diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt.*

Arbeidsmiljøloven § 15-13a 1.ledd lyder som følger:

*§ 15-13a. Opphør av arbeidsforhold grunnet alder*

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

---

<sup>19</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) pkt. 8.3.5.3

<sup>20</sup> Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) pkt. 15.2.2

#### 5.4.1 Forholdet mellom arbeidsmiljøloven § 13-3 2.ledd og § 15-13a 1.ledd

For den videre behandling av unntakene er det viktig å avklare forholdet mellom aml. §13-3(2) og § 15-13a(1). § 15-13a(1)2.punktum angir vilkårene "saklig begrunnet" og "ikke uforholdsmessig inngripende". § 13-3(2) angir i tillegg et nødvendighetskrav. Det kan dermed etter ordlyden se ut til at vilkåret om nødvendighet ikke gjelder for § 15-13a(1) 2.punktum. § 15-13a(1)2.punktum viser imidlertid til § 13-3(2), og spørsmålet er da om begge skal brukes, eller om § 15-13a(1)2.punktum kun er en henvisningsregel.

I forarbeidene uttaler departementet at vurderingen av adgangen til lavere aldersgrenser enn 70 år i § 15-13a(1) skal skje "innenfor rammen av" § 13-3(2).<sup>21</sup> De viser videre til ordlyden av vilkårene i § 15-13a(1), og det kan se ut til at de forutsetter at vilkårene etter de to bestemmelsene er sammenfallende.

I *Gjensidige* tar Høyesterett utgangspunkt i 13-3(2), og jamfører med § 15-13a(1).<sup>22</sup> De konstaterer at vilkårene etter direktivet og § 13-3(2) er de samme, og ser ut til å dele vilkårene etter § 13-3(2) i to, saklighet og forholdsmessighet. Etter juridisk teori<sup>23</sup> og *Helikopterpilot* regnes nødvendighet for å være et eget vilkår, slik at det blir tre vilkår. Dette, og den faktiske vurderingen av om aldersgrensen er hensiktsmessig og nødvendig, gjør at det kan stilles spørsmål om de utelater nødvendighetskravet. Det blir da et spørsmål om de i vurderingen faktisk forholder seg til ordlyden i § 15-13a(1) selv om de fremstiller nødvendighetskravet som noe de skal vurdere. Denne utelatelsen kan være et utslag av at de vurderer aldersgrensen på et lovgivernivå og ikke i forhold til den konkrete bedriften. I dommer fra EU- domstolen blir det i stor grad overlatt til myndighetene å vurdere om det konkret er nødvendig, så lenge formålet fremstår som legitimt og ikke uforholdsmessig.<sup>24</sup> Høyesterett kan dermed ha utelatt nødvendighetskravet på grunn av at de mener saken skal bedømmes

---

<sup>21</sup> Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s. 85

<sup>22</sup> Rt.2011 s. 964, avsnitt 33

<sup>23</sup> Hotvedt (2012)

<sup>24</sup> Jf. blant annet Rosenbladt og Sag C-411/05 de la Villa



på samme måte og på samme nivå som *Rosenblatt*, og derfor ikke har behøvd å ta et valg i forhold til § 15-13a(1).<sup>25</sup>

I *Helikopterpilot*, som omhandlet en tariffavtalt aldersgrense, nevnes ikke § 15-13a(1) 2. punktum i det hele tatt som grunnlag, her går Høyesterett kun inn på § 13-3(2). Dette gir klare signaler på at § 15-13a(1) kun er en henvisningsregel.

På grunnlag av forarbeidene og høyesterettspraksis ser det ut til at § 15-13a(1)2.pkt. fungerer som en henvisningsregel når det gjelder vilkårene, og at den konkrete vurderingen deretter skjer med grunnlag i § 13-3(2). Vilråene i § 15-13a(1)2.punktum får dermed liten selvstendig betydning, ut over å presisere at det er de samme vilråene som i § 13-3(2). Det får derfor ingen praktisk betydning at nødvendighetskravet kan se ut til å mangle i § 15-13a(1)2.pkt.

#### 5.4.2 Innholdet i unntakene

I det videre legges det til grunn at § 15-13a(1)2.punktum er en henvisningsregel, og at vurderingen av vilråene derfor vil bli den samme som etter § 13-3(2). Bestemmelsene behandles derfor samlet i det følgende. Problemstillingen er hva innholdet i bestemmelsene er.

Aml. § 15-13a(1) er et særlig unntak i henhold til unntaksbestemmelsen § 13-3(2). §13-3(2) åpner på visse vilkår for en utvidet adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder i tråd med direktivets artikkel 6 nr. 1. Hva som er en lovlig forskjellsbehandling er opp til en konkret, skjønsmessig vurdering, men det må foreligge et saklig og legitimt formål, og at midlene for å oppnå dette formålet er nødvendige og forholdsmessige.<sup>26</sup> På grunnlag av dette fastsetter § 15-13a(1) for det første at arbeidstaker etter fylte 70 år ikke lenger har oppsigelsesvern. Det er gjennom forarbeidene fastslått at dette ikke kommer i konflikt med

---

<sup>25</sup> Rt. 2011 s. 964 avsnitt 66

<sup>26</sup> Ot.prp.nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.4.5.3

diskrimineringsbestemmelsene.<sup>27</sup> Før fylte 70 år er derimot arbeidstaker fullt ut vernet av oppsigelsesvernet, med unntak av de tilfeller som faller under 2.punktum. Her åpner loven for at det på annet grunnlag, og under vilkår som nevnt i § 13-3(2) kan fastsettes lavere aldersgrenser enn hovedregelen om 70 år.

"Annet grunnlag" bygger på tidligere praksis, og har tradisjonelt sett omfattet både ensidige bestemmelser fra arbeidsgiver, tariffavtaler og individuelle avtaler.<sup>28</sup>

Saklighetskravet i § 13-3(2) er objektivt, slik at arbeidsgivers mening om sakligheten ikke legges til grunn.<sup>29</sup> Overordnede sysselsettings- og arbeidsmarkedspolitiske hensyn nevnes konkret som saklige formål i direktivets artikkel 6 nr. 1, men også virksomhetsrelaterte hensyn kan være saklige, i og med at ordlyden ikke knytter saklighetskravet opp mot noe bestemt.<sup>30</sup> Hensynene som påberopes må imidlertid etter EU-domstolens praksis være av allmenn interesse.<sup>31</sup> Når det gjelder kravene til nødvendighet og forholdsmessighet har departementet i Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) uttalt at "avgangsalderen ikke settes lavere eller omfatter flere grupper enn det som er nødvendig for å oppnå formålet." Hvilke midler som skal brukes for å nå formålet har landene en vid skjønnsmessig adgang til å bestemme selv, men EU-domstolen har presisert at denne vide margin ikke må få som virkning at diskrimineringsforbudet blir illusorisk.<sup>32</sup> Det er videre lagt til grunn at en gruppetilnærming kan brukes ved vurderingen av disse vilkårene, slik at spørsmålet blir om arbeidstakerne som gruppe, ikke hver enkelt arbeidstaker, blir ulovlig diskriminert.<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s. 63

<sup>28</sup> Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s. 85

<sup>29</sup> Hotvedt (2012) note 3,5 til aml. §13-3

<sup>30</sup> Hotvedt (2012) note 5 til aml. §13-3

<sup>31</sup> Sag C-388/37 Age Concern , premiss 46

<sup>32</sup> Sag C-388/37 Age Concern premiss 51

<sup>33</sup> Rt. 2011 s. 964 avsn. 53, Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s. 60

## 6 Gruppebetraktning og konkret vurdering

Da saken om Gjensidiges aldersgrense skulle opp til Høyesterett, var det store forventninger til den endelige avklaringen av forholdet mellom diskrimineringsreglene og de bedriftsinterne aldersgrensene.<sup>34</sup> I ettertid har det vært både jubel og kritikk, både til resultatet og fremgangsmåten.<sup>35</sup> Jeg skal nå på bakgrunn av dette se nærmere på noen av Høyesteretts vurderinger.

Høyesterett vurderer grundig forståelsen av direktivet, og om dette er korrekt gjennomført i norsk rett. Det kan imidlertid se ut som de utelater et viktig aspekt, nemlig den konkrete vurderingen av Gjensidiges aldersgrense. Høyesterett forholder seg gjennom store deler av dommen kun til hvordan myndighetene har gjennomført direktivet. De ser på om de legitime formål som kreves av direktivet for at en unntaksbestemmelse skal kunne gis i nasjonal rett er til stede, og om aksepten fra myndighetene av 67-års aldersgrenser er hensiktsmessig og nødvendig. Høyesterett har slik sett opphøyet vurderingen til en vurdering av om loven er riktig gjennomført, og ikke en konkret vurdering av aldersgrensen opp mot loven. Problemstillingen i det følgende er derfor om Høyesterett burde foretatt en mer konkret vurdering i saken.

### 6.1 Lov og forarbeider

I følge aml. § 2-1 er arbeidsgiver pliktsubjekt etter loven. I forhold til § 15-13a(1) vil det derfor som utgangspunkt være arbeidsgiver som skal foreta vurderingen av om vilkårene er oppfylt, og som har ansvaret for at de er oppfylt for bedriften. Ordlyden i § 15-13a(1) tilsier ikke at lovgiver har ment noe annet enn at hovedregelen skal gjelde. Det mest naturlige er da at arbeidsgiver foretar vurderingen i forhold til sine ansatte. Dette tilsier at domstolsvurderingen av vilkårene må ta utgangspunkt i hver enkelt bedrift.

---

<sup>34</sup> NHO (2011a)

<sup>35</sup> NHO (2011b), Evju (2011)

§13-3(2) omtaler "den eller de som forskjellsbehandles". Det er klart at det her vises til en konkret skjønsmessig vurdering i forhold til de som forskjellsbehandles, men det avgrenses ikke noe nærmere.<sup>36</sup> Ordlyden i loven sier altså ikke noe om det er aldersgrensens lovlighet overfor hver enkelt arbeidstaker som skal vurderes, eller om det skal deles inn større eller mindre grupper av arbeidstakere, såkalt gruppetilnærming. I forhold til aml. regler i kapittel 15 om oppsigelse er det klart at det gjelder et prinsipp om individuell saklighet, altså at sakligheten skal vurderes for den enkelte.<sup>37</sup> Det er altså et spørsmål om dette også vil gjelde ved opphør av arbeidsforholdet på grunn av en aldersgrense. §13-3(2) ser ut til å være åpen for begge innfallsvinklene.

Forarbeidene til bestemmelsene kan bidra til å utfylle ordlyden nærmere. I Ot.prp.nr.104 (2002-2003) uttales det at "Kravet om at forskjellsbehandlingen må være nødvendig og hensiktsmessig innebærer (...) at det må foreligge en direkte årsakssammenheng mellom den anførte begrunnelse og målet som skal oppnås og *at arbeidsgiver må vise at en slik årsakssammenheng faktisk foreligger [min kursivering].*"<sup>38</sup> Disse uttalelsene viser at arbeidsgiver må bevise at årsakssammenhengen foreligger. I forhold til § 13-3(2) kan det altså argumenteres for en ganske snever tilnærming, hvor man må se på hver enkelt arbeidsgiver og hvilken begrunnelse de har for sin bedriftsinterne aldersgrense.

Lov og forarbeider tilsier altså at den konkrete vurdering skal foretas for hver enkelt bedrift.

---

<sup>36</sup> Ot.prp.nr. 104 (2002-2003) pkt. 8.4.5.3

<sup>37</sup> Johnsen (2012b) note 10

<sup>38</sup> Ot.prp.nr.104 (2002-2003) pkt. 8.4.5.3

## 6.2 Høyesteretts vurderinger

### 6.2.1 Utgangspunktet i vurderingen

Høyesteretts tidligere uttalelser i *Kystlink* om forholdet mellom direktivet og norsk rett, blir sitert i *Gjensidige* avsnitt 44: "Jeg er på denne bakgrunn blitt stående ved at det *ikke* er tilstrekkelig å konstatere at departementet med tilslutning fra stortingskomiteen ved innføringen av diskrimineringsbestemmelsene i sjømannsloven (...) var forenlig med direktivet. Domstolene må som utgangspunkt vurdere spørsmålet på selvstendig grunnlag på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EF-domstolen." Gjennom dette sitatet ser det ut til at Høyesterett legger til grunn at det må foretas en konkret vurdering.

Videre fastsetter de at vurderingen skal skje gjennom en gruppetilnærming, og ikke for hver enkelt arbeidstaker. De viser i avsnitt 53 til *Kystlink*, som gjennom forarbeidene kommer til at det er adgang til å gjøre en gruppetilnærming ved vurderingen av aml. §13-3(2) i henhold til EU-dommen *de la Villa*.<sup>39</sup> Dette er også senere bekreftet av Høyesterett i *Helikopterpilot*. Spørsmålet blir etter dette hvilken avgrensning gruppetilnærmingen skal ha.

### 6.2.2 Forarbeider

Forarbeidene sier ikke noe konkret om avgrensningen av gruppetilnærmingen. Høyesterett tolker uttalelsene i forarbeidene dit hen at gruppen skal omfatte alle arbeidstakere som kan bli omfattet av den aldersdiskrimineringen det er tale om, her de som jobber i bedrifter med 67-års aldersgrense. Et annet tolkningsresultat kan være som tingretten i samme sak kom til, at gruppen blir de som er ansatt i *Gjensidige*.<sup>40</sup> For å vurdere disse ulike tolkningsresultatene kan man se på departementets utredning om lovens 70-årsregel, som de nevnte forarbeidene bygger på.<sup>41</sup> Her konkretiseres gruppetilnærmingen noe nærmere. Det gis som

---

<sup>39</sup> Rt. 2010 s. 202 avsnitt 64-65, Sag C- 411/05 de la Villa

<sup>40</sup> TOSLO-2009-143503

<sup>41</sup> Utredning om arbeidsmiljøloven §15-7 fjerde ledd (2008) pkt. 8.3.2, Ot.prp.nr. 54 (2008-2009)

eksempel at man må kunne støtte seg på generell statistisk og forskningsbasert kunnskap om svekkelse i ulike aldre, og vurdere dette opp mot de nødvendige krav i den enkelte bransje eller det enkelte yrke. Det kan derfor se ut til at det legges opp til at gruppen skal snevres inn mer enn det Høyesterett legger til grunn i *Gjensidige*. Dette kan tas til inntekt for at Høyesterett har valgt en for vid gruppetilnærming.

Videre legger Høyesterett til grunn i avsnitt 56-57 at lovgiver gjennom forarbeidene har vist at tidligere praksis, som innebærer de tradisjonelle vilkår, skal videreføres "såfremt den er forenlig med Rådsdirektivet". Dette følger av bl.a. Ot.prp.nr.54 (2008-2009) s. 61, hvor det i forbindelse med drøftelsen om hvorvidt 70-årsregelen står seg blir uttalt at "Det [lovens åpning for oppsigelse på grunn av alder] gir også arbeidsgivere og arbeidstakere en viss frihet til å komme til enighet om andre avgangsaldrer knyttet til bedriftsinterne pensjonsordninger, en frihet som etter 2004 er *begrenset* ved at ordningene må *vurderes konkret* opp mot aldersdiskrimineringsregelverket [min kursivering]." Høyesterett tolker disse uttalelsene slik at dersom myndighetenes aksept av aldersgrensen er i henhold til direktivet, så skal tidligere praksis videreføres uendret. Det innebærer at de tradisjonelle vilkårene blir det eneste som skal vurderes for den enkelte bedrift. Høyesterett legger dermed til grunn at det skal skje en endring i vurderingen etter 2004, men at denne endringen ligger på myndighetenes plan. Deres tolkning av "vurderes konkret" er altså 67-årsgrenser generelt. På den annen side kan uttalelsene tolkes slik at det etter 2004 har blitt en begrensning som gjør at bedriftsinterne aldersgrenser må vurderes strengere enn de ble tidligere, slik at vurderingen skal være en konkret vurdering av hver enkelt bedrifts aldersgrense. Dette vil innebære at vurderingen enten i stedet for eller i tillegg til de tradisjonelle vilkår, også skal omfatte en vurdering opp mot diskrimineringsreglene. Spørsmålet om de tradisjonelle vilkår skal vurderes i tillegg eller om de faller under diskrimineringsbestemmelsene drøftes nærmere i punkt 9.4.

En tolkning som innebærer at det skal skje en konkret vurdering av hver enkelt bedrift støttes for det første av uttalelser i Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) s. 63. I disse forarbeidene "legges det til grunn at det ikke vil være i strid med forbudet mot aldersdiskriminering å åpne for bedriftsinterne ordninger, *under visse forutsetninger*, blant annet at *de er begrun-*

net i legitime sysselsettings- eller arbeidsmarkedshensyn eller hensynet til helse og sikkerhet, og at avgangsalderen *ikke* settes lavere eller omfatter flere grupper enn det som er *nødvendig* for å oppnå formålet[*min kursivering*]." Dette kan tolkes slik at den enkelte bedriftsinterne ordning må vurderes opp mot visse forutsetninger, og at det dermed ikke er nok at myndighetene har akseptert aldersgrensen på generell basis. Rent praktisk vil det ikke være mulig å begrense hvor mange grupper en slik aldersgrense vil gjelde for hvis en generell aksept fra myndighetene er nok, siden alle bedrifter da i forhold til diskrimineringsunntaket nærmest fritt kan fastsette 67-års grense. Forarbeidene mener tydelig at dette skal begrenses til det som er nødvendig.

For det andre støttes dette synspunktet av et av departementets utredninger hvor det uttales at "det er viktig å fremheve at selv om loven åpner for obligatorisk avgang ved bedriftsfastsatt avgangsalder, så kan en slik ordning etter en konkret vurdering likevel være i strid med diskrimineringsbestemmelsene. (...) Det faktum at de enkelte ordninger med bedriftsfastsatt avgangsalder *i alle tilfelle* må vurderes opp mot diskrimineringsregelverket (på gruppenivå) (...) gir en viss fleksibilitet til å tilpasse aldersgrenser noe mer etter bransjevise behov (...)." <sup>42</sup> Denne uttalelsen tyder på at det er en vurdering av hver enkelt ordning, og det i alle fall bør snevres inn til de enkelte bransjer, her forsikringsbransjen, når gruppetilnærmingen skal brukes.

### 6.2.3 Ulikheter mellom faktum i Gjensidigedommen og tidligere praksis

Høyesterett benytter *Kystlink* og *de la Villa* som grunnlag for sin gruppetilnærming, jf. punkt 6.2.1. Det er imidlertid ulikheter mellom faktum i *Gjensidige* og disse sakene som kan begrunne en ulik gruppetilnærming. I *Kystlink* og *de la Villa* er det tale om en vurdering av om en nasjonal lov tilsvarende aml. 70-årsregel er i henhold til direktivet. I *Gjensidige* er det tale om en bedriftsintern aldersgrense som skal vurderes opp mot nasjonal lovgivning. De to vurderingene ligger således på to ulike nivå. Det er naturlig at det ved en vurdering av direktivets inkorporering i nasjonal lovgivning blir tale om en gruppetilnær-

---

<sup>42</sup> Utredning om arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd (2008) pkt. 10.3

ming hvor alle arbeidstakere er inkludert, i og med at loven gjelder for alle. Når spørsmålet derimot er om en avtale eller praksis er i henhold til det nasjonale unntaket, kan man argumentere for at adgangen til gruppetilnærming kan brukes, men at den må tilpasses det nivå vi nå har med å gjøre. I denne saken er problemstillingen å finne ut om en konkret aldersgrense er i henhold til loven (som igjen er i henhold til direktivet). Det kunne da vært naturlig å avgrense gruppen til de ansatte i Gjensidige eller forsikringsbransjen, slik at de konkrete forhold som foreligger i denne saken ville blitt vurdert.

#### 6.2.4 EU-praksis

Høyesterett legger i sin totale vurdering stor vekt på EU- dommen *Rosenbladt*, som omhandler en tilsvarende bestemmelse som aml. § 13-15a(1) 2.punktum i tysk rett, som ga partene i en kollektiv overenskomst eller individuell avtale lov til å bestemme egne aldersgrenser for opphør av arbeidsforhold. I avsnitt 63 i *Gjensidige* uttaler Høyesterett at de i forhold til vurderingen av formålet "vanskelig (...) [kan] se at vår sak skal bedømmes annerledes", og i avsnitt 65 gjentas dette i forhold til vurderingen av hensiktsmessighet og nødvendighet. *Rosenbladt* får altså stor, og kanskje også avgjørende betydning for alle deler av Høyesteretts vurdering.

Resultatet i *Rosenbladt* var at en slik regel om lavere aldersgrenser var i samsvar med direktivet, men det presiseres i avsnitt 52-53 at "En sådan konklusjon er dog *ikke* ensbetydende med, at sådanne bestemmelser i en kollektiv overenskomst er undtaget fra enhver effektiv retslig kontrol i relation til bestemmelserne i direktiv 2000/78 og likebehandlingsprincippet. (...) For *hver overenskomst*, der indeholder mekanismen med automatisk ophør af arbejdsforholdet, skal der nemlig påses, at bl.a. direktivets artikel 6, stk 1, første afsnit, er overholdt. (...) [den kollektive overenskomst skal] også *selv forfølge et sådant legitimt mål* på en hensigtsmæssig og nødvendig måde [min kursivering]." Retten gjør det dermed klart at selv om lovbestemmelsen som åpnet for andre aldersgrenser var i henhold til direktivet, så skal hver ordning konkret vurderes opp mot direktivets bestemmelser, med krav om at legitimt formål, hensiktsmessighet og nødvendighet skal være oppfylt for den enkelte tariffavtale (som var tilfellet i denne saken). Overført til norsk rett kan det argumenteres for at dette innebærer at hvert grunnlag for en aldersgrense, enten det er en tariff-



avtale eller ensidig fastsatt bestemmelse, skal vurderes separat. Ved tariffavtale vil da vurderingen bli bredere enn ved ensidig fastsatt bestemmelse i en bedrift, siden gruppen som berøres av bestemmelsen vil være ulik. I *Gjensidige* var grunnlaget en ensidig fastsatt bedriftsintern bestemmelse om alder. På grunnlag av *Rosenblatt* kan man da argumentere for at vurderingen burde vært innsnevret til bedriftens begrunnelser. Høyesterett drøfter ikke Gjensidiges konkrete begrunnelse, som arbeidstakeren anfører utelukkende gjelder bedriftens behov.<sup>43</sup> Høyesterett uttaler tvert imot at det blir "en for snever tilnærming" å se an til bedriftens anførte begrunnelser, og uttaler videre at "Rådsdirektivet retter seg mot statene, og spørsmålet er om direktivet er korrekt gjennomført. Et springende punkt blir da om myndighetene har akseptert bedriftsinterne aldersgrenser på 67 år, og om dette i tilfelle har skjedd med et legitimt formål."<sup>44</sup> Med disse ord snur dermed Høyesterett på hele vurderingen, og trekker seg unna den konkrete vurdering de la opp til gjennom sitatet av *Kystlink* og den generelle tilslutningen til *Rosenblatt*.

#### 6.2.5 Juridisk teori

Til støtte for det synspunkt at Høyesterett snur og trekker seg unna den konkrete vurderingen de la opp til ved siteringen av *Kystlink* er en artikkel av Stein Evju. Her stiller han seg kritisk til hvordan Høyesterett følger opp siteringen av *Kystlink*. Han mener det kan se ut til at Høyesterett reelt sett lener seg på at lovgiver har sett for seg at slike aldersgrenser skal være tillatt, men at dette ville stride med de tidligere uttalelser fra Høyesterett om det rettskildemessige forholdet mellom direktivet og norsk rett. Videre antyder han at Høyesterett ikke følger det de tilsynelatende legger til grunn i starten av drøftelsen, slik at de ikke foretar den konkrete vurderingen de burde ha gjort.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Rt.2011 s.964 avsn. 21

<sup>44</sup> Rt.2011 s. 964 avsn. 49

<sup>45</sup> Evju (2011)

### 6.3 Konklusjon

Høyesterett synes å mene, ut i fra de vurderingene de gjør, at de tradisjonelle vilkårene er det som skal vurderes konkret for hver bedrift, mens diskrimineringsbegrensningen skal vurderes gjennom en gruppebetraktning hvor alle som jobber i en bedrift med 67-års aldersgrense er inkludert. De mister da den konkrete vurderingen som det kan se ut til at forarbeidene, tidligere høyesterettspraksis og EU- praksis har lagt til grunn at skal skje ved en rettslig kontroll av ordningen. Jeg mener derfor gode grunner taler for at Høyesterett skulle ha foretatt en mer konkret vurdering av Gjensidiges aldersgrense opp mot lovens vilkår.

## 7 Betydningen av grunnlaget for aldersgrensen

I *Gjensidige* benytter Høyesterett *Rosenbladt* direkte overført på sin sak. *Rosenbladt* omhandlet en avtalebasert løsning, mens det i *Gjensidige* er snakk om ensidig fastsatt bedriftsintern aldersgrense. Problemstillingen i det følgende er om det har noen betydning for vurderingen hvilket grunnlag aldersgrensen fremgår av, og om Høyesterett i så fall har benyttet *Rosenbladt* for direkte.

### 7.1 Likheter mellom tariffavtale og ensidig fastsatt ordning

I *Rosenbladt* gjaldt saken en lovbestemmelse som åpnet for tariffavtalte og individuelt avtalte aldersgrenser. I *Gjensidige* var tilfellet annerledes, her hadde arbeidsgiver ensidig fastsatt en aldersgrense. Høyesterett bemerker at tilfellene er ulike, men mener sakene likevel skal bedømmes likt. De begrunner sin direkte bruk av dommen med at tariffavtalen det var snakk om i *Rosenbladt*, i henhold til tysk rett var gjort gjeldende også overfor arbeidstakere som ikke var medlemmer i den aktuelle fagorganisasjon.<sup>46</sup> Overført til norsk rett betyr dette at Høyesterett sammenlikner bedriftsinterne aldersgrenser med tariffavtalte aldersgrenser som på grunn av ufravikelighetsprinsippet i tariffretten gjelder for alle arbeidstakere, orga-

---

<sup>46</sup> Rt. 2011 s. 964 avsnitt 63

niserte eller ikke. Det at en tariffavtalt aldersgrense også gjelder for uorganiserte, betyr at de uorganiserte arbeidstakere ikke har hatt mulighet til å ha innvirkning på tilblivelsen av tariffavtalens aldersgrense. Arbeidstakerne i en bedrift som ensidig fastsetter aldersgrenser for sine ansatte vil på samme måte ikke ha hatt mulighet til å påvirke resultatet. Høyesterett har derfor et poeng når de uttaler at "EU- domstolens vurdering av den tyske ordning må ha betydelig overføringsverdi", selv om grunnlaget i de to dommene var ulikt.<sup>47</sup>

## 7.2 Ulikheter mellom tariffavtale og ensidig fastsatt ordning

I et av departementets utredninger legges det frem et forslag til lovendring i form av et krav om tariffavtale i de tilfeller hvor aldersgrensen ikke grunner på en helse- eller sikkerhetsrisiko.<sup>48</sup> Dette ble ikke fulgt opp i den senere lovendring, men utredningen kan likevel gi gode grunner for at det bør være en forskjell mellom aldersgrenser fastsatt i tariffavtale og aldersgrenser på annet grunnlag. Blant annet begrunnes forslaget med at muligheten for å sette aldersgrenser " ikke skal være en *rettighet* for arbeidsgiver, men en *mulighet* for bedriften." Ved å sette krav om tariffavtale sørger man for at det vurderes om det i det hele tatt skal være en slik ordning, og hvilke vilkår som eventuelt skal gjelde. Det anføres videre at en aldersgrense er av stor betydning for arbeidstakerne, og at det derfor er rimelig at de skal få delta på utformingen av den. Disse argumentene viser forskjellen mellom sakene *Rosenbladt* og *Gjensidige*. Selv om det riktignok er slik at de uorganiserte ikke får noen innvirkning på en tariffavtale som blir gjeldende for dem, innebærer en tariffavtale at arbeidsmarkedets parter har vurdert aldersgrensen med tanke på både arbeidsmarkedet og de berørte stillinger og kommet frem til et kompromiss som fungerer for begge parter. Dette påpekes i *Rosenbladt* avsnitt 49. I en ensidig fastsatt bedriftsintern aldersgrense har ikke arbeidstakersiden nødvendigvis deltatt i vurderingen overhodet, slik at hele vurderingen av aldersgrensen kan være foretatt av arbeidsgiver alene. Selv om den enkelte organiserte arbeidstaker i praksis ikke har særlig innvirkning på tariffavtalen, har i alle fall organisasjo-

---

<sup>47</sup> Rt. 2011 s. 964 avnitt 63

<sup>48</sup> Utredning om arbeidsmiljøloven §15-7 fjerde ledd (2008) pkt. 10.4

nene forsøkt å ivareta arbeidstakernes felles interesser på best mulig måte. Dette må sies å utgjøre en markant forskjell mellom tariffavtalte aldersgrenser og ensidig fastsatte bedriftsinterne aldersgrenser. Det er etter dette mer naturlig at aldersgrensen i *Rosenblatt* ble godkjent, enn at den i *Gjensidige* ble det.

Høyesterett forsøker å avbøte for noe av denne forskjellen, og uttaler at det "er i det vesentlige konsensus om ordningen mellom partene i arbeidslivet."<sup>49</sup> De viser videre til høringsbrevet i forbindelse med Ot.prp.nr. 54 (2008-2009), hvor det fremgår at LO og Unio er enige i at det bør være adgang til lavere bedriftsfastsatte aldersgrenser.<sup>50</sup> Det Høyesterett imidlertid utelater, er at det i samme høringsbrev fremgår at LO mener aldersgrenser på annet grunnlag enn helse og sikkerhet skal tariffavtales, mens blant annet NHO er imot et slikt krav. Det ser derfor ut til at partene er enige om at lavere bedriftsinterne aldersgrenser bør kunne fastsettes, men at de er uenige om hvilket grunnlag disse bør ha. Dette svekker Høyesteretts argument om enighet mellom arbeidslivets parter, og forsterker det syn at *Rosenblatt* og *Gjensidige* omhandler to svært ulike ordninger.

Høyesteretts vurdering av hensiktsmessighet og nødvendighet er nesten utelukkende et sitat fra *Rosenblatt*, hvor EU-domstolens konklusjon fremkommer.<sup>51</sup> Her uttaler EU-domstolen: "Henset til disse elementer forekommer det ikke urimelig(...)." Denne uttalelsen viser tilbake til nettopp de elementer domstolen mener er avgjørende for resultatet, som retten til pensjon og forankringen i avtale. Høyesterett poengterer også dette. De ser imidlertid ut til å overse at EU-domstolen i sin nærmere redegjørelse for disse elementer uttaler at den omtvistede regel "giver *ikke* arbeidsgiverne adgang til *ensidig* at bringe arbeidsforholdet til ophør (...)" Denne mekanisme, der adskiller sig fra afskedigelse og frivillig fratreden, hviler på et overenskomstmessig grunnlag[*min kursivering*].<sup>52</sup> Dette i motsetning til i *Gjensidige*, hvor det nettopp var en ensidig bestemmelse om aldersgrense, som ikke hvilte på noe overenskomstmessig grunnlag. Denne presiseringen av et av de avgjørende elementer

---

<sup>49</sup> Rt. 2011 s. 964 avsnitt 58

<sup>50</sup> Ot.prp.nr. 54(2008-2009) side 65

<sup>51</sup> Rt. 2011 s. 964, avsnitt 65

<sup>52</sup> Sag C-45/09 *Rosenblatt* mod Oellerking avsnitt 49

for konklusjonen i *Rosenblatt*, gjør det vanskelig å følge Høyesterett i avgjørelsen om å bruke konklusjonen i *Rosenblatt* direkte, når *Gjensidige* mangler nettopp dette elementet.

### 7.3 Konklusjon

Det er etter dette god grunn til å hevde at det har betydning hvilket grunnlag en aldersgrense fremgår av, og at Høyesterett i *Gjensidige* derfor bruker *Rosenblatt* for direkte. En tariffavtalt aldersgrense blir drøftet mellom arbeidslivets parter mens en ensidig fastsatt aldersgrense ikke behøver å bli drøftet overhodet. Forskjellene er derfor for store til at konklusjonen i *Rosenblatt* kan brukes så direkte som det Høyesterett gjør. Det virker også som om Høyesterett overser at EU-domstolen mener det overenskomstmessige grunnlag er et viktig element som verner arbeidstakerne fra vilkårlig fastsatte aldersgrenser.

## 8 Pensjonsreformens betydning for vurderingen

I *Gjensidige* gjorde den ankende part, A, gjeldende at myndighetene i forbindelse med pensjonsreformen har uttalt et ønske om at folk skal stå lenger i arbeid.<sup>53</sup> A var ikke selv omfattet av pensjonsreformen fordi hun var født før 1943 (se punkt 8.1). Argumentet bygget opp under deres anførsel om at de bredere sosialpolitiske behov som må til for at en aldersgrense ikke skal være diskriminerende, ikke forelå. Høyesterett vurderer ikke aldersgrensens innvirkning på pensjonsreformens gjennomføring. De konstaterer kun kort i avsnitt 57-59 at det i forarbeidene til pensjonsreformen ikke gis andre holdepunkter enn at myndighetene fortsatt aksepterer bedriftsinterne aldersgrenser på 67 år. Problemstillingen i det følgende er om det ville utgjort en forskjell dersom A hadde vært omfattet av det nye systemet. I forbindelse med dette er det også en problemstilling om muligheten til å opptjene pensjon frem til fylte 75 år er et rimelighetshensyn som bør ivaretas.

---

<sup>53</sup> Rt.2011 s. 964 avsn. 20

I det følgende gis det først en kort fremstilling av pensjonsreformens bakgrunn og innhold, før drøftelsen rundt problemstillingene. Dette for å gi et bedre bilde av bakgrunnen for problemstillingene.

## 8.1 Pensjonsreformens bakgrunn og innhold

Fra 1. januar 2010 ble det innført nye regler for opptjening av pensjon i Norge, den såkalte pensjonsreformen. Bakgrunnen for dette er den stadig økende kostnaden forbundet med pensjonsutbetalingene. Det blir stadig flere eldre, og antall yrkesaktive i forhold til pensjonister har falt siden folketrygden ble innført i 1967. Vi studerer mer før vi begynner å jobbe, vi lever lenger og flere har fått rett på større pensjon. Denne dramatiske utviklingen, og utsikten for at utviklingen bare vil fortsette, gjør at pensjonsreformen ble nødvendig.<sup>54</sup>

De nye reglene for opptjening gjelder personer født fra og med 1953, med en gradvis innføring frem til og med 1962- kullet. Alle født fra og med 1963 vil dermed fullt ut være omfattet av det nye systemet. Nye regler for levealdersjustering og fleksibel pensjonering trådte i kraft fra 2011, og gjelder alle født fra og med 1943.<sup>55</sup>

Pensjonen består nå av en inntektpensjon og en garantipensjon.<sup>56</sup> Garantipensjonen tilsvarer den gamle minstepensjonen. Opptjeningen av inntektpensjonen skjer etter en prosentvis opptjening (18,1 %)<sup>57</sup> for alle år man har hatt pensjonsgivende inntekt, men maks 7,1G av inntekten er med i beregningen.

Under visse vilkår kan man ta ut hel eller delvis pensjon fra fylte 62 år og fritt kombinere dette uttaket med arbeidsinntekt, uten avkorting.<sup>58</sup> Eventuell arbeidsinntekt ved siden av pensjonen fører til ny pensjonsopptjening frem til 75 års alder. Årlig pensjon blir regulert etter et forholdstall<sup>59</sup> Dette innebærer at hvis man tar ut pensjon når man er 62, får

---

<sup>54</sup> Ot.prp.nr37 (2008-2009) pkt. 1.3.1, Bjurstrøm (2010)

<sup>55</sup> Arbeidsdepartementet (2012)

<sup>56</sup> Ftrl. § 20-3

<sup>57</sup> Ftrl. § 20-5

<sup>58</sup> Ftrl.§ 20-2 jf. § 20-15, St.meld.nr.5 (2006-2007) pkt.7.5.3

<sup>59</sup> Ftrl.§§ 20-12 og 20-13

man mindre i årlig pensjon enn hvis man venter til man er 75, fordi man da har flere år man skal fordele den totale pensjonen på.

Den øvre aldersgrensen for opptjening av pensjonsrettigheter ble hevet fra 70 til 75 år.<sup>60</sup>

Hevingen av aldersgrensen etter folketrygden, muligheten til å fortsatt ha inntekt etter pensjonering og at denne fører til videre opptjening av pensjonsrettigheter er alle virkemidler i myndighetenes satsning på å holde folk lenger i arbeid. Målet er at man skal motiveres til å fortsette i arbeid, helt eller delvis, når man har muligheten til å opptjene en bedre pensjon. Dette vil særlig gjelde for de som har kommet sent ut i arbeid eller har perioder uten pensjonsgivende inntekt.<sup>61</sup>

## **8.2 Betydningen av målet om å holde folk i arbeid**

Det er ingen tvil om at et viktig mål for pensjonsreformen er å holde folk lenger i arbeid. Dette er uttalt flere steder i forarbeidene, og er en av grunntankene med den nye ordningen.<sup>62</sup> Dersom alle bedrifter skal kunne fastsette en 67-års aldersgrense for sine ansatte, vil det i praksis innebære at målet om å holde folk i arbeid til de er 75 ikke kan oppnås. Selv om det åpenbart ikke vil bli slik at alle setter slike aldersgrenser, er det en utbredt ordning som potensielt kan skape problemer på sikt. Særlig problematisk kan dette bli nå som arbeidsgiverne kan forstå Høyesteretts uttalelser i *Gjensidige* slik at de ikke trenger noe saklig formål for å ha 67 års aldersgrense i sin bedrift, men kun trenger å oppfylle de tradisjonelle vilkårene. Uansett vil slike aldersgrenser sette en stopper for de eldre (over 67 år) som ønsker å fortsette å jobbe for en bedre pensjon. Den enkelte kan da bli hardt rammet.

---

<sup>60</sup> Ftrl. § 3-5(3)

<sup>61</sup> Ot.prp.nr.37 (2008-2009) pkt. 3.1

<sup>62</sup> Ot.prp.nr.37 (2008-2009) pkt. 6.2.1

### 8.3 Betydningen av å kunne opptjene en bedre pensjon

Dersom A hadde vært omfattet av pensjonsreformens opptjeningsregler ville hun ved Gjensidiges aldersgrense vært avskåret fra å oppnå bedre pensjon, i alle fall i den samme bedriften og stillingen. Muligheten til å jobbe et annet sted ville hun derimot ikke vært avskåret fra. Det kan stilles spørsmål om det er urimelig å kreve at A på 67 år må finne seg jobb et annet sted for å ha muligheten til å oppnå full pensjonsopptjening. Det er ikke tvilsomt at dette kan være svært vanskelig. En ny stilling garanterer heller ikke samme lønn, og A kan bli nødt til å nøye seg med dårligere lønn, og dermed dårligere pensjonsopptjening.

I forhold til aml. §13-3(2) blir spørsmålet om dette er "uforholdsmessig inngripende", og dermed ulovlig diskriminering. I Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) pkt.8.4.4 drøftes forholdsmessighetskravet i forhold til retten til pensjon(etter gammel ordning). Her poengteres det at alle har rett på pensjon når de fyller 67 år, og alle har således et økonomisk sikkerhetsnett ved arbeidsforholdets opphør. De viser videre til saken *de la Villa*, hvor økonomisk trygghet ble trukket frem som et avgjørende moment i forholdsmessighetsbetraktningen. Her uttaler EU- domstolen at lovbestemmelsen det var tale om ikke kunne anses å være uforholdsmessig inngripende blant annet på grunn av at den tok hensyn til om arbeidstakeren hadde opptjent rett til en pensjon "hvis niveau ikke kan anses for at være urimelig".<sup>63</sup> Forarbeidene tolker denne uttalelsen slik at EU- domstolen ikke stiller krav om at man skal ha opparbeidet seg full pensjon på avgangstidspunktet, men uttalelsen reiser på den annen side spørsmål om hva som skal anses for å være et urimelig nivå.<sup>64</sup>

Da disse forarbeidene ble skrevet, var maksimal alder for opptjening av pensjonspoeng frem til fylte 70 år. Arbeidstakeren risikerte derfor kun å miste tre års opptjening ved en aldersgrense på 67 år. Etter pensjonsreformen er maksimal alder for opptjening 75 år, og arbeidstakeren kan dermed risikere å miste hele 8 års opptjening. Dette kan anføres som en grunn for nå lettere å anse en 67-års aldersgrense for å være uforholdsmessig. I departementets utredning om endring i arbeidsmiljøloven kommenteres lovens adgang til be-

---

<sup>63</sup> Sag C-411/05 *de la Villa*, avsnitt 73

<sup>64</sup> Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) pkt.8.4.4



driftsinterne aldersgrenser i forhold til pensjonsreformen.<sup>65</sup> Her argumenteres det bl.a. for at adgangen kanskje bør oppheves, eller eventuelt sterkt innskrenkes. Grunnen til dette er at de mener det vil harmonere dårlig med pensjonsreformen å opprettholde regelverket siden det vil vanskeliggjøre eller umuliggjøre en arbeidstakers adgang til å stå lenger i jobb for å opptjene seg en bedre pensjon. Dette ble ikke fulgt opp gjennom konkrete lovforslag i den senere proposisjonen, men departementet uttaler at de vil komme tilbake til problemstillingen og se på eventuelle endringer i gjeldende rettstilstand senere.<sup>66</sup>

#### **8.4 Betydningen av å være i arbeid**

Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) påpeker at et økonomisk sikkerhetsnett ikke i seg selv er et argument for å beholde en adgang for pliktmessig fratreden basert på bedriftsinterne ordninger, siden "viktigheten av å være i arbeid for mange vil være av større betydning enn det økonomiske aspektet"<sup>67</sup>. I *Gjensidige* nevnes ikke dette, men derimot ilegges det økonomiske aspektet betydelig vekt. I den nyere dommen *Helikopterpilot* nevner Høyesterett for første gang at inntekt bare er en del av de behovene som dekkes gjennom deltagelse i arbeidslivet. Det kan stilles spørsmål om de med dette antyder at denne type hensyn bør inngå i forholdsmessighetsvurderingen, slik også forarbeidene antyder.

#### **8.5 Konklusjon**

Dersom A hadde vært omfattet av pensjonsreformen, taler gode grunner for at aldersgrensen som rammet henne kunne blitt betraktet som uforholdsmessig inngripende, i og med at hun mistet muligheten for 8 års pensjonsopptjening. Samtidig er argumentet om at hun kunne skaffet seg jobb et annet sted og fortsatt pensjonsopptjeningen der, like aktuell som den var under den gamle pensjonsordningen. Med tanke på hvor vanskelig det i praksis vil være for en på 67 å skaffe seg ny jobb, særlig med risikoen for at mange bedrifter innfører

---

<sup>65</sup> Utredning om arbeidsmiljøloven §15-7 fjerde ledd(2008) pkt. 10.3

<sup>66</sup> Ot.prp.nr 54 (2008-2009) pkt.8.8

<sup>67</sup> Ot.prp.nr 54 (2008-2009) pkt. 8.4.4

67 års aldersgrense, er det likevel større grunn til å anse aldersgrensen for uforholdsmessig inngripende. Dette er også et argument for at muligheten til å opptjene pensjon helt til fylte 75 år er et rimelighetshensyn som bør ivaretas.

## 8.6 Avsluttende bemerkninger

Høyesterett har en rettsavklarende og rettsutviklende rolle i norsk rett, og behandler derfor ofte prinsipielle spørsmål som vil få betydning ut over det enkelte saksforhold.<sup>68</sup> Det kan derfor stilles spørsmål om de burde drøftet betydningen av pensjonsreformen, selv om A ikke var omfattet av denne.

Pensjonsreformens ikrafttredelse var nært forestående, og man kunne derfor anta at det ville komme saker i fremtiden hvor domstolene måtte ta stilling til dette. Videre hadde myndighetene i forarbeidene til pensjonsreformen klart gitt uttrykk for et mål om å holde folk lenger i arbeid. Dette kan gi uttrykk for en endring i forhold til de forarbeidene Høyesterett benytter i sin argumentasjon. Videre er ordninger med 70 % ytelsesbasert tjenestepensjon, slik det var i *Gjensidige*, i ferd med å forsvinne til fordel for innskuddspensjon etter OTP- lovens ikrafttredelse i 2006. OTP- loven fastsetter at alle bedrifter med ansatte enten skal ha en innskuddspensjon på 2 % eller mer av de ansattes lønn, eller en bedre pensjonsordning. Det kan også nevnes at det nylig ble fremlagt lovforslag fra Banklovkommissjonen om å avslutte ytelsespensjonene.<sup>69</sup> Dette lovforslaget er andre del av et større prosjekt med endringer i pensjonslovgivningen, og som ble påbegynt i 2009. Mye taler derfor for at Høyesterett burde drøftet betydningen av pensjonsreformen siden både tjenestepensjonene og folketrygden var under stor utvikling og endring.

---

<sup>68</sup> Andersen (2012)

<sup>69</sup> NOU 2012: 13, Dagens Næringsliv (2012b)

## 9 De tradisjonelle vilkår

Jeg går nå over til å se på konsekvensene av *Gjensidige* i forhold til de tradisjonelle vilkår. Ved å godkjenne 67-års aldersgrenser på overordnet plan, løftet Høyesterett de tradisjonelle vilkår frem som avgjørende for den konkrete vurderingen. Det blir da viktig å avklare hva disse vilkårene innebærer. Problemstillingen i det følgende er derfor hva rettstilstanden er for de tradisjonelle vilkår.

### 9.1 Ordningen har vært kjent blant de ansatte

For at en bedriftsintern aldersgrense skal kunne gjøres gjeldende overfor de ansatte, er det et vilkår at arbeidstakerne skal ha kjennskap til ordningen. Dette fremkommer av underrettsdommene som ligger til grunn for de tradisjonelle vilkår.<sup>70</sup> Spørsmålet er hva som skal til etter norsk rett for at vilkåret skal anses for oppfylt.

#### 9.1.1 Rettspraksis

I RG 1968 s 371 var tilfellet at det gjennom vedtektene for pensjonsordningen i en bedrift var fastsatt en aldersgrense på 68 år for menn. Aldersgrensen var praktisert likt for alle uansett om de var omfattet pensjonsordningen eller ikke. Arbeidstakeren det gjaldt var ikke ved ansettelsen blitt opplyst om aldersgrensen, men han hadde kort tid etter blitt kjent med den. Han "foretok seg intet i den anledning", og lagmannsretten mente da at han hadde akseptert ordningen og at den var blitt en del av hans arbeidsavtale.<sup>71</sup>

NAD 1986 s. 207 omhandler en pensjonsordning med aldersgrense på 67 år for pliktig fratreden. Her var det gitt relativt omfattende opplysninger om pensjonsordningen til de ansatte gjennom både møter, oppslag og annen skriftlig informasjon. Tingretten uttaler (noe lagmannsretten slutter seg til) at "det kan ikke stilles så store krav til slik orientering at hver enkelt arbeidstaker skal ha fått fullstendig innsikt i alle sider ved pensjonsord-

---

<sup>70</sup> RG 1968 s. 371, NAD 1986 s. 207, LB-1995-1486

<sup>71</sup> RG 1968 s 371 på s. 372

ningen." Hovedtrekkene var kommet klart frem, og retten mente at hver enkelts behov for å vite mer enn dette, måtte de selv ta ansvar for å skaffe.

LB-1995-1486 gjaldt en tariffavtalt aldersgrense på 67 år. Arbeidstakeren det gjaldt var ikke organisert, men var bundet av tariffavtalen gjennom en henvisning i arbeidsavtalen. Retten fastsatte kort at særoverenskomsten aldersgrensen fremgikk av hadde vært tilfredsstillende videreformidlet til arbeidstakerne. Det fremkommer av partenes anførsler at bedriften og tillitsvalgte informerte "etter vanlig praksis", men det utdypes ikke noe nærmere hva dette innebar.

I nyere rettspraksis er ikke vilkåret problematisert fordi det har vært enighet mellom partene eller utvilsomt at arbeidstakeren har hatt kjennskap til ordningen.<sup>72</sup>

Det er etter rettspraksis som utgangspunkt klart at aldersgrensen ikke skal komme helt overraskende på arbeidstakerne, i og med kravet til kjennskap. I dommene ovenfor blir ikke vilkåret satt på spissen, men det var stor forskjell mellom sakene i hvor godt informert de ansatte var om aldersgrensen. I NAD 1986 s. 207 var det gitt ut mye informasjon, men retten presiserer at det ikke er krav om noen detaljkunnskap hos den enkelte. I LB-1995-1486 var det informert etter vanlig praksis, noe som også uten tvil ble godkjent. I RG 1968 s. 371 var det derimot ikke informert om aldersgrensen, men arbeidstakeren fant ut av dette selv. Også dette ble godkjent. Praksis har altså behandlet ganske ulike tilfeller, og det ser ut til at det ikke skal mye til før vilkåret anses som oppfylt.

### 9.1.2 Nyere lovbestemmelser

Det kan stilles spørsmål om den nevnte rettspraksis, og da særlig RG 1968 s. 371, står seg i dagens rettskildebilde. I dagens lovgivning er det til dels store krav til arbeidsgivers plikt til å informere, og det kan da synes noe spesielt at arbeidsgiver ikke skal behøve å informere om en aldersgrense ved ansettelsen.<sup>73</sup> Vernet av arbeidstaker og den informasjonsplikt som påligger arbeidsgiver har blitt vesentlig forandret siden 1968. Allerede ved aml. av 1977

---

<sup>72</sup> Se Rt.2011 s. 964 og TSTAV-2005-75777

<sup>73</sup> Se eksempelvis aml.§§ 4-2, 8-1

ble vernet betydelig utvidet, og denne utviklingen har fortsatt.<sup>74</sup> Videre er det i aml.§ 14-6 angitt minimumskrav til arbeidsavtalen. Her fastsettes det at avtalen "skal inneholde opplysninger om forhold av vesentlig betydning for arbeidsforholdet." En aldersgrense innebærer pliktig fratreden på et tidligere tidspunkt enn lovens hovedregel, og må derfor være av vesentlig betydning for arbeidsforholdet. Det må på bakgrunn av denne utvikling kunne fastslås at arbeidsgiver i dag ikke kan unngå å informere arbeidstaker om en aldersgrense ved ansettelse, og at RG 1968 s. 371 derfor ikke kan ha særlig betydning for fastsettelsen av hva som skal til for å oppfylle vilkåret om kjennskap.

I det følgende legges det til grunn at en aldersgrense er av vesentlig betydning for arbeidsforholdet etter aml. § 14-6. Bestemmelsen fastsetter da at hver enkelt arbeidstaker, enten han allerede er ansatt eller blir ansatt, skal bli gjort oppmerksom på en gjeldende aldersgrense i bedriften. Ved innføring av en aldersgrense må arbeidsavtalene endres, slik at de inneholder opplysninger om dette. Dette følger av aml.§ 14-8. Dette kan for tariffavtalte aldersgrenser oppfylles ved en henvisning til tariffavtalen, jf.§ 14-6(1) bokstav m. Ved å legge til grunn lagmannsrettens bemerkning om at det ikke er krav til detaljkunnskap i NAD 1986 s. 207, vil vilkåret om kjennskap kunne være oppfylt dersom arbeidsgiver oppfyller kravene til arbeidsavtalen.

Et spørsmål som reiser seg i forbindelse med dette er om det vil være ulike krav til informeringen i ulike situasjoner. Hensynet til forutberegnelighet tilsier for det første at bedrifter med nyinnførte aldersgrenser må ha informert om disse en tid før de praktiseres. Jakhelln bemerker dette, og uttaler at nye aldersgrenser må innføres i god tid før pensjonsalderen slår inn for den enkelte, samt at det må innføres romslige overgangsordninger.<sup>75</sup> For det andre tilsier hensynet til forutberegnelighet at det må stilles strengere krav til informeringen ved nyinnførte aldersgrenser enn i de bedrifter hvor aldersgrenser har vært praktisert i mange år. Også her kan lagmannsrettens uttalelse i NAD 1986 s. 207, om at man må kunne stille krav til den enkelte arbeidstaker om å finne ut av detaljene selv, være veiledende.

---

<sup>74</sup> Ot.prp.nr. 3 (1977-1978) s. 5, Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) punkt 3.1.3, NOU2010: 1 punkt 5

<sup>75</sup> Jakhelln (2000) s. 795 flg.

Det vil være lettere å stille slike krav til arbeidstaker hvor det er snakk om en aldersgrense som har eksistert over lang tid, siden arbeidstaker da vil ha lettere tilgang på informasjon gjennom for eksempel andre ansatte.

Det kan også stilles spørsmål ved om det ved ansettelse av en eldre arbeidstaker bør være strengere krav til kommunisering, i og med at aldersgrensen kan være nært forestående. Aml.§ 14-6 kan også her være klargjørende, siden det klart vil være av vesentlig betydning for arbeidsforholdet å informere om en aldersgrense dersom arbeidstaker må fratre om få år.

### 9.1.3 Konklusjon

Det er etter dette klart at det kreves kjennskap til aldersgrensen, men at det ikke stilles strenge krav til hvor detaljert informasjonen fra arbeidsgiver må være for at vilkåret skal anses for å være oppfylt. Gode grunner taler for at vilkåret vil være oppfylt dersom arbeidsgiver opplyser om aldersgrensen i arbeidsavtalen i henhold til aml.§ 14-6 og § 14-8.

## 9.2 Ordningen har vært konsekvent praktisert

Etter tidligere praksis er det videre et vilkår for en lovlig bedriftsintern aldersgrense at ordningen har blitt konsekvent praktisert i bedriften.<sup>76</sup> Problemstillingen i det følgende er hva som skal til for at en praksis skal anses for å være brutt, slik at den ikke lenger oppfyller vilkåret om konsekvent praktisert aldersgrense.

### 9.2.1 Rettspraksis

I en av de grunnleggende dommene for de tradisjonelle vilkårene, RG 1968 s 371, var en aldersgrense på 68 år praktisert i over 20 år, fra 1944. 68 år var i følge retten en vanlig aldersgrense i private bedrifter. Den var først fra utgangen av 1959 konsekvent praktisert, slik at absolutt alle som fylte 68 år måtte fratre. Arbeidstakeren det gjaldt måtte fratre i 1965. Lagmannsretten la til grunn at dette var lang nok tid.

---

<sup>76</sup> RG 1968 s. 371, NAD 1986 s. 207, LB-1995-1486

Som i forrige dom var det i NAD 1986 s. 207 praktisert en pensjonsordning med aldersgrense på 67 år siden 1944. Retten vurderte det at bedriften ikke hadde vært helt konsekvent i sin praksis, rundt 10 pers de siste 10-15 år hadde fått fortsette etter fylte 67 år. Totalt ble rundt 10 pers pensjonert hvert år. Lagmannsretten fant at "omfanget er altfor beskjedent til at inntrykket av en konsekvent praktisert ordning er rokket". Tingretten (som lagmannsretten slutter seg til) uttalte at de tilfeller hvor arbeidstakeren hadde fått fortsette fremsto som rene unntak, hvor spesielle forhold gjorde unntak nødvendig.

I nyere rettspraksis har ikke dette vilkåret kommet på spissen.<sup>77</sup>

På grunnlag av praksis kan det fastslås at vilkåret kan være oppfylt selv om det er gjort unntak. Det er imidlertid lite i praksis som kan gi veiledning i forhold til om det finnes en øvre grense for hva som er tillatt og en minimumstid for praksisen. I NAD 1986 s. 207 var det omtrent 10 unntak blant rundt 100 totalt, i løpet av en periode på 10-15 år. Dette ble ansett for å være godt innenfor disse grensene. I RG 1968 s. 371 ble rundt 5 år konsekvent praksis godtatt. Praksis har altså til nå omhandlet tilfeller hvor unntakene har vært få, og det har derfor ikke vært særlig tvil om at vilkåret om konsekvent praksis har vært oppfylt.

### 9.2.2 Teori

Jakhelln uttaler i sin gjennomgang av fastsatte aldersgrenser at "Dersom den etablerte aldersgrense er basert bare på bedriftens praksis, er det grunn til å stille forholdsvis høye krav til denne praksis før den kan karakteriseres som så fast at den må anses for underforstått og derfor bindende overfor de ansatte. Men i sin alminnelighet er det neppe grunn til å stille så høye krav."<sup>78</sup> Han kritiserer videre blant annet RG 1968 s. 371 og juridisk teori for å være for unyansert i forhold til kravene til konsekvent praksis. Dette begrunnes med at avvik i form av at en arbeidstaker av individuelle grunner får fortsette å jobbe ikke kan gjøre praksis inkonsekvent, siden bedriftene er forpliktet til å ta individuelle hensyn ved oppsigelse.

---

<sup>77</sup> LB-1995-1486, TSTAV-2005-75777, Rt.2011 s. 964

<sup>78</sup> Jakhelln (2000) s. 794-795

Det kan diskuteres om dette syn har noen særlig rettskildemessig vekt i dagens rettskildebilde. I dag legges det utvilsomt til grunn at vurderingen skal foretas på gruppenivå, og det er fastsatt at opphør av arbeidskontrakt på grunnlag av aml. § 15-13a(1) fører til at de alminnelige reglene om oppsigelse ikke kommer til anvendelse.<sup>79</sup> De krav som stilles til blant annet saklig grunn for oppsigelse vil da ikke anvendes på disse tilfellene, og bedriftene har derfor ingen plikt til å vurdere de individuelle hensyn lenger, slik Jakhelln legger til grunn.

Jakhelln uttaler også at han mener det er unødig i det hele tatt å drøfte om en praksis er konsekvent eller ikke når det dreier seg om unntak som er gjort av hensyn til bedriften, slik lagmannsretten gjør i NAD 1986 s. 207.<sup>80</sup> Lagmannsretten vurderte her kort om de unntak som var gjort, inkludert de som hadde grunnlag i bedriftens behov, var av for stort omfang til å fastsette en konsekvent praksis. Dersom uttalelsene til Jakhelln skal legges til grunn, og bedriften på slikt grunnlag kan foreta ubegrenset med unntak, ville vilkåret om konsekvent praksis bli underminert. Muligheten for unntak må forstås snevert, slik at hensynet til forutberegnelighet for arbeidstakerne blir ivaretatt.

### 9.2.3 konklusjon

Samlet sett kan man ut fra rettspraksis og teori fastslå at vilkåret om konsekvent praksis ikke innebærer at praksisen skal ha skjedd uten unntak. Unntaksadgangen må imidlertid forstås snevert for ikke å underminere hensikten med vilkåret. Det er i flere dommer fastslått at arbeidsgiver kan la enkelte fortsette arbeidet etter aldersgrensens oppfyllelse og fortsatt oppfylle vilkåret. Hvor mye som skal til før praksis ikke anses for å være konsekvent nok, foreligger det ingen dommer på. Det er heller ikke lett å trekke noen konklusjoner om dette ut i fra den praksis som foreligger, men i NAD 1986 s.207 er det i alle fall uttalt at 10 unntak på 10-15 år er "altfor beskjedent" for en bedrift som pensjonerer rundt 10 personer hvert år.

---

<sup>79</sup> Jf. Rt.2011 s. 964, Rt.2010 s. 202 og Rt.2011 s 974

<sup>80</sup> Jakhelln (2000) s. 795



### 9.3 Arbeidstaker mottar en tilfredsstillende pensjonsordning

Det tredje og siste vilkåret etter tidligere praksis er vilkåret om at arbeidstager ved fratredelse mottar en tilfredsstillende pensjonsordning. Innen pensjon har det skjedd en stor utvikling de siste årene, med innføringen av OTP-loven og pensjonsreformen. Problemstillingen i det følgende er dagens rettstilstand i forhold til hvordan vurderingen av pensjonsordningen skal foretas, og hva som kvalifiserer som tilfredsstillende pensjonsordning.

#### 9.3.1 Rettspraksis

I RG. 1968 s. 371 falt arbeidstakeren det var snakk om utenfor pensjonsordningen i bedriften, men bedriften tilbød ham å fortsette å arbeide slik at han minst kunne opptjene like mye som han ville fått hvis han hadde vært omfattet. Dette førte til at han faktisk jobbet videre fra 68 til fylte 70 år. Retten påpekte dette, men mener at det uavhengig av denne ordningen ikke kan få avgjørende betydning at arbeidstaker står uten pensjon (pensjonsalder etter folketrygden var den gang 70 år). Dette fordi en aldersgrense skal være generell, og at det da ikke skal vurderes individuelt. Det avgjørende etter denne dommen blir altså at det finnes en pensjonsordning, uavhengig av om arbeidstakeren er omfattet av denne eller ikke.

I NAD 1986 s 207 uttalte lagmannsretten at "de økonomiske ytelser fra pensjonsforsikring må sees i sammenheng med alderspensjon fra folketrygden". De vurderte dermed hva pensjonene samlet ble for arbeidstakeren i forhold til full lønn. I dette tilfellet ble pensjonen ansett for å være en "god ordning som ligger gunstig an sammenlignet med industrien som helhet". Det var her snakk om en utbetaling på totalt 65 % av lønnen ved full opptjeningstid. Arbeidstakeren hadde bare opptjent 29/40 av opptjeningstiden i bedriften, men det avgjørende ble ansett å være hvordan pensjonsordningen i bedriften fremsto totalt sett. Her ble altså aldersgrensen godtatt på grunnlag av en samlet vurdering av pensjon fra folketrygden og tjenestepensjonen, selv om full pensjon ikke var opptjent.

LB-1995-1486 gjaldt en tariffavtalt aldersgrense på 67 år, og arbeidstakeren falt utenfor pensjonsordningen i bedriften. Lagmannsretten uttalte her at det var nok at arbeidstakerne fikk pensjon fra folketrygden, slik at det da var saklig å fastsette samme aldersgren-

se for alle, uansett om man var omfattet av pensjonsordningen eller ikke. Videre uttalte de "At dette fører til tap av tre års opptjening etter folketrygden, er ikke tilstrekkelig for å konstatere at særavtalen ikke gjelder." Aldersgrensen ble godtatt, selv om det ikke innebar noen tjenstepensjon for arbeidstakeren og han heller ikke hadde opptjent full pensjon hos folketrygden.

I den første dommen ville arbeidstaker stått uten pensjon dersom bedriften ikke hadde tilbudt ham å jobbe videre. I de to siste dommene fikk arbeidstaker pensjon fra folketrygden ved fratredelse, og hadde slik sett en økonomisk sikring selv om bedriftens pensjon ikke gjaldt eller ikke var fullt opptjent. I Utredningen fra 2008 uttaler departementet i forhold til disse dommene at det "er vanskelig å trekke en endelig konklusjon i forhold til om det etter gjeldende rett stilles krav til at arbeidstakerne skal ha et økonomisk sikkerhetsnett å falle tilbake på ved avgang, men det må trolig legges til grunn at dette er en forutsetning."<sup>81</sup> Den første dommen kan derfor ikke anses å ha særlig betydning for innholdet i vilkåret.

I *Gjensidige* var partene i utgangspunktet enige om at de tradisjonelle vilkårene var oppfylt, men Høyesterett trekker frem den gode pensjonsordningen som et viktig moment i vurderingen. Ut i fra hvordan Høyesterett ordlegger seg ser det ut til at de har vurdert pensjonsordningen for Gjensidiges ansatte generelt og ikke individuelt. De bekrefter med dette tidligere praksis om at det er pensjonsordningen som sådan som skal vurderes, uavhengig av den individuelle opptjening.

På grunnlag av rettspraksis kan det utledes at vurderingen av tjenstepensjonen skal skje på generelt grunnlag og ikke for den enkelte berørte arbeidstaker. Pensjonsytelsene skal også vurderes samlet. I eldre praksis fikk dette den betydning at det ikke var avgjørende at arbeidstakeren ikke var omfattet av bedriftspensjonsordningen, så lenge han fikk pensjon fra folketrygden. Tilfredsstillende pensjonsordning var da å få pensjon, uansett størrelse. I dag er dette endret, i og med OTP-loven fra 2005 som pålegger de aller fleste bedrifter å ha en

---

<sup>81</sup> Utredning om arbeidsmiljøloven § 15-7 fjerde ledd (2008)pkt. 10.1.2

pensjonsordning for sine ansatte.<sup>82</sup> Spørsmålet om hva som er en tilfredsstillende pensjonsordning har derfor fått ny aktualitet.

### 9.3.2 OTP- loven

OTP- loven fastsetter at tilnærmet alle bedrifter skal ha en pensjonsordning med en minimumssats på 2 % innskuddspensjon av arbeidstakerens lønn.<sup>83</sup> Dersom arbeidsgiver ønsker en ordning med ytelsesbasert pensjon, skal denne minst tilsvare det arbeidstaker ville fått ved innskuddspensjon.<sup>84</sup>

Loven er relativt ny, og mange som ikke tidligere var omfattet av en tjenstepensjonsordning, vil i årene fremover ikke ha rukket å tjene opp så mye i OTP- ordningen før de skal gå av med pensjon. I og med utgangspunktet om en generell vurdering av pensjonsordningen vil disse individuelle forskjellene uansett ikke ha betydning. For de som tidligere ikke hadde tjenstepensjon vil en OTP- ordning uansett være bedre, og slik sett kan det nå bli lettere å akseptere at vilkåret til pensjonsordning er oppfylt.

OTP- loven reiser spørsmålet om det er mulig å påstå at en pensjonsordning ikke er tilfredsstillende når lovgiver har vurdert hva som skal anses for å være minimum. Dersom dette ikke er mulig, ville det i utgangspunktet innebære at vilkåret er oppfylt for tilnærmet alle arbeidsgivere.

En ordning med 2 % innskuddspensjon er ikke er noen særlig god ordning. I forarbeidene til loven uttales det at reglene er basert på at arbeidstakerne skal få rett til en rimelig pensjon, samtidig som bedriftene ikke må pålegges for store kostnader.<sup>85</sup> Det er med andre ord ikke ment å være noe mer enn hva som anses som et absolutt minimum. Man kan derfor argumentere for at bedrifter som ønsker å pensjonere folk på et tidligere tidspunkt enn lovens hovedregel må kunne tilby en bedre ordning enn lovens minimum. Dette for å

---

<sup>82</sup> OTP- loven § 1

<sup>83</sup> OTP- loven §§ 1, 4

<sup>84</sup> OTP- loven § 5

<sup>85</sup> NOU 2005: 15 punkt 8.2

kompensere for en aldersgrense under 70 år, slik en pensjonsordning var et vilkår før OTP-loven og alle bedrifter måtte tilby det. Det er imidlertid vanskelig å si noe om hvor mye høyere den eventuelt må være.

I *Gjensidige* uttaler Høyesterett at de legger "betydelig vekt" på at det var snakk om en "meget god tjenestepensjon".<sup>86</sup> Pensjonen var en 70 % ytelsesbasert tjenestepensjon. Høyesterett legger altså til grunn at i alle fall en særlig god pensjonsordning skal vektlegges, men de sier ikke noe om de mange tilfeller hvor pensjonen ikke er så god som i denne saken. Dette reiser problemstillingen om Høyesterett endrer rettsstilstanden, slik at vilkåret om en tilfredsstillende pensjonsordning nå blir endret til å være et vilkår om meget god pensjonsordning. Dette som en reaksjon på at lovgiver nå har fastsatt minimumsvilkår gjennom OTP-loven, og at det da ikke lenger er en problemstilling hvorvidt tjenestepensjonen er tilfredsstillende.

Høyesterett sier ikke noe som skulle tyde på at de mente å fravike tidligere praksis, og det kan derfor ikke legges til grunn at det har skjedd noen rettsendring. Høyesteretts uttalelse er derfor kun en presisering av at det konkret var god grunn til å godkjenne aldersgrensen.

### 9.3.3 Pensjonsreformen

Etter de nye reglene for opptjening av pensjon kan man nå opptjene pensjon helt til fylte 75 år.<sup>87</sup> En tilfredsstillende pensjon kan da per definisjon bli endret, siden mulig opptjenings-tid nå er 5 år lengre enn tidligere, og arbeidstakeren kan ta ut pensjon og samtidig fortsette å jobbe og tjene opp til en bedre pensjon. Det kan da være at å stanse en opptjening av pensjon ved 67 år ikke vil være en tilfredsstillende pensjon, i og med at arbeidstakeren potensielt kan fortsette opptjeningen i 8 år til. Uttalelsen i LB- 1995 -1486, om at tap av tre års opptjening, fra 67 til 70 år ikke var nok til å underkjenne tariffavtalen, kommer her i et nytt lys og spørsmålet blir om 8 år, fra 67 til 75 år, kan sies å være nok i dette henseende. Det

---

<sup>86</sup> Rt. 2011 s. 964 avsnitt 67

<sup>87</sup> Ftrl. § 3-5(3)

må imidlertid presiseres at det da denne dommen ble skrevet, var slik at man stanset opptjeningen i det man tok ut pensjon. Etter pensjonsreformen kan man fortsette opptjeningen selv om man har tatt ut pensjon. Slik sett taper man ikke 8 år selv om man blir tvunget til å gå av med pensjon, men det forutsetter at man klarer å få seg annet arbeid. Hvis det er snakk om en aldersgrense som de fleste bedrifter innefor en bransje benytter, vil problemet med å få ny jobb særlig bli aktuelt.

Pensjonsreformen har altså reist nye problemstillinger. Blant annet kan arbeidstakernes faktiske mulighet for å finne annet arbeid være et moment som bør vurderes. På den annen side vil ikke en aldersgrense lenger innebære at arbeidstaker er avskåret fra å opptjene en bedre pensjon. Aldersgrenser har på den måten blitt mindre inngripende ved innføringen av pensjonsreformen.

#### 9.3.4 Konklusjon

Ved innføringen av OTP- loven og pensjonsreformen har den eldre praksis mistet mye av sin betydning. Blant annet vil det ikke lenger være et problem hvorvidt arbeidstaker har rett til både pensjon etter folketrygden og bedriftens pensjonsordning. På den annen side er uttalelsene om en generell, samlet vurdering av pensjonene like aktuelle. De nye lovene har imidlertid reist en del nye problemstillinger rundt hva som nå skal anses for å være tilfredsstillende. Her taler gode grunner for at bedriftene er nødt til å tilby mer enn minimumsordningen etter OTP- loven for å tilfredsstille kravet. Hvor mye mer som skal til er det ikke mulig ut fra dagens rettskildebilde å si noe om.

### **9.4 Spørsmålet om de tradisjonelle vilkår blir konsumert av vurderingen etter arbeidsmiljøloven § 13-3 2.ledd og direktivet**

Jeg går nå over til en vurdering av om de tradisjonelle vilkår med innhold som fastsatt i punkt 9.1- 9.3 blir konsumert av vilkårene etter aml. §13-3(2) og direktivet.

Da diskrimineringsbestemmelsene ble innført i norsk rett i 2004, reiste det seg et spørsmål om de tradisjonelle vilkår fortsatt var gjeldende rett. Forarbeidene til diskrimineringsbe-

stemmelsene fastslo at det ikke var meningen å "rokke ved" dagens rettstilstand.<sup>88</sup> Dette ble videreført i forarbeidene til aml. av 2005.<sup>89</sup>

I forarbeidene til aml. § 15-13a presiseres det at friheten til å fastsette egne bedriftsinterne aldersgrenser ble begrenset ved gjennomføringen av direktivet i 2004.<sup>90</sup> Begrensningen går ut på at de konkrete ordningene må vurderes opp mot aldersdiskrimineringsregelverket. Videre konkluderer departementet med at åpningen for bedriftsinterne ordninger under visse forutsetninger ikke er i strid med aldersdiskrimineringsforbudet. Hvorvidt de tradisjonelle vilkårene skal fortsette å stå som selvstendige vilkår, eller om de omfattes av diskrimineringsvurderingen sier forarbeidene ikke noe særskilt om. Merknadene til lovteksten kan imidlertid forstås slik at diskrimineringsbestemmelsene fastsetter en overordnet ramme som de tradisjonelle vilkårene må holde seg innenfor. Forarbeidene forutsetter også at det ikke skal skje noen realitetsendring, noe som kan bety at de tradisjonelle vilkår skal stå som før, men det er vanskelig å trekke noen utvetydig konklusjon om dette.

Forarbeidene legger altså til grunn at tidligere praksis fortsatt er gjeldende rett, men sier ingenting om hvordan forholdet mellom diskrimineringsbestemmelsene og de tradisjonelle vilkår skal være. Problemstillingen i det følgende er om de tradisjonelle vilkår blir konsumert av diskrimineringsvurderingen etter aml. §13-3(2) og direktivet.

#### 9.4.1 Praksis om vilkårene generelt sett

*Statoil* omhandlet Statoils aldersgrense på 67 år som var hjemlet i etablert praksis. Det var her ikke tvil om at de tradisjonelle vilkår var oppfylt, og at aldersgrensen dermed var lovlig etter tidligere praksis. Retten mener imidlertid at det etter 2004 kreves noe mer, slik at praksisen "i tillegg til de krav som er oppstilt i forhold til arbeidsmiljøloven (...) også tilfredsstillende kravet til saklighet og forholdsmessighet i diskrimineringsdirektivet." Tingretten legger altså til grunn at både de tradisjonelle og de nye vilkårene må være oppfylt for å kunne godkjenne en aldersgrense.

---

<sup>88</sup> Ot.prp.nr. 104 (2002-2003) s. 30

<sup>89</sup> Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 194-195

<sup>90</sup> Ot.prp.nr.54 (2008-2009) pkt 8.4

I *Gjensidige* legger Høyesterett de tradisjonelle vilkår til grunn som utgangspunkter for vurderingen og uttaler at spørsmålet er om aldersgrensen "ikke lenger er gyldig", altså at det har skjedd en endring etter implementeringen av direktivet som innebærer at de tradisjonelle vilkårene ikke lenger er nok. Dette kan tolkes slik at Høyesterett her i utgangspunktet vurderer det på samme måte som i *Statoil*, og at de tradisjonelle vilkår må være oppfylt i tillegg til vilkårene etter diskrimineringsbestemmelsene. Dette vil innebære at det nå er to sett med vilkår som skal vurderes.

Uttalelser i *Gjensidige* og *Statoil* taler altså for at de tradisjonelle vilkår ikke blir konsumert av vurderingen etter direktivet. I det videre vil hvert enkelt vilkår bli drøftet i forhold til problemstillingen.

#### 9.4.2 Vilåret om kjennskap

I en nylig avsagt dom fra EU- domstolen, *Europa- Kommissionen mod Ungarn*, fastsatte domstolen at kjennskap til en aldersgrense var et relevant moment under forholdsmessighetsvurderingen etter direktivet.<sup>91</sup> Saken omhandlet en lovfestet aldersgrense på fylte 62 år for blant annet dommere. Loven trådte i kraft 1.januar 2012. Loven hadde tidligere fastsatt at denne gruppen arbeidstakere hadde rett til å jobbe til fylte 70 år. Overgangsordningen medførte at de dommerne som allerede hadde fylt 62 år måtte fratre etter 6 måneder og de som fylte 62 i løpet av det første året måtte fratre 31. desember 2012. Domstolen mente den tidligere loven hadde skapt en berettiget forventning hos arbeidstakerne om å få jobbe til fylte 70, og at nedsettelsen medførte en bratt og betydelig nedsettelse av aldersgrensen uten at det var tatt hensyn til denne forventningen. De vurderte arbeidstakernes muligheter til å forutse en slik endring, men slo fast at de ikke kunne "med en tilstrækkelig grad av sikkerhet at forudse de påtænkte endringer i deres pensionsordning."<sup>92</sup> Konklusjonen ble at forålene kunne vært oppnådd med mindre inngripende midler, og at loven dermed var et brudd på diskrimineringsforbudet.

---

<sup>91</sup> Sag C-286/12 Europa- Kommissionen mod Ungarn

<sup>92</sup> Sag C-286/12 Europa- Kommissionen mod Ungarn avsnitt 72

*Europa- Kommissionen mod Ungarn* viser at det under vurderingen av direktivet er et moment hvorvidt arbeidstakerne kjente, eller burde kjent til, aldersgrensen. Ved en nedsettelse av en aldersgrense er det viktig med romslige overgangsordninger, noe som sikrer interessene for de berørte arbeidstakerne. En berettiget forventning om en annen aldersgrense er også et moment.

Spørsmålet er så om dette innholdsmessig sammenfaller med det tradisjonelle vilkåret om kjennskap.

Først og fremst er det klart at arbeidstakerne etter begge vurderingene har krav på å få vite om en aldersgrense. Videre må arbeidstakerne få informasjon i god tid før en endring i aldersgrensen. Ut over dette er det vanskelig å si noe konkret, i og med at *Europa- Kommissionen mod Ungarn* ikke berører de grensespørsmål som er vurdert i norsk rettspraksis om de tradisjonelle vilkår. Det fremstår blant annet som at aldersgrensen det var snakk om i *Kommissionen mod Ungarn* kom fullstendig overraskende på de berørte, og med en svært inngripende overgangsordning. Dommen belyser derfor blant annet ikke spørsmålet om hvor mye arbeidsgiver må informere før innføring av en aldersgrense.

#### 9.4.3 Vilkåret om konsekvent praksis

EU-domstolen har vurdert konsekvent og sammenhengende lovgivning som en del av forholdsmessighetsvurderingen. I saken *Fuchs* var et av spørsmålene hvorvidt en tysk bestemmelse om tvungen pensjonsalder på 65 år var usammenhengende, når den blant annet åpnet for at man etter søknad kunne få fortsette til fylte 68 år.<sup>93</sup> EU-domstolen kom til at unntaket ikke gjorde at loven ble usammenhengende. De uttalte at det ut i fra praksis er et krav om at den pågjeldende lovgivning "faktisk forfølger formålet hermed på en konsekvent og systematisk måte."<sup>94</sup> I den konkrete vurderingen av bestemmelsen fant domstolen at unntaket ikke motvirket formålet fordi det var et krav om at videre arbeid var "i tje-

---

<sup>93</sup> Forenede sager C-159/10 og C-160/10 *Fuchs og Köhler mod Land Hessen*

<sup>94</sup> Forenede sager C-159/10 og C-160/10 *Fuchs og Köhler mod Land Hessen*, premiss 85



nestens interesse.<sup>95</sup> Dette gjaldt typisk hvis arbeidstaker hadde en pågående sak som måtte ferdigstilles før fratreden. Domstolen mente at en slik åpning førte til en mildere lov, som dermed lettere var forholdsmessig. EU- domstolen mener altså at konsekvent praktisering er viktig, men at smale unntaksregler som sørger for fleksibilitet kan rettferdiggjøres så lenge de ikke undergraver formålet med regelen.<sup>96</sup>

*Fuchs* viser at vilkåret om konsekvent praksis er et relevant moment i forholdsmessighetsvurderingen etter direktivet. Spørsmålet er om det innholdsmessig er samsvar mellom vurderingen etter det tradisjonelle vilkår og direktivet.

Det ser ut til at begge vurderingene legger til grunn at det fortsatt vil være konsekvent praksis selv om det finnes unntak. På den annen side er *Fuchs* uttalelser om at det er legitimt med unntak i tjenestens interesse, i utgangspunktet ikke sammenfallende med innholdet i det tradisjonelle vilkåret. Direkte overført til bedriftsinterne aldersgrenser vil slike unntak underminere formålet med vilkåret om konsekvent praksis, jf. drøftelsen i punkt 9.2.2. Domstolens uttalelse om at et vilkår for unntak er at det ikke undergraver formålet med regelen, gjør likevel at vurderingen etter direktivet er sammenfallende med det tradisjonelle vilkår.

#### 9.4.4 Vilåret om tilfredsstillende pensjonsordning

I vurderingen av forholdsmessighetskriteriet etter aml. §13-3(2) og direktivet art. 6 nr 1, viser Høyesterett i *Gjensidige til Rosenblatt*, som i sin vurdering av forholdsmessighetskriteriet går inn på retten til pensjon. Høyesterett kommenterer ikke dette ytterligere, men rett etter sitatet fra *Rosenblatt* uttaler Høyesterett at de legger betydelig vekt på pensjonsordningen.<sup>97</sup> Det kan da diskuteres om Høyesterett her trekker pensjonsordningen inn i forholdsmessighetsvurderingen, slik at det blir en sammenblanding mellom dette tradisjonelle vilkår og direktivets vilkår, eller om pensjon kommer inn i begge settene av vilkår, men på ulike måter.

---

<sup>95</sup> Forenede sager C-159/10 og C-160/10 *Fuchs og Köhler mod Land Hessen*, premiss 88,89

<sup>96</sup> Barnard (2012) s. 374- 375

<sup>97</sup> Rt.2011 s. 964 avsn. 65-67

Etter flere dommer i EU- domstolen er det ikke tvil om at det i forholdsmessighetsvurderingen er et relevant moment hvorvidt det for arbeidstakeren er en pensjonsordning ved fratredelse. I *Rosenbladt* kommer domstolen til at bestemmelsen i tysk rett om automatisk opphør av ansettelseskontrakter når arbeidstakeren når pensjonsalder er forholdsmessig.<sup>98</sup> Dette begrunnes blant annet i at bestemmelsen tar hensyn til at arbeidstakerne opptjener en rett til pensjon i løpet av sitt arbeidsliv. *Rosenbladt* følger med dette opp *de la Villa* som også på grunnlag av blant annet hensynet til pensjon kom til at loven ikke var uforholdsmessig.<sup>99</sup>

Spørsmålet er etter dette om pensjon som moment i vurderingen etter direktivet, innholdsmessig er det samme som etter vilkåret om en tilfredsstillende pensjonsordning.

EU- domstolen uttaler i *de la Villa* at den aktuelle pensjonens "niveau ikke kan anses for at være urimelig", og det kan da diskuteres om domstolen setter krav til pensjonens størrelse.<sup>100</sup> Stein Evju uttaler i en artikkel fra 2007 at "Det kan ligge en snublestokk her; ordninger som er generelt akseptable, kan tenkes å ikke kunne anvendes overfor arbeidstagere som ikke har tilstrekkelig opptjening til å få en adekvat pensjon."<sup>101</sup> Evju stiller altså spørsmål ved om den enkelte arbeidstakers opptjening skal få betydning ved vurderingen. I *Rosenbladt* vurderer domstolen den konkrete tariffavtale som var opprettet på grunnlag av lovens åpning for å fastsette aldersgrenser. Her konstaterer domstolen at det for arbeidstakerne som var omfattet av avtalen var snakk om en svært dårlig pensjonsopptjening, som de ikke kunne leve av. Aldersgrensen medførte således "et betydelig økonomisk tab for arbeidstagerne inden for bygningsrengøringsbranchen i almindelighed og for Gisela Ro-

---

<sup>98</sup> Sag C-45/09 *Rosenbladt mod Oellerking*, avsn. 46 flg.

<sup>99</sup> Sag C-411/05 *de la Villa*, avsn. 73 flg.

<sup>100</sup> Sag C-411/05 *de la Villa*, avsn. 73

<sup>101</sup> Evju (2007)

senbladt i særdeleshed."<sup>102</sup> På tross av dette blir tariffavtalen godkjent, blant annet fordi arbeidstakerne ikke var avskåret fra å jobbe et annet sted.

Selv om domstolen nevner pensjonens betydning for Gisela Rosenbladt konkret, benytter de en gruppebetraktning i den nærmere vurderingen. Det er derfor ikke holdepunkter for å si at pensjonen etter direktivet skal vurderes individuelt. Dette ville også stride mot EU- domstolens tidligere bruk av gruppetilnærming ved vurderingen etter direktivet, jf. punkt 6. Uttalelsene i *de la Villa* må derfor tolkes til at pensjonen generelt sett må ha et rimelig nivå.

På grunnlag av disse to dommene fra EU- domstolen kan det se ut som at pensjon er et viktig moment, men dersom arbeidstakerne ikke er avskåret fra å jobbe videre et annet sted, blir ikke dårlig pensjon avgjørende. Vurderingen skal også foretas på gruppenivå. Videre skal selv en pensjon som fremstår som dårlig vurderes opp mot samfunnets fordeler ved aldersgrensen. Om dette uttales det i *Rosenbladt*: "denne foranstaltning [skal] ses på baggrund af den sammenhæng, som den indgår i, og der skal tages hensyn til så vel det tab, den kan medføre for de berørte personer, som de fordele, som samfundet og de mennesker, der indgår i det, får."<sup>103</sup>

Etter dette kan det se ut som at vilkåret om en tilfredsstillende pensjonsordning er sammenfallende med momentet i vurderingen etter direktivet. Sett i sammenheng med drøftelsen i punkt 9.2 kan det se ut til at det er innholdsmessig like krav til pensjonen. For det første legger begge til grunn at det må være et økonomisk sikkerhetsnett i form av pensjon fra bedriften eller staten for arbeidstakeren ved fratredelse. For det andre er det tilfellet ved full opptjening som skal vurderes, uavhengig av hva den konkrete arbeidstakeren har opptjent.

Etter det tradisjonelle vilkåret må pensjonen ha et tilfredsstillende nivå for å oppfylle kravet. Dette er også fastsatt i *de la Villa*, og det kan derfor se ut til at det er sammenfall også på dette punkt. I *Rosenbladt* er det imidlertid snakk om en svært dårlig pensjon for

---

<sup>102</sup> Sag C-45/09 Rosenbladt mod Oellerking, avsn. 71

<sup>103</sup> Sag C-45/09 Rosenbladt mot Oellerking, avsn. 73

alle som blir omfattet av tariffavtalen, men aldersgrensen blir likevel godkjent. Det er i punkt 9.3 drøftet hvorvidt det tradisjonelle vilkåret etter norsk rett er i endring, blant annet på grunn av pensjonsreformens bestemmelser om å kunne fortsette å jobbe etter pensjone-ring. Etter *Rosenbladt* kan det se ut til at en dårlig pensjon kan oppveies av muligheten til å fortsette å jobbe. Det kan ikke på nåværende tidspunkt sies sikkert om dette også vil gjelde etter norsk rett.

#### 9.4.5 Konklusjon

Konklusjonen blir etter dette at de tradisjonelle vilkår for en stor del blir konsumert av vurderingen etter aml. §13-3(2) og direktivet. Vilkåret om kjennskap er delvis konsumert, ved at det også etter EU- domstolen er fastsatt at arbeidstakerne skal ha kjennskap til en aldersgrense og at det må gis informasjon om en endring i aldersgrensen. Vilkåret om konsekvent praksis ser ut til å være konsumert, ved at det for begge vurderingene er gjort klart at det må foreligge en konsekvent praksis, men at det likevel kan skje unntak så lenge dette ikke underminerer formålet med aldersgrensen. Vilkåret om en tilfredsstillende pensjonsordning ser også ut til å være konsumert, ved at det i begge tilfeller er et krav om en pensjonsordning, og at denne skal vurderes generelt og ikke individuelt. Her kan det imidlertid stilles spørsmål om pensjonsreformen gjør *Rosenbladts* vurdering, hvor de vurderte den dårlige pensjonen opp mot muligheten til å jobbe videre, aktuell også for norsk rett.

## 10 Aldersgrenser under 67 år

En problemstilling som reiser seg etter *Gjensidiges* generelle aksept av 67-års aldersgrenser er på hvilke vilkår en lavere aldersgrense enn 67 år kan fastsettes.

Aml. § 15-13a(1) 2.punktum angir ingen nedre grense for lavere aldersgrenser fastsatt på "annet grunnlag". Bestemmelsen gir heller ingen veiledning ut over at vilkårene etter aml. § 13-3(2) må oppfylles uavhengig av hvilken aldersgrense lavere enn 70 år det er snakk om.

## 10.1 Formål som kan være legitime

Hensynet til helse og sikkerhet er et formål som forarbeidene antar generelt vil gå klar av diskrimineringsforbudet.<sup>104</sup> Som nevnt i punkt 2 skiller dette seg fra de formål som begrunnes i generelle arbeidsmarkedshensyn. Helse og sikkerhet er derfor et formål som lettere kan anses legitimt ved lavere aldersgrenser enn 67 år enn andre formål.

Hensynet er av Jakhelln fremhevet som et viktig hensyn ved lavere fastsatte aldersgrenser enn 70 år. Han uttaler at det "neppe [kan] tariffavtales, avtales eller fastsettes aldersgrense som er lavere enn 70 år og som ikke er begrunnet i helse- eller sikkerhetsmessige hensyn eller andre tungtveiende spesielle hensyn."<sup>105</sup> Forståelsen av helse og sikkerhet som tilnærmet eneste relevante hensyn har senere blitt kritisert.<sup>106</sup> Jakhellns uttalelse kan likevel tas til inntekt for at hensynet til helse og sikkerhet er viktig i vurderingen av bedriftsinterne aldersgrenser. Lovkommentarene uttaler blant annet at "Forutsetningen for at det lovlig kan innføres virksomhetsfastsatt aldersgrense er at «*grensen er saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inngripende*». En aldersgrense som inntreffer ved en betydelig lavere alder enn ordinær pensjonsalder vil vanskelig kunne aksepteres uten at den har klar sammenheng med helse- eller sikkerhetsmessige hensyn."<sup>107</sup> Dette støtter det syn at helse og sikkerhet står i en særstilling når det kommer til å begrunne lavere aldersgrenser. Det er imidlertid viktig å påpeke at hensynet likevel vil svekkes jo lavere aldersgrense det er snakk om.

Generelle arbeidsmarkedshensyn kan blant annet være formålet om at unge arbeidstakere skal få innpass i arbeidslivet, og at de yngre raskere skal kunne forfremmes. Dette er imidlertid ikke i seg selv tilstrekkelig for å begrunne en lavere aldersgrense. Dette ble fastslått i *Helikopterpilot*. Høyesterett uttaler her at det ville være lite igjen av diskrimineringsforbudet dersom man tillot alle arbeidsgivere å påberope seg dette som et avgjørende hensyn. Videre uttaler de også at arbeidsgiver må kunne vise til ulike behov, som tilstedeværelse av

---

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

<sup>105</sup> Jakhelln (2006) s. 437

<sup>106</sup> Utredning om arbeidsmiljøloven §15-7 fjerde ledd (2008) pkt. 10.1.2

<sup>107</sup> Johnsen (2012a)

flere generasjoner på arbeidsplassen, for å kunne påberope seg dette.<sup>108</sup> I *Gjensidige* var formålet om arbeidsdeling mellom generasjonene ett av de hensyn som ble akseptert som saklig formål.<sup>109</sup>

Et annet formål i samme kategori er hensynet til en verdig avgang. Dette formålet ble drøftet av Høyesterett i *Helikopterpilot*. Høyesterett vurderte konkret om det i den aktuelle bedriften var et behov for en så lav aldersgrense som 60 år for å bevare dette hensynet, og besvarte dette benektende. Det ble også påpekt at hensynet til en verdig avgang er en av begrunnelsene for lovens 70-årsregel.<sup>110</sup> Dette kan tas til inntekt for at hensynet til en verdig avgang får mindre vekt ved lavere aldersgrenser, i og med at myndighetene har fastsatt at hensynet er ivaretatt ved 70-årsregelen. Dette synspunktet støttes av NOU 2009:14, som er en del av et større arbeid med en samlet lov mot diskriminering. Utvalget uttaler her i punkt 16.6.4 at " Hensynet til en verdig avgang fra arbeidslivet bør imidlertid ikke kunne benyttes til å avtale en lavere aldersgrense enn arbeidsmiljølovens 70-årsregel."

## 10.2 Hensyn i forholdsmessighetsvurderingen

Det er også hensyn som vil tale mot lavere aldersgrenser enn 67 år. Pensjonsreformen er ett av disse. Hensynet står sterkt fordi alle bedriftsinterne aldersgrenser under lovens hovedregel vil motarbeide myndighetenes målsetting om å holde folk lenger i arbeid.<sup>111</sup> På grunn av dette vil hensynet bli sterkere jo lavere aldersgrensen blir satt. Pensjonsreformen kan også sies å vise til et endret fokus hos myndighetene, slik at muligheten for å sette lavere aldersgrenser kanskje vil bli begrenset når Stortinget skal vurdere arbeidsdepartementets kartlegging av bedriftsinterne aldersgrenser som ferdigstilles høsten 2012.<sup>112</sup>

Et annet hensyn som taler mot lavere aldersgrenser enn 67 år er hensynet til hvor mange som blir rammet av aldersgrensen og som fortsatt ønsker å arbeide. Ved en aldersgrense på

---

<sup>108</sup> Rt. 2012 s. 219 avsn. 72

<sup>109</sup> Rt. 2011 s. 964 avsn. 60

<sup>110</sup> Rt. 2012 s. 219 avsn. 71

<sup>111</sup> Ot.prp.nr.37 (2008-2009) pkt. 6.2.1

<sup>112</sup> Prop. 1 S (2012-2013) s.55

67 år er det i dag statistisk sett få som ønsker å fortsette i jobb. I *Gjensidige* trekkes dette frem som et hensyn for en 67-årsgrense, med henvisning til et "utbredt ønske hos mange ansatte om å gå av ved fylte 67 år".<sup>113</sup> Ved lavere aldersgrenser enn 67 år vil det imidlertid proporsjonalt bli færre som ønsker å fratrukke seg, og hensynet vil da tale mot. Dette slås fast i Ot.prp. nr. 54 (2008-2009) punkt 8.4.4., hvor departementet uttalte at "Hvis arbeidsgiver hadde adgang til å si opp arbeidstakere på grunn av alder på et tidspunkt der de fleste arbeidstakere fremdeles var i arbeid, ville dette kunne være tvilsomt i forhold til diskrimineringsregelverket." Hvor mange som vil bli rammet av en bedriftsfastsatt aldersgrense er altså et viktig hensyn, som forsterkes jo flere arbeidstakere man risikerer å sette ut av arbeidslivet.

### 10.3 Rettspraksis

Høyesterett la i *Gjensidige* vekt på den langvarige tradisjonen for 67-års aldersgrense i Norge, og myndighetenes aksept av aldersgrensen. Lavere aldersgrenser enn 67 år har ingen utbredt tradisjon i Norge, men 65 års aldersgrense i noen lederstillinger er ganske vanlig.<sup>114</sup> Dette argumentet vil derfor ikke ha særlig gjennomslagskraft for lavere aldersgrenser.

Videre uttaler Høyesterett at de har lagt betydelig vekt på at aldersgrensen var relativt høy sett i europeisk sammenheng.<sup>115</sup> Høyesterett vektlegger altså en sammenligning med andre europeiske land, som også skal følge samme direktiv som Norge. Det kan derfor være nyttig å se på hvilke aldersgrenser som gjelder i ulike land. Dansk rett har tilsvarende aldersgrensebestemmelser som norsk rett, med 70 år som hovedregel, og åpning for lavere fastsatte grenser.<sup>116</sup> I svensk rett er den alminnelige aldersgrensen 67 år, med åpning for tariffestet eller individuelt avtalt pensjonsalder som ikke innebærer en pliktig avgang.<sup>117</sup> Man kan derfor si at en 67 års aldersgrense er normalt i de nordiske landene, men at den

---

<sup>113</sup> Rt. 2011 s.964 avsn. 60

<sup>114</sup> Skarning (2012)

<sup>115</sup> Rt. 2011 s.964 avsn. 67

<sup>116</sup> Forskelsbehandlingsloven §§5 a stk 1,3 og 4

<sup>117</sup> Anställningskyddlagen § 32a, og tilhørende "relaterad information" (kommentarer)

svenske rettens bestemmelse om at det ikke er lov å fastsette en aldersgrense under 67 år, bare pensjonsalder, er et argument mot lavere aldersgrenser enn 67 år.

Det er med andre ord få argumenter i Høyesteretts behandling i *Gjensidige* som er overførbare til lavere aldersgrenser enn 67 år. Det kan derfor stilles spørsmål om *Gjensidige* kun får betydning for 67-års aldersgrenser.

I *Helikopterpilot* handlet saken om en tariffavtalt aldersgrense på 60 år. Her uttaler Høyesterett at "en aldersgrense på 60 år er betydelig lavere enn sekstisyvårsgrensen som var tema i Høyesterett i *Gjensidigesaken*, og sekstifemårsgrensen som var tema i Rosenbladtdommen"<sup>118</sup>, og uttrykker også tvil om 62-årsgrensen i *Kystlink* kan opprettholdes i dagens rettskildebilde. De påpeker videre at det ikke forelå noe bevisst lovgivervalg bak den tariffbestemte aldersgrensen i deres sak. Høyesterett innleder altså sin drøftelse med å påpeke at det er snakk om en "betydelig" lavere aldersgrense, og legger dermed an til at det ikke er opplagt at en så lav aldersgrense som 60 år står seg i forhold til diskrimineringsreglene. Som i *Gjensidige* var pensjonsordningen svært god, men *Helikopterpilot* trekker frem de personlige behov en deltagelse i arbeidslivet dekker for de berørte personer, og setter dette opp mot det økonomiske aspektet.<sup>119</sup>

Konklusjonen i *Helikopterpilot* ble at den tariffavtalte aldersgrensen på 60 år var ulovlig diskriminerende. Dommen viser at det ikke er nok med en lang og fast praksis slik *Gjensidige* vektla, men at en aldersgrense må begrunnes ut fra dagens behov.<sup>120</sup> Det er imidlertid viktig å presisere at det i *Helikopterpilot* var snakk om en tariffavtalt aldersgrense, noe som taler for at en ensidig fastsatt aldersgrense ville vært ulovlig på et tidligere tidspunkt, jf. drøftelsen i punkt 7.

---

<sup>118</sup> Rt. 2012 s. 219 avsn. 69

<sup>119</sup> Rt. 2012 s.219 avsn. 70

<sup>120</sup> Skarning (2012)



## **10.4 Konklusjon**

Som utgangspunkt er det klart at de samme vilkår gjelder for alle aldersgrenser under 70 år, jf. aml.§ 15-13a(1). Når det gjelder hvilke formål som kan være legitime ved aldersgrenser under 67 år, er det særlig hensynet til helse og sikkerhet som skiller seg ut. Det kan se ut til at dette hensynet alene kan anses som legitimt formål, men også dette hensynet vil svekkes jo lavere aldersgrense det er snakk om. Når det gjelder generelle arbeidsmarkedshensyn, ser det ut til at flere hensyn må påberopes som formål for å kunne tilfredsstille vilkåret om legitimt formål. Videre er det hensyn i forholdsmessighetsvurderingen og uttalelser i rettspraksis som taler mot lavere aldersgrenser enn 67 år. Det er ut over dette viktig å påpeke at det uansett vil være en konkret vurdering av hver enkelt bedrifts aldersgrense.

## **11 Kan man ha to eller flere aldersgrenser i en bedrift?**

En problemstilling er om en bedrift kan ha to eller flere aldersgrenser. I det følgende drøftes dette gjennom to tilknyttede problemstillinger. For det første er spørsmålet om det i utgangspunktet er adgang til å ha ulike aldersgrenser i samme bedrift. For det andre kan det oppstå situasjoner ved en endring av en allerede fastsatt aldersgrense som i realiteten innebærer ulike aldersgrenser innefor samme bedrift, og spørsmålet blir da om det er adgang til dette.

### **11.1 Ulike aldersgrenser i samme bedrift**

I Innst.O.nr. 100 (2004-2005) uttalte kommunalkomiteen i forhold til saklighetskravet at "aldersgrenser ikke kan fastsettes vilkårlig. Det vil ikke være i tråd med intensjonen bak regelverket om aldersdiskriminering. En indikasjon på slik vilkårlighet vil for eksempel være tilfeller der samme selskap eller konsern har ulike aldersgrenser for samme type ar-

beid eller yrke." <sup>121</sup> I Innst.O.nr. 18 (2005-2006) ble slik vilkårlighet ytterligere kommentert i et vedlagt brev fra statsråden til Arbeids- og sosialkomiteen, hvor det uttaltes at "En avtale som nevnt mellom arbeidsgiver og arbeidstakernes representanter om at arbeidsforholdet til en bestemt arbeidstakergruppe skal opphøre ved 60 år, vil kunne være i strid med arbeidsmiljølovens likebehandlingskrav i kapittel 13, dersom arbeidsgiver praktiserer andre aldersgrenser for samme yrke i andre land." <sup>122</sup> Ut i fra disse forarbeidene kan det dermed se ut som at flere ulike aldersgrenser innenfor samme bedrift er utelukket dersom det dreier seg om samme type arbeid eller yrke. Uttalelsene ser også ut til å omfatte ikke bare den enkelte bedrift, men også konsernforhold.

Spørsmålet er da hvordan det stiller seg dersom det innenfor en bedrift er ulike arbeid og yrker. Her vil man rimeligvis kunne anta at det vil være motsatt. Det er ikke urimelig at det i for eksempel SAS fastsettes ulike aldersgrenser for de som jobber i innsjekkingen og de som jobber som bagasjestuere. Det er store forskjeller rent fysisk på disse jobbene, og hensynet til helse og sikkerhet vil da komme sterkt inn for bagasjestuernes del. Dette vil kunne begrunne en lavere aldersgrense for disse. Til støtte for dette er Innst.O.nr. 100 (2004-2005), hvor departementet uttaler at regjeringen i samarbeid med partene i arbeidslivet skal "gjennomgå gjeldende særaldersgrenser i den hensikt at det i fremtiden blir arbeidets art og risiko, og ikke en bestemt alder, som avgjør behovet for en tidlig pensjonering." <sup>123</sup> Dersom dette blir gjennomført, vil det kunne innebære at ulike jobber innenfor samme bedrift kan få ulike aldersgrenser.

## **11.2 Innføring og endring av aldersgrense**

En annen problemstilling i tilknytning til dette er problemet ved innføring eller endring av en aldersgrense. Det vil da for eksempel kunne bli den situasjon at de som ble ansatt i bedriften før endringen fortsatt skal ha den gamle aldersgrensen, mens de nyansatte får en høyere aldersgrense. Eventuelt kan det være snakk om en overgangsordning for de tidligere

---

<sup>121</sup> Innst. O.nr. 100 (2004-2005) pkt. 15.2

<sup>122</sup> Innst.O.nr. 18 (2005-2006) vedlegg 3

<sup>123</sup> Innst. O.nr. 100 (2004-2005)punkt 15.1.2

ansatte. Situasjonen vil da, frem til alle tidligere ansatte har fratrudd eller overgangsordningen er gjennomført, reelt sett være slik at det er to ulike aldersgrenser for samme jobb.

Jakhelln uttaler om innføring av nye aldersgrenser overfor allerede ansatte at en aldersgrense vil utgjøre en del av de ansattes arbeidskontrakt, og at bedriften da må ha samtykke før en eventuell endring.<sup>124</sup> Et samtykkekrav vil kunne sette en effektiv stopper for en endring av aldersgrensen dersom ikke alle samtykker, fordi det som fastsatt ovenfor ikke er tillatt med flere aldersgrenser for samme stilling.

Det kan i tilknytning til dette også stilles spørsmål ved om det ved en heving av aldersgrensen fra for eksempel 65 til 67 år er slik at de allerede ansatte da har en *rett* til å pensjonere seg fra 65 år, og en *plikt* til å gå av ved 67. I så tilfelle vil det ikke være to parallelle aldersgrenser i bedriften, men en frivillig pensjonsalder for noen ansatte og en tvungen pensjonsalder (aldersgrense) for alle. Det ville da ikke vært noe problem, i og med at det er fastslått gjennom *de la Villa* at frivillig pensjonsalder er unntatt i direktivets fortale punkt 14 og derfor ikke er omfattet av diskrimineringsreglene.<sup>125</sup> Bedrifter som ønsker å heve aldersgrensen bør slik sett gå for denne løsningen, i og med at de da vil være på den sikre siden i forhold til diskrimineringsreglene, og samtidig åpner for at de allerede ansatte fortsetter til de er 67 (som jo er ønskelig). Det vil for øvrig heller ikke bli noe samtykkekrav, i og med at arbeidsgiver kan gi sine ansatte flere og utvidede rettigheter uten at dette kommer i konflikt med arbeidstakernes rettigheter.

### 11.3 Konklusjon

Konklusjonen blir etter dette at det i utgangspunktet ikke er tillatt med ulike aldersgrenser innenfor samme bedrift eller konsern for samme type yrke eller arbeid, men at dette kan stille seg annerledes for de bedrifter hvor de ulike stillingene har store forskjeller i fysiske

---

<sup>124</sup> Jakhelln (2000) s. 795 flg.

<sup>125</sup> Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) pkt.8.4.2

og psykiske krav. Videre taler juridisk teori for at arbeidsgiver uten samtykke fra samtlige ansatte ikke kan endre en allerede fastsatt aldersgrense. Dersom problemstillingen retter seg mot en heving av aldersgrensen kan dette problemet unngås ved å omgjøre tidligere aldersgrense til en frivillig ordning samtidig med at en ny, høyere aldersgrense fastsettes.

## 12 Avslutning

Drøftelsen har sett på Høyesteretts vurderinger i *Gjensidige*. Her er jeg uenig i vurderingen av gruppetilnærmingen, og mener gode grunner taler for en snevrere avgrensning av denne. Når det gjelder Høyesteretts direkte bruk av *Rosenblatt*, er det store forskjeller mellom grunnlagene for aldersgrensene som taler for at dette ikke var hensiktsmessig. I tillegg taler Høyesteretts rettsavklarende og rettsutviklende rolle for at de burde foretatt en vurdering av pensjonsreformen, særlig siden det er god grunn til å tro at aldersgrensen ville vært ulovlig diskriminerende dersom arbeidstaker hadde vært omfattet av pensjonsreformen.

Videre har drøftelsen belyst rettstilstanden for de tradisjonelle vilkår, og fastsatt at *Gjensidige* ikke har endret rettstilstanden for hva som i dagens rettskildebilde er en tilfredsstillende pensjonsordning. Når det gjelder forholdet med vilkårene etter diskrimineringsreglene er det avklart at vilkårene om konsekvent praksis og tilfredsstillende pensjonsordning innholdsmessig er konsumert av diskrimineringsvurderingen. Kravet til kjennskap ser det ut til at er delvis konsumert.

Til slutt er det drøftet rundt to tilknyttede problemstillinger. For det første er det belyst hvilke formål som kan begrunne lavere aldersgrenser enn 67 år, samt uttalelser i rettspraksis og hensyn som taler mot en slik adgang. For det andre er det avklart at det i utgangspunktet ikke er adgang til å ha flere aldersgrenser i en bedrift, med mindre det er ulikheter mellom stillinger som kan begrunne dette.

Det er etter denne drøftelsen fortsatt mange ubesvarte spørsmål. Utviklingen innenfor pensjon har vært stor de siste årene, og myndighetene har varslet en gjennomgang av adgangen til bedriftsinterne aldersgrenser på bakgrunn av dette.<sup>126</sup> I følge Prop. 1 S (2012-2013) skal kartleggingen av bedriftsinterne aldersgrenser ferdigstilles høsten 2012.<sup>127</sup> Det har så langt vært lite saker om bedriftsinterne aldersgrenser for domstolene etter innføringen av diskrimineringsbestemmelsene, men *Helikopterpilotdommen* i 2012 har blitt kommentert som rettsendrende.<sup>128</sup> Det er derfor ingen tvil om at det i årene fremover vil skje mye på dette området, som kan endre dagens rettstilstand.

---

<sup>126</sup> Ot.prp.nr. 54 (2008-2009) pkt. 8.8

<sup>127</sup> Prop. 1 S (2012-2013) s. 55

<sup>128</sup> Dagens Næringsliv (2012b)

## **13 Litteraturliste**

### **13.1 Lovgivning**

#### 13.1.1 Norsk lov

Lov om obligatorisk tjenestepensjon (OTP- loven) av 21.desember 2005 nr. 124

Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.(arbeidsmiljøloven) (aml) av 17.juni 2005 nr.62

Lov om folketrygd (folketrygdloven) (ftrl) av 28.februar 1997 nr 19

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

Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. av 4.februar 1977 nr.4 (opphevet)

Sjømannslov av 30.mai 1975 nr. 18

Lov om arbeidervern av 7.desember 1956 nr. 2 (opphevet)

Lov om arbeidervern av 19.juni 1956 nr.8 (opphevet)

### 13.1.2 Utenlandsk lov

Dansk: hentet fra karnovgroup.dk

Forskelsbehandlingsloven    Lov om forbud mot forskelsbehandling på arbeidsmarkedet  
m.v. av 16.desember 2008 nr. 1349

Svensk: hentet fra karnovgroup.se

Anställningsskyddlagen    Lag om anställningsskydd av 1982:80

## 13.2 Forarbeider

Prop. 1 S (2012-2013)    Proposisjon til Stortinget (forslag til stortingsvedtak) for bud-  
sjettåret 2013, av Arbeidsdepartementet

Ot.prp.nr. 54(2008-2009)    Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av ar-  
beidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.).

Ot.prp.nr. 37 (2008-2009)    Om lov om endringer i folketrygdloven (ny alderspensjon).

St.meld.nr. 5 (2006-2007)    Opptjening og uttak av alderspensjon i folketrygden.

Innst.O.nr. 18 (2005-2006)    Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om end-  
ringer i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid  
og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp.nr. 49 (2004-2005)    Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (ar-  
beidsmiljøloven).

- Innst.O.nr. 100 (2004-2005) Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
- Ot.prp.nr. 104(2002-2003) Om lov om endringer i lov. 4.februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.
- Ot.prp.nr. 3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.
- NOU 2012: 13 Pensjonslovene og folketrygdreformen II
- NOU 2010: 1 Medvirkning og medbestemmelse i arbeidslivet
- NOU 2009:14 Et helhetlig diskrimineringsvern
- NOU 2005: 15 Obligatorisk tjenestepensjon
- NOU 2003:2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet
- Utredning om arbeidsmiljøloven §15-7 fjerde ledd ( "70-årsregelen"), vedlegg til høringsbrev om endringer i arbeidsmiljøloven av 30.10.2008. Trykk: Departementets servicesenter 10/2008 – opplag 150

### **13.3 Norske dommer**

Hentet fra lovdata.no

#### **13.3.1 Høyesterett**

Rt.2012. s.219 (Helikopterpilot)

Rt.2011 s. 974 (Gjensidige – prosessuell avgjørelse)

Rt.2011 s. 964 (Gjensidige)

Rt.2010 s. 202 (Kystlink)



### 13.3.2 Underrettsdommer

LB-2010-99479 (Gjensidige)

LB-1995-1486

RG-1986-371

NAD-1986-207

TOSLO-2009-143503 (Gjensidige)

TSTAV-2005-75777 (Statoil)

### 13.4 Direktiver

Hentet fra nettsiden [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu), med dansk oversettelse

2000/78/EF Om generelle rammebestemmelser om likebehandling beskæftigelse og erhverv.

### 13.5 Dommer fra EU- domstolen

Hentet fra nettsiden [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu), med dansk oversettelse

Sag C- 286/12 Europa- Kommissionen mod Ungarn

Forenede sager C-159/10 og C-160/10 Gerhard Fuchs og Peter Köhler mod Land Hessen [prejudisiell avgjørelse] (Fuchs)

Sag C-45/09 Gisela Rosenblatt mod Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH [prejudisiell avgjørelse] (Rosenblatt)

Sag C-388/07 The Queen, på vegne af: The Incorporated Trustees of the National Council on Aging (Age Concern England) mod Secretary of state for Business, Enterprises and regulatory Reform [prejudisiell avgjørelse] (Age Concern)

Sag C-411/05 Felix Palacios de la Villa mod Cortefiel Servicios SA [prejudisiell avgjørelse] (de la Villa)

### 13.6 Juridisk teori

Barnard, Catherine *EU employment law*, 4.utgave, Oxford, 2012

Evju, Stein *Arbeidsrett, utvalgte artikler 2001-2010*, 1.utgave, Oslo, 2010

Jakhelln, Henning *Arbeidsrettslige studier*, Bind II, 1.utgave, Universitetsforlaget, 2000

Jakhelln, Henning *Oversikt over arbeidsretten*, 4.utgave, Oslo, 2006

*EØS-rett*. Frederik Sejersted ... [et al.]. 3. utg. Oslo, 2011.

### 13.7 Artikler

Bjurstrøm, Hanne. *Ingen vei utenom reform I*: Dagsavisen. 23.juli 2010.

[http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/aktuelt/taler\\_artikler/minister/arbeidsminister-hannebjurstrom/2010/ingen-vei-utenom-reform.html?id=611714](http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/aktuelt/taler_artikler/minister/arbeidsminister-hannebjurstrom/2010/ingen-vei-utenom-reform.html?id=611714) [sisert 28.august 2012]

Evju, Stein. *Aldersdiskriminering, bedriftsfastsatt aldersgrense – Høyesteretts dom 29.juni 2011 (HR-2011-01291-A)*. I: Nytt i privatretten. Årg. 13, nr. 3/2011 s. 2

Evju, Stein. *Proposisjon om "70-årsregelen" i arbeidsmiljølovens §15-7 I*: Nytt i privatretten. Årg. 11, nr. 2/2009 s.4

Evju, Stein *Aldersdiskriminering, pensjonsalder og aldersgrense – EF-domstolens dom 16. oktober 2007, sak C-411/05 Palacios de la Villa – Cortefiel Servicios SA I*: Nytt i privatretten. Årg. 9, nr. 4/2007

### 13.8 Nettdokumenter

Andersen, Svein Tore *Om Høyesterett*. Domstol.no 27.9.2011

<http://www.domstol.no/no/Enkelt-domstol/-Norges-Hoyesterett/Om-Hoyesterett/> [sitert 18.november 2012]

Arbeidsdepartementet *Spørsmål og svar*. Pensjonsreform.no

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/ad/kampanjer/pensjonsreform/no/sporsmal-og-svar.html?id=86829#04> [sitert 18.november 2012]

Dagens Næringsliv [a] *Helikopterpiloter vant i Høyesterett*. DN.no, Publisert 14.2.2012

<http://www.dn.no/forsiden/politikkSamfunn/article2332370.ece> [sitert 23. november 2012]

Dagens Næringsliv [b] *Vil sette bom stopp for lukrativ pensjonsordning I*: DN.no, Publisert: 09.11.2012 <http://www.dn.no/privatokonomi/article2504413.ece> [sitert 18.november 2012]

Johnsen, Stig Åkenes [a] *§ 15-13a Opphør av arbeidsforhold grunnet alder I*: Arbeidsrett.no, kommentarer til arbeidsmiljøloven nettversjon [sitert 11.oktober 2012]

Johnsen, Stig Åkenes [b] *§ 15-7 Vern mot usaklig oppsigelse I*: Arbeidsrett.no, kommentarer til arbeidsmiljøloven nettversjon [sitert 18.oktober 2012]

Hotvedt, Marianne Jenum og McClimans, Else Leona. *Kap 13 Vern mot diskriminering* |: Arbeidsrett.no, kommentarer til arbeidsmiljøloven nettversjon [sitert 27.august, 15.oktober 2012]

NHO[a]. *Aldersgrensesak til Høyesterett*. nho.no 15.3.2011

<http://www.nho.no/arbeidsrett/aldersgrensesak-til-hoyesterett-article23081-57.html> [sitert 19.oktober 2012]

NHO[b]. *Opprettholder aldersgrense*. nho.no 30.6.2011. <http://www.nho.no/pensjon-og-forsikring/opprettholder-aldersgrense-article23537-355.html> [sitert 19.oktober 2012]

Skarning, Nicolay *De øvre aldersgrenser under endring*. Jusstorget.no 16.4.2012.  
<http://www.jusstorget.no/article.asp?Key=1&FagKey=3&ArtKey=454> [sitert 9.oktober 2012]