

# MAR IUS

SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW

Ingrid Hvidsten

## Alder som distinksjonsgrunnlag

Om det EU-rettslige forbudet mot aldersdiskriminering  
i arbeidslivet og speilingen i norsk rett

# Alder som distinksjonsgrunnlag

Om det EU-rettslige forbudet mot  
aldersdiskriminering i arbeidslivet  
og speilingen i norsk rett

Ingrid Hvidsten



Marlus nr. 485  
Sjørettsfondet  
Nordisk institutt for sjørett  
Universitetet i Oslo

© Sjørettsfondet, 2017

ISSN: 0332-7868

Sjørettsfondet  
University of Oslo  
Scandinavian Institute of Maritime Law  
P.O. box 6706 St. Olavs plass 5  
N-0130 Oslo  
Norway

Phone: 22 85 96 00

E-post: [sjorett-adm@jus.uio.no](mailto:sjorett-adm@jus.uio.no)

Internet: [www.jus.uio.no/nifs](http://www.jus.uio.no/nifs)

Editor: Professor dr. juris Trond Solvang –  
e-mail: [trond.solvang@jus.uio.no](mailto:trond.solvang@jus.uio.no)

For subscription and single-copy sale, please see Den norske bokbyen  
– The Norwegian Booktown  
Internet: <http://bokbyen.no/en/shop/>  
E-mail: [post@bokbyen.no](mailto:post@bokbyen.no)

Print: 07 Media AS

# Forord

Denne artikkelen er i det vesentlige identisk med min masteravhandling, som jeg skrev mens jeg var vitenskapelig assistent ved Senter for europarett ved Nordisk institutt for sjørett. Enkelte endringer er gjort før publisering, men teksten fremstår i all hovedsak som den var da den ble levert til bedømmelse ved Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo, 1. juni 2017.

Jeg vil takke professor Vibeke Blaker Strand og advokat Tarjei Thorkildsen for grundig sensur av avhandlingen, og et morsomt og utfordrende muntlig forsvar. De hadde begge flere gode innspill til mulige endringer og forbedringer av materialet; noen av innspillene har jeg hensyntatt før denne publiseringen. Jeg har også rettet småfeil som unnslett korrekturen før levering, og oppdatert noen henvisninger, blant annet til den nye diskrimineringsloven, som ble vedtatt av Stortinget to uker etter at avhandlingen ble levert. Avhandlingen slik den ble levert er publisert i Duo, og er tilgjengelig digitalt derfra.

Min veileder, professor Finn Arnesen, fortjener den største takken for hjelp og støtte underveis i dette prosjektet.

Senter for europarett er et fantastisk sted å skrive masteravhandling, både faglig og sosialt. Jeg har fått uvurderlig støtte fra dyktige akademikere både i og utenfor senterets korridorer. Jeg vil spesielt takke Ingrid, Marie, Hilde, Maren, Lisa-Mari og Idun, som har lest kapittelutkast og gitt innspill underveis. Siri har hatt klokkertro på prosjektet og stilt med pauser. Takk også til Stian for faglige tips, råd og oppmuntring, og til Inger for hjelp med litteratur og referanser. Mine tålmodige venner fortjener takk for å ha sørget for høyst nødvendig adspredelse underveis.

Eventuelle feil er selvfølgelig mine egne.

Oslo, juli 2017  
*Ingrid Hvidsten*



# Innhold

1	INNLEDNING.....	9
1.1	Emnet og aktualiteten.....	9
1.2	Materialet og rettskildemessige utfordringer .....	10
1.2.1	Forholdet mellom norsk rett og EU-retten.....	10
1.2.2	Problemer med prinsippargumentasjon.....	12
1.3	Problemstillinger, avgrensninger og opplegget videre .....	13
2	EU-RETTENS LIKEBEHANDLINGSPRINSIPP OG ALDER SOM DISKRIMINERINGSGRUNNLAG .....	16
2.1	Det generelle likebehandlingsprinsippet .....	16
2.2	Hva er spesielt med alder som diskrimineringsgrunnlag? .....	19
2.2.1	Et særlig grunnlag for diskriminering.....	19
2.2.2	Skillet mellom alder og «sosiale» forhold .....	20
2.2.3	Hva om noen <i>vil</i> diskrimineres? .....	22
3	FORBUDET MOT ALDERSDISKRIMINERING I ARBEIDSLIVET .....	24
3.1	Innledning: Det EU-rettslige forbudet som «retningslinje» .....	24
3.2	Virkeområdet: Arbeidslivet i bred forstand .....	27
3.2.1	EU-rettens brede utgangspunkt .....	27
3.2.2	Forbudets plassering i arbeidsmiljøloven: En tilsiktet avgrensning .....	30
3.3	Det materielle forbudet og grensene for det .....	32
3.3.1	Forbud definert gjennom adgang til lovlig forskjellsbehandling.....	32
3.3.2	«Regulære og avgjørende» yrkesmessige krav .....	36
3.3.3	Særskilt adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder .....	41
3.3.4	Adgangen til positiv særbehandling .....	54
3.3.5	Forbudets kjerne .....	58
3.4	Utviklingen av forbudet i norsk rett .....	60
3.4.1	Innledning .....	60
3.4.2	Høyesteretts praksis om aldersdiskriminering: EU-retten som argument .....	60
3.4.3	Oppsummering: Fra reservasjon til resepsjon .....	72
3.4.4	Diskusjon av Høyesteretts tilnærming .....	72

4	EU-RETTENS KRAV TIL SANKSJONER OG NORSKE ERSTATNINGSREGLER.....	78
4.1	Innledning .....	78
4.2	EU-rettens krav .....	78
4.2.1	Statlig erstatningsansvar .....	78
4.2.2	Kravet til sanksjoner i nasjonal rett .....	80
4.3	Norsk rett .....	87
4.3.1	Innledning.....	87
4.3.2	Effektivt og avskrekkende: Universelt objektivt ansvar .....	88
4.3.3	Høyesterett trekker i bremsen: Særlig om dommen i <i>CHC II</i> .....	91
4.3.4	Kritikk .....	94
4.4	Problemet med objektivt ansvar for aldersdiskriminering .....	99
4.5	Statlig erstatningsansvar for aldersdiskriminerende norsk lov?	104
5	FORBUDET MOT ALDERSDISKRIMINERING SOM EUROPARETTLIG PRINSIPP .....	107
5.1	Innledning .....	107
5.2	Diskrimineringsforbudet som «alminnelig EU-rettslig prinsipp» .....	107
5.2.1	Oversikt: EU-domstolens utvikling av prinsippet .....	107
5.2.2	Betydning for forbudets virkeområde .....	112
5.3	Prinsippets betydning i forholdet mellom private parter.....	113
5.3.1	Ubetinget og presis EU-regulering som primært rettsgrunnlag .....	113
5.3.2	Kontrasten til traktatfestede ikke-diskrimineringsprinsipper	117
5.3.3	Prinsippet om forutberegnelighet og dansk Høyesterets «protest» .....	120
5.3.4	Oppsummering og diskusjon .....	122
5.4	Er prinsippet også et EØS-rettslig prinsipp? .....	125
5.4.1	Problemstillingen .....	125
5.4.2	Prinsippet folkerettslige forankring .....	126
5.4.3	Systemtolkning av EØS-avtalen som grunnlag for et EØS-rettslig prinsipp? .....	127
5.4.4	Betydningen i norsk rett av å se prinsippet som en del av EØS-avtalen .....	130

AVSLUTNING .....	132
LITTERATURLISTE.....	135
Lovgivning .....	135
Tariffavtaler .....	139
Rettspraksis mv. ....	139
Forarbeider mv. ....	146
Juridisk teori mv. ....	149
Muntlige kilder .....	156
VEDLEGG: DOMSREGISTER .....	157





# 1 Innledning

## 1.1 Emnet og aktualiteten

Arbeidsmiljøloven § 13-1 bestemmer at «Direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder er forbudt».<sup>1</sup> I forarbeidene til bestemmelsen er forbudet omtalt som en «gjennomføring» av EUs rammedirektiv om likebehandling i arbeidslivet.<sup>2</sup> Regler som skal svare til direktivets ble innført med en ambisjon om at Norge skulle ha «et vern på dette området som minst er på høyde med EU», selv om direktivet ikke er inntatt i EØS-avtalen.<sup>3</sup> Ambisjonen danner utgangspunktet for avhandlingen: Det rettslige hovedpoenget er at lovgiver har knyttet norsk rett til et annet rettssystem, og utviklingen i dette, under en forutsetning om at norsk rett skal holde «minst» samme nivå.

Det EU-rettslige forbudet mot aldersdiskriminering har utvidet kretsen av grupper som kan påberope seg diskriminering. På få år har EU-domstolen behandlet en anselig mengde saker, og forbudet er utviklet i flere retninger.<sup>4</sup> Alder er også et særegent diskrimineringsgrunnlag, som reiser særskilte spørsmål. Avhandlingen belyser noen spesielle problemstillinger som følger av at alder er en relativ og dynamisk faktor, og at alder som distinksjon i nasjonal rett blant annet er knyttet til økonomien, særlig gjennom pensjonssystemet.

Etter innføringen av forbudet i Norge avsa EU-domstolen dommer der den kategoriserte forbudet mot aldersdiskriminering som et «alminnelig EU-rettslig prinsipp». Domstolen har fortsatt å bygge på at forbudet har en

---

<sup>1</sup> LOV-2005-06-17-62 (arbeidsmiljøloven) § 13-1.

<sup>2</sup> Rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til ansettelse og erverv (heretter benevnt «rammedirektivet»). Se Ot.prp.nr.104 (2002–2003) s. 8.

<sup>3</sup> NOU 2003:2 s. 7. Forutsetningen gjentas i senere forarbeider. Traktatbestemmelsen som hjemler direktivet har ingen parallell i EØS-avtalen. Se nærmere punkt 3.1.

<sup>4</sup> Xenidis (2017) på s. 33–37 viser til 51 avgjørelser fra EU-domstolen om aldersdiskriminering siden direktivet ble vedtatt i 2000.

særskilt rettslig status, noe som har betydning for reglernes gjennomslag i medlemsstatenes nasjonale rett. Dette er ikke ukontroversielt i EU.

Utviklingen av det norske forbudet er forutsatt å skje i takt med EU-retten. Hovedproblemstillingen i avhandlingen er derfor hva det EU-rettslige forbudet inneholder i dag. Jeg vil undersøke utviklingen av forbudet i EU-domstolens praksis, og drøfte noen følger av innføringen av forbudet i norsk rett. Deretter vurderer jeg særlig sanksjonssiden i norsk rett. Hovedvekten her ligger på erstatningsansvaret, som i 2014 ble skjerpet med innføringen av objektivt ansvar for aldersdiskriminering.<sup>5</sup>

## 1.2 Materialet og rettskildemessige utfordringer

### 1.2.1 Forholdet mellom norsk rett og EU-retten

Det følger av ambisjonen om at vernet etter norsk rett skal ligge minst på høyde med vernet i EU, at aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven må analyseres med utgangspunkt i EU-domstolens praksis.<sup>6</sup> En metodisk utfordring er at EU-domstolens premisser kan være ganske ugjennomtrengelige. Domstolen bygger sine resonnementer på brede proporsjonalitetsvurderinger, og bruker aktivt prinsipper i den rettslige argumentasjonen, uten at det alltid er tydelig hvilke argumenter resultatet bygger direkte på.

EU-retten må tolkes på bakgrunn av EU-retten som helhet, reglernes formål og EU-rettens utviklingstrinn på bestemmelsenes vedtakstidspunkt.<sup>7</sup> En rettskildemessig utfordring har vært at rettens utviklingstrinn ikke alltid er lett å få tak på: Traktatene er endret flere ganger, og i dag kan det være vanskelig å bringe på det rene når en bestemmelse kom til, ble endret eller flyttet. Jeg har forsøkt å klargjøre bestemmelsenes

---

<sup>5</sup> Se arbeidsmiljøloven § 13-9.

<sup>6</sup> Jeg henviser en del til rettspraksis gjennom avhandlingen. Av hensyn til avhandlingens omfang og lesbarhet vil jeg ved første gangs referanse til en dom henvise til sakens kortnavn og saksnummer, mens jeg ved senere henvisninger ofte bare benytter kortnavn, særlig for EU-rettspraksis. Vedlagt er et alfabetisk domsregister sortert på kortnavn, i tillegg til litteraturlistens kronologiske register.

<sup>7</sup> Se C-283/81 *CILFIT* premiss 20. Uttalelsene er gjentatt i senere praksis.

opprinnelse der jeg mener det er av betydning for drøftelsen. For øvrig refererer jeg til konsoliderte utgaver av traktatene.<sup>8</sup>

Mye av kildetilfanget i norsk rett omhandler forbudet mot aldersdiskriminering konkret ved ansettelse eller opphør av arbeidsforhold. Om aldersdiskriminering i andre sammenhenger enn ved til- og fratredelse foreligger så langt jeg har kunnet bringe på det rene ikke autoritativ norsk rettspraksis. Aldersdiskrimineringsforbudet er dermed noe ensidig belyst i norsk rett. EU-domstolen har imidlertid behandlet spørsmål om aldersdiskriminering i flere typer situasjoner, blant annet ved beregning av lønn og ved skattefradrag for kostnader til utdanning, og dette kan gi indikasjoner om hvordan forbudet vil slå ut i andre situasjoner enn de som til nå har vært oppe for norske domstoler.<sup>9</sup>

Det foreligger omfattende forarbeider til ulike revisjoner av arbeidsmiljølovens diskrimineringsforbud. Forarbeidene har vært kritisert: Det kan være vanskelig å identifisere hvilke avveininger som ligger til grunn for forutsetningene i dem.<sup>10</sup> Videre er en generell utfordring ved forarbeider til lover som gjennomfører EU-rett at disse, i motsetning til ved «helnorsk» lovgivning, ikke er skrevet av dem som har utformet reglene. Som Sejersted påpeker, innebærer det at forarbeidene til gjennomføringslovgivning i større grad inneholder meningsytringer om hvordan bestemmelsene *bør* tolkes, enn retningslinjer for hvordan de *skal* tolkes.<sup>11</sup> Her har temaet for avhandlingen en tilleggsdimensjon, ved at det er tale om nasjonale bestemmelser utformet som en «kopi» utenfor rammene av EØS-avtalen. Lovgiver har derfor hatt langt større adgang til å legge føringer for tolkningen. Hvor langt den adgangen er ubenyttet, og utviklingen overlatt til EU-domstolen heller enn norske domstoler, er et spørsmål som ligger i bakgrunnen gjennom avhandlingen.

---

<sup>8</sup> Traktat om Den europeiske union (her benevnt TEU) og Traktat om Den europeiske unions virkemåte (her TEUV), konsoliderte utgaver 2016.

<sup>9</sup> Se C-555/07 *Kücükdeveci* om ansiennitetsberegning og C-548/15 *de Lange* om skattefordeler.

<sup>10</sup> Se Evju (2006) s. 153–154.

<sup>11</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 202–203.

## 1.2.2 Problemer med prinsippargumentasjon

EU-domstolen legger stor vekt på at aldersdiskrimineringsforbudet må anses som et alminnelig EU-rettslig prinsipp.<sup>12</sup>

EU-domstolen tolker EU-retten aktivt formålsrettet, på bakgrunn av formålet om å bidra til en «stadig nærmere sammenslutning».<sup>13</sup> Blant annet har Domstolen gjennom rettspraksis styrket EU-rettens stilling og gjennomslag i nasjonal rett, og utvidet anvendelsesområdet til materielle regler.<sup>14</sup> Bruken av prinsippargumentasjon i fastleggingen av aldersdiskrimineringsforbudet fremstår som et av flere utslag av EU-domstolens prinsipporientering. Prinsipper etableres på flere områder, uten at det alltid er helt lett å se den rettslige forankringen.<sup>15</sup> En slik prinsipporientering er fremmed i norsk rett, og reiser særskilte spørsmål når EU-rett «adopterer» som norsk rett, slik det synes gjort i arbeidsmiljøloven.<sup>16</sup>

Begrepet «prinsipp» brukes i flere rettslige betydninger. Begrepet kan vise til et normativt utgangspunkt, en hovedregel, eller til metodiske retningslinjer, som rettskildeprinsipper.<sup>17</sup> Betegnelsen kan brukes om sammenfatninger av normsett, en slags syntese av ellers fragmenterte regler, som åpner for skjønnsmessige avveininger i forskjellige situasjoner.<sup>18</sup> Også verdinormer, som gir konkret anvisning på hvilke faktorer som skal tas i betraktning uten å avgjøre resultatet i seg selv, kan kalles prinsipper.<sup>19</sup> Prinsipper kan videre utgjøre retningslinjer for maktutøvelse,

<sup>12</sup> Se f.eks. C-441/14 *Ajos/Rasmussen* premiss 22, C-555/07 *Kücükdıveci* premiss 20–21 og C-144/04 *Mangold* premiss 74–75.

<sup>13</sup> Se TEU artikkel 1.

<sup>14</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 55–56, med henvisning bl.a. til etableringen av statlig erstatningsansvar.

<sup>15</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 55, og Hartley (2014) s. 144–145. Graver (2006) s. 195–196 viser til utviklingen av de fire friheter som illustrasjon på slik konstruktiv, «dynamisk» rettsutvikling.

<sup>16</sup> Fredriksen og Mathisen (2014) s. 30 påpeker at TEU artikkel 6 viser til to «kategorier» av prinsipper, ved at «prinsippene i chartret» (art. 6 nr. 1) er noe annet enn «generelle prinsipper» (art. 6 nr. 3).

<sup>17</sup> Eckhoff (2001) s. 20.

<sup>18</sup> Sundby (1978) s. 192–194. I obligasjonsretten anerkjennes f.eks. retten til heving ved vesentlig kontraktsbrudd som alminnelig prinsipp.

<sup>19</sup> Sundby (1978) s. 196, med straffutmålingsprinsipper som eksempel.

som forvaltningsrettens prinsipp om forsvarlig saksbehandling, eller EU-rettens subsidiaritetsprinsipp.<sup>20</sup> Fordi generelle prinsipper som hovedregel ikke angir bestemte resultater, kan de avvies mot hverandre, uten at resultatet nødvendigvis innebærer at noen av prinsippene underkjennes.<sup>21</sup> Det som må kunne sies å kvalifisere en regel som et prinsipp, er generalitet – prinsippet kan anvendes under skiftende samfunnsforhold og innenfor ulik sektorlovgivning, og er alminnelig anerkjent som en overordnet retningslinje.

Sundby peker på at flertydigheten i begrepet «prinsipp» gjør det uegnet som «teknisk begrepsord».<sup>22</sup> Jeg er enig, og mener EU-domstolens bruk av prinsippargumentasjon i saker om aldersdiskriminering er en god illustrasjon på de problemene bruken av begrepet «prinsipp» skaper. Dette diskuterer jeg nærmere i kapittel 5.

### 1.3 Problemstillinger, avgrensninger og opplegget videre

Avhandlingen behandler tre hovedtemaer: Det første temaet er det EU-rettslige forbudet mot aldersdiskriminering i arbeidslivet. Det andre er den særlige tilknytningen mellom EU-retten og norsk rett på dette området, ved at forbudet er «kopierte» i norsk rett, uten å være utslag av en folkerettslig forpliktelse. Det tredje temaet er forbudets status som alminnelig EU-rettslig prinsipp. Jeg vil behandle temaene i denne rekkefølgen, fordi det EU-rettslige forbudet utgjør malen for de norske reglene, og derfor må fastlegges først.

Det siste temaet, forbudets status som prinsipp, reiser spørsmål om forrang og direkte virkning, som i utgangspunktet er særegne for medlemsstatene i EU. De spørsmålene som reises her belyser noen

---

<sup>20</sup> Subsidiaritetsprinsippet er traktatfestet i TEU art. 5, og betegnes på dansk «nærhedsprinsippet». Det danske begrepet er etter mitt syn mer intuitivt: Prinsippet innebærer at EU ikke skal handle på områder som ikke ligger under Unionens enekompetanse, med mindre det er klart at formålet bedre oppnås på «EU-plan» enn ved lovgivning på lokalt nivå (eller nærmere folket/velgerne). Se nærmere Sejersted m.fl. (2011) s. 68.

<sup>21</sup> Se nærmere Graver (2006) s. 195 flg.

<sup>22</sup> Sundby (1978) s. 196.

særlige forhold som ville vært annerledes dersom Norge var medlem av EU. Derfor er det etter mitt syn hensiktsmessig å redegjøre for noen utgangspunkter etter gjeldende rett først, før disse problemstillingene behandles mot slutten av avhandlingen. Avhandlingen sikter ikke mot en uttømmende behandling av aldersdiskrimineringsforbudet. Prosjektet er heller å undersøke hva forbudet innebærer; alder er et forholdsvis nytt diskrimineringsgrunnlag, med en annen forankring enn flere tradisjonelle diskrimineringsforbud. Dette reiser særskilte spørsmål.<sup>23</sup>

Avhandlingen har seks kapitler. Tyngden ligger i kapitlene 3–5. I kapittel 2 redegjør jeg for EU-retten overordnede likebehandlingsprinsipp, og drøfter særtrekk ved alder som diskrimineringsgrunnlag. Tanken er å etablere generelle utgangspunkter, og sette rammen for avhandlingen.

Målet om å være «minst på høyde med EU» reiser for det første spørsmålet om det norske aldersdiskrimineringsforbudet rommer det samme som det EU-rettslige. I kapittel 3 redegjør jeg derfor for EU-retten aldersdiskrimineringsforbud, og «speilingen» i norsk rett. Jeg behandler først og fremst rettspraksis fra EU-domstolen og Høyesterett, og diskuterer hvordan lovgiver har fulgt opp rettsutviklingen i EU. Det foreligger omfattende praksis fra diskrimineringsnemnda om aldersdiskriminering. Jeg avgrensner mot en nærmere behandling av denne, fordi jeg mener Høyesteretts prinsipielle avgjørelser danner et bedre utgangspunkt for å drøfte utviklingen av forbudet i norsk rett, og det spesielle forholdet mellom norsk rett og EU-retten på dette området.<sup>24</sup> Det ville videre sprengte rammene for fremstillingen å drøfte alle særgrunnlag for aldersbestemt forskjellsbehandling – jeg tar utgangspunkt i arbeidsmiljølovens regulering.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> For nærmere analyser f.eks. av hvilke aldersgrenser som kan aksepteres, se Hack (2015), som sammenligner forbudene mot aldersdiskriminering i norsk og tysk rett.

<sup>24</sup> Vurderingene i underretts- og nemndspraksis er gjerne ganske konkrete, og berører i mindre grad det spesielle forholdet mellom norsk rett og EU-retten på dette området, som er denne avhandlingens tema. En gjennomgang av nemndas praksis viser imidlertid at nemnda bygger på rettspraksis fra EU-domstolen i sine vurderinger. Se nærmere Holgersen (2013) for en gjennomgang av nemndspraksis.

<sup>25</sup> Direktivets artikkel 3 (4) åpner for at medlemsstatene «kan fastsette» at direktivets regler vedrørende alder og funksjonsnedsettelse ikke skal komme til anvendelse på «tjeneste i de væpnede styrker». LOV-2004-07-02-59 (forsvarspersonelloven) fastset-

Det neste spørsmålet er om konsekvensene av aldersdiskriminering i norsk rett overholder EU-rettens krav. Bare da vil målsetningen om et diskrimineringsvern i norsk arbeidsliv på høyde med det EU-rettslige være nådd. I kapittel 4 behandler jeg derfor de norske reglene om erstatning for brudd på forbudet, i lys av EU-retten.

Forbudets status som prinsipp favner flere problemstillinger. Her er det i all hovedsak rettslige spørsmål som skal behandles. Spørsmålet er for det første hva det innebærer i EU at det dreier seg om et slikt «alminnelig prinsipp». Det neste spørsmålet er om prinsippet også kan gjøres gjeldende i EØS-retten, selv om det ikke har noen uttrykkelig «hjemmel» i EØS-avtalen. Dette behandles i kapittel 5. Til slutt, i kapittel 6, oppsummeres avhandlingen med en diskusjon av ideen om «frivillig gjennomføring» av EU-retten i lys av drøftelsene i kapitlene foran.

---

ter i § 4 (2) at forbudet mot aldersdiskriminering ikke gjelder militært tilsatte. Se også Ot.prp.nr.49 (2004–2005) s. 194. Særlovgivning behandles her bare der den er aktuell.



## 2 EU-rettens likebehandlingsprinsipp og alder som diskrimineringsgrunnlag

### 2.1 Det generelle likebehandlingsprinsippet

I EU-domstolens praksis om aldersdiskrimineringsforbudet er det gjentatte henvisninger både til et generelt likebehandlingsprinsipp, og til at forbudet mot aldersdiskriminering er et prinsipp.<sup>26</sup> Domstolen beskriver et «almindelig» prinsipp om forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder som et «konkret uttrykk» for et «grundlæggende» likebehandlingsprinsipp.<sup>27</sup>

I det følgende er temaet derfor EU-rettens generelle likebehandlingsprinsipp.<sup>28</sup>

EU-domstolen har generelt lagt til grunn at diskriminering foreligger der i utgangspunktet like situasjoner behandles ulikt, eller ulike situasjoner behandles likt, uten at dette er objektivt begrunnet. Et slikt overordnet og abstrakt likebehandlingsprinsipp har lang historisk forankring, og er ikke en EU-rettslig nyvinning.<sup>29</sup>

For at det skal foreligge forskjellsbehandling, må det i utgangspunktet foreligge to like – i betydningen sammenlignbare – faktiske situasjoner. EU-domstolen konkretiserte likhetskravet i *Überschär*, som dreide seg om påstått forskjellsbehandling mellom arbeidstakere på grunn av nasjonalitet ved etterbetaling til pensjonsordninger. Domstolen uttaler her at forbudet mot diskriminering på grunn av nasjonalitet er et spesielt utslag av det grunnleggende EU-rettslige prinsipp om likebehandling:

---

<sup>26</sup> C-144/04 *Mangold* premiss 75, C-555/07 *Kücükdeveci* premiss 20–21.

<sup>27</sup> C-441/14 *Ajos/Rasmussen* premiss 22 og 26.

<sup>28</sup> Særskilte problemstillinger om aldersdiskrimineringsforbudets status som prinsipp drøftes i kapittel 5.

<sup>29</sup> Aristoteles formulerte prinsippet i *Den nikomakiske etikk* ca år 350 f.Kr. Se nærmere Barnard (2012) s. 269, Nielsen (2010) s. 31. Bårdsen (2014) diskuterer normen opp mot praksis fra EMD.

«Ifølge fast praksis ved Domstolen er det generelle lighedsprincip [...] et grunnleggende princip i fællesskabsretten. Efter dette princip må ensartede situationer ikke behandles forskelligt, medmindre en forskellig behandling er objektivt begrundet.»<sup>30</sup>

Domstolen fastslo at forskjellsbehandlingen av arbeidstakere «utelukkende» berodde på den «objektivt forskjellige faktiske situation, som de forsikrede personer, afhængig af omskiftelserne i deres faglige karriere, måtte befinde sig i», og at det dermed ikke forelå sammenlignbare situasjoner.<sup>31</sup> De objektive forskjellene må likevel være av en slik karakter at de utgjør et *relevant* grunnlag for forskjellsbehandling, dersom likebehandlingsprinsippet skal overholdes.<sup>32</sup> Generaladvokat Mazák oppsummerer utviklingen av likebehandlingsprinsippet på denne måten i sitt forslag til avgjørelse i *Age Concern*:<sup>33</sup>

«En lov [...] sondrer ved hjelp af bestemte kriterier. Med tiden er nogle klassificeringer imidlertid blevet underkendt af retsordenen som uacceptable [...] kriterier, der i princippet ikke må danne grundlag for ulige anvendelse af loven, medmindre det påvises, at en sådan differentiering er objektivt begrundet.»<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> C-810/79 *Überschär*, premiss 16–17.

<sup>31</sup> *Überschär* premiss 17.

<sup>32</sup> Ross (1953) definerer rettferdighet som et krav om likhet i fordeling av goder og byrder: «den ydre afgrænsning og harmonisering af modstridende ønsker, krav, interesser i det sociale samliv mellem en flerhed af individer» (s. 351). Resonnementet innebærer at forskjellsbehandling må tillates ved ulike utgangspunkt.

<sup>33</sup> Generaladvokatens forslag til avgjørelser er ikke bindende, og rettskildeværdien vil derfor variere; særlig interesse har forslagene der Domstolen følger forslaget, men i mindre grad utdyper begrunnelsen i sin dom – eller der Domstolen velger en annen løsning enn generaladvokaten har argumentert for. I slike tilfeller kan forslaget belyse at det har vært uenighet i Domstolen, som bare avsier enstemmige avgjørelser, uten dissenser. Generaladvokatene har en særegen rolle i EU-domstolen: De er fullverdige medlemmer av Domstolen, sitter ved dommerbordet under rettsforhandlingene og kan stille spørsmål til partene, men er altså ikke dommere. Flere av generaladvokatene har imidlertid svært lang fartstid i Domstolen, og forslagene inneholder gjerne grundige gjennomganger av utgangspunkter i gjeldende rett, med betydelig argumentasjonsverdi. Det er primært på denne bakgrunn jeg benytter forslagene i denne avhandlingen. Her er det ikke rom for en nærmere diskusjon av forslagenes vekt som rettskilde.

<sup>34</sup> C-388/07 *Age Concern*, forslag til avgjørelse fra generaladvokat J. Mazák, avsnitt 68–70. Mazák viser til at TEUV art. 19 (tidligere TEF art. 13) føyer religion/tro, funksjons-

Det generelle likebehandlingsprinsippet går altså ut på at visse kriterier aldri kan danne grunnlag for å skille mellom likt og ulikt alene – slike kriterier kan beskrives som uakseptable, eller kanskje heller ikke-relevante. Det må foreligge andre relevante omstendigheter, som også rent faktisk begrunner forskjellsbehandlingen, for at forskjellsbehandling skal være tillatt i tilknytning til slike kriterier.<sup>35</sup> Barnard formulerer det som at et generelt likebehandlingsprinsipp i seg selv er uten innhold; det må utfylles med diskrimineringsforbud som presiserer hvilke sorteringskriterier som er relevante og ikke, for å kunne anvendes i praksis.<sup>36</sup>

Det generelle likebehandlingsprinsippet gir ikke direkte materiellrettslige føringer. Det utgjør snarere en skranke for rettsanvendelsen, på den måten at EU-retten ikke skal fortolkes slik at den fører til resultater som innebærer usaklig forskjellsbehandling.

Den norske Grunnloven § 98 fastsetter at ingen skal utsettes for «usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling».<sup>37</sup> Dette samsvarer i grove trekk med EU-rettens generelle likebehandlingsprinsipp. I forarbeidene er det lagt til grunn at et generelt ikke-diskrimineringsprinsipp, som er «del av de internasjonale rettigheter som er gjennomført hos oss gjennom menneskerettsloven», også i norsk rett «[har] status som et grunnleggende rettsprinsipp».<sup>38</sup>

---

nedsettelse, alder og seksuell orientering til listen over «uakseptable» kriterier. Se også generaladvokat Sharpstons forslag til avgjørelse i C-427/06 *Bartsch* avsnitt 44–46. Objektive begrunnelser for forskjellsbehandling innebærer generelt et krav om proporsjonalitet. Dette behandles nedenfor i kapittel 3. Hylland Eriksen (2010) s. 254–274 drøfter proporsjonalitet i fordeling av goder og byrder generelt i et likestillingspolitisk perspektiv, og viser at kriteriet er relativt.

<sup>35</sup> Barnard påpeker at EU-domstolen ofte finner et grunnlag for å fastslå at situasjoner er ulike der EU-regulering utfordres som diskriminerende. Se Barnard (2012) s. 271.

<sup>36</sup> Se Barnard (2012) s. 269.

<sup>37</sup> Bestemmelsen kom inn i 2014, med innføringen av det som betegnes «menneskerettighetskatalogen».

<sup>38</sup> NOU 2009:14 *Et helhetlig diskrimineringsvern*, s. 309 (pkt. 25.3). Utredningen viser til at ikke-diskriminering er et «alminnelig menneskerettslig prinsipp som er nedfelt i en rekke menneskerettighetskonvensjoner» (se s. 21). Se nærmere om forholdet til rettspraksis fra internasjonale organer og mer spesifiserte diskrimineringsforbud, Dok.nr.16 (2011–2012), s. 90 og s. s. 139–140.

Bestemmelsen retter seg mot staten som pliktsubjekt.<sup>39</sup> Den er lagt til grunn å skulle fungere som en skranke for lovgiver og et tolkningsprinsipp, og gi «større trygghet enn formell lov når det måtte komme tider etter denne».<sup>40</sup> Under arbeidet med Grunnlovens nye menneskerettighetsbestemmelser landet lovgiver på ikke å liste opp diskrimineringsgrunnlag i § 98, selv om dette ble vurdert.<sup>41</sup>

At det gjelder et generelt likebehandlingsprinsipp både i EU-retten og i norsk rett, er en viktig bakgrunn for analysen av mer spesifikke diskrimineringsforbud. Her er temaet forholdet mellom det norske og det EU-rettslige aldersdiskrimineringsforbudet. Jeg avgrenser derfor mot en nærmere behandling av Grunnloven § 98 som et eget tema.<sup>42</sup>

## 2.2 Hva er spesielt med alder som diskrimineringsgrunnlag?

### 2.2.1 Et særlig grunnlag for diskriminering

Alder er et forholdsvis «nytt» diskrimineringsgrunnlag, i den betydning at det først er i senere år et forbud mot aldersdiskriminering har kommet til uttrykk i rettslig regulering.<sup>43</sup> Adgangen til å forskjellsbehandle arbeidstakere på grunn av alder er også noe videre enn for andre diskrimineringsgrunnlag.<sup>44</sup> I dette avsnittet vil jeg løfte frem noen særlige forhold ved alder, som skiller det fra andre regulerte diskrimineringsgrunnlag.

---

<sup>39</sup> Se Prop. 81 L (2016–2017) s. 35.

<sup>40</sup> NOU 2009:14, s. 314.

<sup>41</sup> Valget berodde på at en generell bestemmelse ikke utelukker noen fra vern. Se Grunnlovsforslag 30 (2011–2012), s. 178–179.

<sup>42</sup> Se nærmere om EU-rettslige prinsipper og betydningen av dem i norsk rett i relasjon til Grunnlovens bestemmelser, Høgberg (2010) s. 136–145.

<sup>43</sup> Se forslag til avgjørelse fra generaladvokat Sharpston i C-427/06 *Bartsch*, avsnitt 43–45.

<sup>44</sup> De nærmere rammene drøftes nedenfor i kapittel 3.

## 2.2.2 Skillet mellom alder og «sosiale» forhold

I arbeidslivet er det alminnelig akseptert at forskjellsbehandling på grunn av relevante ferdigheter og egenskaper innenfor visse rammer må tillates: Badevakten må kunne svømme med noen på slep, lagerarbeideren må kunne ta truckførerbevis, piloten må ha fargesyn, og flyverten må fylle gjeldende sikkerhetskrav. Ingen slike krav fordrer en bestemt bakgrunn eller et bestemt kjønn. Faktorer som bakgrunn og kjønn er kjennetegn man bærer med seg gjennom livet, som ikke i seg selv sier noe om relevante egenskaper ved en person.

Annerledes er det, til en viss grad, med alder. Uansett om man eldes raskt eller sakte dreier det seg om et forhold ved mennesker som er i utvikling hele livet. Hvordan vi påvirkes av alder er individuelt. Alder er en relativ og dynamisk, snarere enn en absolutt og konstant faktor. Det gjør det vanskeligere å identifisere en «gullstandard» for likebehandling: Det kan være store forskjeller mellom to personer i samme aldersgruppe, basert på arvelige, miljømessige, og andre tilfeldige forhold. Hack illustrerer alders relativitet med begrepet «kronologisk alder».<sup>45</sup>

Selv om en 80-åring kan ha bedre helse enn de fleste 60-åringer, vil det være vanskelig å praktisere systemer som bare tillater å vektlegge arbeidstakeres individuelle forutsetninger. Individuell vurdering eller «testing» av alle arbeidstakere i ethvert spørsmål om forskjellsbehandling er praktisk utfordrende. I praksis kan det også tenkes å lede til mer usaklig forskjellsbehandling, fordi egnethet i mange stillinger er vanskelig å måle.<sup>46</sup>

I forslaget til avgjørelse i *Age Concern* redegjør generaladvokat Mazák for hvorfor alder står i en særstilling som diskrimineringsgrunnlag. Mazák legger til grunn at alder ikke i seg selv er en «mistenkelig» begrunnelse for forskjellsbehandling, som for eksempel etnisitet eller kjønn.

<sup>45</sup> Begrepet illustrerer at alder, i motsetning til etnisitet og (i utgangspunktet) kjønn, ikke er statisk. Se Hack (2015), særlig kap. 5 og 6.

<sup>46</sup> For et kritisk perspektiv på den typen argumentasjon jeg presenterer her, se Lehoczy (2016), som mener «vague and arbitrary» argumenter om hensyn til samfunnet, kollektive interesser og praktikable regler har fått fotfeste i EU-retten, spesielt når det er tale om aldersgrenser, og at det innebærer at grensene for tillatt forskjellsbehandling har gått «far beyond what any of us contemplated» (s. 399).

Tvert imot er forskjellsbehandling med utgangspunkt i alder «i prinsippet enkelt at administrere, klart og gjennomskueligt».<sup>47</sup> Samtidig peker han på et forhold jeg mener er sentralt: Alder kan ikke på samme måte som etnisitet og kjønn defineres som et ikke-relevant kriterium.<sup>48</sup>

Alder kan derimot på en del områder i seg selv utgjøre saklig grunn for forskjellsbehandling, og det synes å være enighet om at det må være videre adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder enn på grunnlag av kjønn eller etnisitet.<sup>49</sup> Aldringsprosessen innebærer for eksempel at tungt fysisk arbeid på et visst tidspunkt blir vanskeligere – selv om det vil variere fra person til person akkurat når.<sup>50</sup> Videre er alder knyttet til tilgang til goder og særbehandling, både i og utenfor arbeidslivet.<sup>51</sup> Differensiering på bakgrunn av alder har ikke den samme sosiale dimensjonen som forskjellsbehandling på grunn av kjønn, seksualitet og etnisitet; det er ikke egenskapen alder *i seg selv* som danner utgangspunktet for differensieringen, men hvordan en gitt alder slår ut eller må antas å slå ut.

Generaladvokat Mazák konstaterer at det derfor er langt vanskeligere å fastslå hvor skillet går mellom «berettiget differensiering og uberettiget forskjellsbehandling».<sup>52</sup> Faktiske forskjeller mellom diskrimineringsgrunnlagene begrunner en videre adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder når forbudet skal lovreguleres:

«Det skal dog ikke forstås som om forskjellsbehandling på grund af alder har den laveste prioritet [...]. Det er snarere udtryk for de materielle forskelle, der er mellem disse grunde og den måde, hvorpå de udgør et retligt kriterium. Det er ikke et spørgsmål om værdi

---

<sup>47</sup> C-388/07 *Age Concern*. Forslag til avgjørelse fra generaladvokat J.Mazák, avsnitt 74–76.

<sup>48</sup> Se punkt 2.1 om «ikke-relevante» kriterier.

<sup>49</sup> Schiek (2011) s. 778.

<sup>50</sup> Hack (2015) viser at oppfatningen om at økende alder henger lineært sammen med nedgang i evnenivå, i høy grad er avkreftet som en myte. Se s. 185–187 med videre henvisninger.

<sup>51</sup> Arbeidstakere over 60 år har f.eks. rett til ekstra ferie etter ferieloven § 5 (2). Arbeidstakere over 62 år har rett til redusert arbeidstid, jf. aml § 10-2 (4).

<sup>52</sup> Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Mazák i C-388/07 *Age Concern*, avsnitt 74–76.

eller betydning, men om, hvordan anvendelsesområdet for forbudet mod forskelsbehandling kan fastlægges hensigtsmæssigt.»<sup>53</sup>

Det er ikke nødvendigvis mindre alvorlig å diskriminere på grunn av alder enn på andre grunnlag. Problemet er snarere at det er vanskelig å definere hva som *er* diskriminering.

Alle har alder, og vil tilhøre ulike aldersgrupper gjennom livet. Dette gjør alder unikt som diskrimineringsgrunnlag. Innføring av alder som diskrimineringsgrunnlag innebærer, som Schiek påpeker, å bringe «non-disabled, heterosexual white men into the fold of discrimination law lobbyists».<sup>54</sup> Et forbud mot aldersdiskriminering favner svært vidt, og Hack påpeker at «probably everyone is affected at some point in their life whether within or outside the context of employment».<sup>55</sup>

Dette er grunnleggende atypisk, og bidrar til at forskjellsbehandling på grunn av alder kan få «an air of legitimacy».<sup>56</sup> I korthet: Alle opplever det – og har du ikke opplevd det, er det rettferdig at du snart tar din «tur».

### 2.2.3 Hva om noen *vil* diskrimineres?

Arbeidstakere har ikke nødvendigvis sammenfallende interesser selv om de er like gamle; i rettspraksis finnes eksempler på at aldersdiskriminerende ordninger er fremforhandlet av representanter for gruppen som diskrimineres. Dette er til en viss grad særegent for alder som diskrimineringsgrunnlag, og viser at det ikke nødvendigvis er enighet om hva som utgjør goder og byrder i arbeidslivet.

Et eksempel i norsk rett er *CHC*-saken:<sup>57</sup> Ti piloter ville fortsette å jobbe i CHC Helikopter Service etter fylte 60 år. Arbeidsgiver var i

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Schiek (2011) s. 778 med videre henvisning bl.a. til Rutherglen (1995) særlig s. 510–516, som viser til at minst 57 % av saksøkerne som påberopte seg aldersdiskriminering i arbeidslivet etter innføringen av forbudet i USA, var hvite menn. Denne gruppen var også overrepresentert ved søksmål for usaklig oppsigelse.

<sup>55</sup> Hack (2015) s. 48. Alvorligheten av diskrimineringen vil riktignok variere.

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Rt-2012-219. Dommen inngår i flere drøftelser i avhandlingen, og omtales ofte som «*CHC I*».

utgangspunktet positiv til å la pilotene fortsette, men tariffavtalen mellom selskapet og flygernes fagforening fastsatte en øvre aldersgrense på 60 år for flygerne. Aldersgrensen var knyttet til en pensjonsordning som ga mulighet til å gå av med full pensjon ved fylte 58 år. Fagforeningen motsatte seg heving av aldersgrensen, og tariffavtalen ble ikke endret før pilotene måtte gå av med pensjon. Pilotene reiste sak med krav om gjeninntreden i stillingene. Høyesterett fastslo i 2012 at aldersgrensen var aldersdiskriminerende i strid med arbeidsmiljøloven, og at pilotene «fortsatt [var] ansatt» i selskapet.<sup>58</sup>

Saken viser hvordan en særordning som av noen oppfattes som et gode, som muligheten til tidlig avgang fra et krevende yrke, av andre i samme stilling og samme aldersgruppe kan vurderes som uberettiget diskriminering. At forskjellsbehandling er ønsket og avtalt, legitimerer den ikke nødvendigvis.<sup>59</sup> Likevel: Alder har tradisjonelt spilt en viktig rolle i organiseringen av europeisk arbeidsliv, særlig gjennom tariffavtalte ordninger som kobler goder og byrder til alder. Et sentralt spørsmål er hvilket forhandlingsrom som etterlates til partene i arbeidslivet når rammene for forskjellsbehandling på dette grunnlaget snevres inn.<sup>60</sup>

Oppsummert er alder et flytende kriterium for forskjellsbehandling. Utfordringen ligger ikke i å definere aldersdiskriminering som uakseptabelt, men snarere i å fastslå i hvilke tilfeller forskjellsbehandling på grunn av alder utgjør diskriminering. Spørsmålet er hva som kan aksepteres som legitim aldersbestemt forskjellsbehandling av en arbeidstaker eller -gruppe. Rammedirektivet oppstiller nærmere rammer for denne vurderingen. Denne reguleringen er tema i det følgende.

---

<sup>58</sup> Rt-2012-219 *CHC I*, se domsslutningen. Mindretallet i HR-2017-219-A («*CHC II*»), viser til at CHC sto i en nesten umulig situasjon da fagforeningene avsto å heve aldersgrensen (avsnitt 107). Se om uenighet om tariffavtalers gyldighet Hotvedt (2017) særlig pkt. 4.2.

<sup>59</sup> Aristoteles mente at «Det å lide urett og det å bli behandlet rettferdig er begge deler enten frivillig eller ufrivillig. Det ville virke absurd hvis også det å bli behandlet rettferdig alltid var frivillig, for noen blir ufrivillig behandlet rettferdig» (*Den nikomakiske etikk*, s. 143).

<sup>60</sup> Se Numhauser-Henning og Rönömar (2016) s. 508.



## 3 Forbudet mot aldersdiskriminering i arbeidslivet

### 3.1 Innledning: Det EU-rettslige forbildet som «retningslinje»

Forbudet mot aldersdiskriminering i norsk arbeidsliv er resultatet av et aktivt politisk ønske. I tillegg til å innføre alder som diskrimineringsgrunnlag i arbeidsmiljøloven valgte lovgiver å knytte forbudet i norsk rett til EU-retten: Den daværende regjeringen ønsket at Norge skulle ligge «på minst det samme nivået som EU-statene på dette området».<sup>61</sup>

Aldersdiskrimineringsforbudet reguleres i EU av rammedirektivet om likebehandling.<sup>62</sup> Direktivet er gitt med hjemmel i EF-traktaten (TEF) artikkel 13.<sup>63</sup> Denne har ikke noe motstykke i EØS-avtalen. Direktivet er også en del av det som kalles EUs ikke-diskrimineringspakke.<sup>64</sup> Fra norsk side ble det foreslått å innlemme hele denne pakken i EØS-samarbeidet.<sup>65</sup> Arbeidslivslovutvalget ble bedt om å legge frem en egen delinnstilling for gjennomføring av direktivet fordi «målsettingen er at Norge skal ha et vern på dette området som minst er på høyde med EU og innen de frister som EU har satt».<sup>66</sup>

<sup>61</sup> Ot.prp.nr.33 (2004–2005), s. 36.

<sup>62</sup> Direktiv 2000/78/EF.

<sup>63</sup> Nå TEUV art. 19. Artikkelen ble innlemmet i Amsterdamtraktaten i 1999. Prinsippet om likebehandling av menn og kvinner er inntatt i EØS-avtalens hoveddel, og direktiv 2004/113/EF om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester er derfor inntatt i EØS-avtalen, selv om også dette er hjemlet i TEF artikkel 13.

<sup>64</sup> Fellesskapets handlingsprogram for bekjempelse av forskjellsbehandling (2001–2006). Her inngår også bl.a. rådsdirektiv 2000/43/EF om vern mot etnisk diskriminering.

<sup>65</sup> Forarbeidene viser til en hensiktsmessighetsvurdering som bakgrunn for forslaget. Se Ot.prp.nr.104 (2002–2003) s. 14.

<sup>66</sup> NOU 2003:2 s. 7. Tidsfristen for gjennomføring i EU motiverte en særutredning om aldersdiskrimineringsforbudet, i tillegg til utvalgets forslag til ny arbeidsmiljølov i den senere NOU 2004:5.

Innlemmelse i EØS-avtalen forutsetter et felles standpunkt mellom EFTA-statene.<sup>67</sup> Konklusjonen i forhandlingene mellom EFTA-statene ble at direktivet ikke ble vurdert som EØS-relevant, og det ble ikke oppnådd enighet om utvidelse av avtalens virkeområde. På bakgrunn av det politiske ønsket om å ligge «minst på høyde med EU», ble det likevel bestemt at et forbud mot aldersdiskriminering i arbeidslivet skulle inntas i arbeidsmiljøloven.<sup>68</sup> Rammedirektivet om likebehandling ble dermed «kopiert» i norsk rett, selv om det ikke forelå noen EØS-rettslig forpliktelse til det.<sup>69</sup> Denne lovgivningsteknikken skaper noen utfordringer med hensyn til hvilken betydning EU-retten skal tillegges i tolkningen av det norske forbudet, som behandles nærmere i siste del av dette kapittelet, og i kapittel 4.

Siden innføringen av aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven, har Høyesterett avsagt fire dommer som på ulike måter belyser forbudet i norsk rett.<sup>70</sup> Dommen i *Kystlink* danner utgangspunktet for vurderingen av hvilken rolle rammedirektivets regler skal spille for fastleggingen av arbeidsmiljølovens regler. Saken dreide seg om den tidligere sjømannsloven § 19, som fastsatte en 62-årsgrense for opphør av sjømenns stillingsvern.<sup>71</sup> Førstvoterende gjennomgikk forarbeidene, og konstaterte at:

«Det er vanskelig å forstå [uttalelsene i forarbeidene] annerledes enn at domstolene da forutsettes å skulle henholde seg til direktivet når det skal fastlegges hvilke krav unntaksbestemmelsen stiller

---

<sup>67</sup> EØS-avtalen artikkel 90 (2). Se litt nærmere Fredriksen (2017) pkt. I (foreløpig upublisert). Norge, Island, Liechtenstein og Sveits utgjør EFTA-statene. Sveits er ikke part i EØS-avtalen.

<sup>68</sup> Se tidligere arbeidsmiljølov § 54 B. Bestemmelsene er videreført i arbeidsmiljøloven 2005 §§ 13-1 og 13-3. Formuleringene er litt annerledes, uten at det er ment å innebære regelendringer. Se Evju (2006) s. 150–151.

<sup>69</sup> I St.prp.nr.11 (2003–2004) s. 2–3 om EFTA-statenes frivillige tilslutning til EUs handlingsprogram mot diskriminering nevnes at det var en forutsetning fra EU for EFTA-statenes deltakelse i dette programmet at det ble innført nasjonale regler om diskrimineringsvern på de grunnlag direktivene omfattet. Det refereres gjerne til som at Norge har påtatt seg en *politisk* forpliktelse til forbudet, se f.eks. NOU 2012:18 s. 161.

<sup>70</sup> De fire dommene behandles nærmere nedenfor i punkt 3.4.

<sup>71</sup> Rt-2010-202 *Kystlink*.

[...] Domstolene må som utgangspunkt vurdere spørsmålet på selvstendig grunnlag på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EF-domstolen.»<sup>72</sup>

Denne metodiske tilnærmingen er opprettholdt i senere rettspraksis.<sup>73</sup> Det er altså lagt til grunn at arbeidsmiljølovens bestemmelser skal tolkes i lys av direktivet og det rettskildebildet EU-domstolen forholder seg til. EU-domstolens praksis om tolkningen av aldersdiskrimineringsforbudet utgjør dermed både rettslige argumenter og et metodisk forbilde i fastleggningen av forbudet i norsk rett.

Temaet i det følgende er derfor hvordan EU-rettens forbud mot aldersdiskriminering er utviklet siden innføringen av «kopireglene» i norsk rett, deretter om rettstilstanden i Norge kan sies å være «minst på høyde» med EU-retten. Det kan måles langs tre akser: Om forbudets *virkeområde* i norsk rett harmonerer med EU-retten, om det *materielle innholdet* i forbudet tilsvarende det EU-rettslige forbudet, og om *konsekvensene* av brudd på forbudet i norsk rett fyller de kravene EU-retten stiller.

De to første problemstillingene står i en slik indre sammenheng at jeg behandler begge i dette kapitlet. Her skal det altså redegjøres for forbudets rekkevidde – hva som rammes av EU-rettens forbud. Deretter vil jeg gjennomgå fire dommer som illustrerer hvordan Høyesterett har fortolket og utviklet forbudet i norsk rett.<sup>74</sup> Spørsmålene om sanksjoner i norsk rett og etter EU-retten behandler jeg i neste kapittel – det er her spørsmålet om et vern «minst på høyde» med EU kommer på spissen, og her foreligger fersk høyesterettspraksis som krever en diskusjon.<sup>75</sup>

<sup>72</sup> *Kystlink* premiss 55–56.

<sup>73</sup> Jf. Rt-2011-609 SAS premiss 72, Rt-2011-964 *Gjensidige* premiss 44, Rt-2012-219 *CHC I* premiss 46. Disse avgjørelsene redegjør jeg nærmere for nedenfor under punkt 3.4.2.

<sup>74</sup> Dommene, som redegjøres for under punkt 3.4.2, er Rt-2010-202 *Kystlink*, Rt-2011-609 SAS, Rt-2011-964 *Gjensidige* og Rt-2012-219 *CHC I*.

<sup>75</sup> Formuleringen «minst på høyde» er hentet fra NOU 2004:5 punkt 14.1. Ulike varianter av denne målsetningen går igjen i forarbeidene, og henvises til i rettspraksis. I kapittel 4 behandles to dommer avsagt av Høyesterett i løpet av det siste halvannet året: HR-2016-296-A (*Kystlink II*) om statlig erstatningsansvar, «etteroppgjøret» etter *Kystlink*-dommen, og HR-2017-219-A (*CHC II*), om erstatningskravene etter *CHC I*.

Rammedirektivet inneholder en reservasjon: Det skal ikke hindre statene i å vedta eller beholde regler som er «gunstigere for beskyttelsen af princippet om likebehandling» enn direktivet krever.<sup>76</sup> Bestemmelser om diskrimineringsvern utformes gjerne som minstekrav. Arnesen og Stenvik påpeker at friheten til å fastsette «bedre» vern i realiteten er begrenset, fordi statene må legge seg på et bestemt nivå for å ivareta sine ulike forpliktelser.<sup>77</sup> Artikkel 8 (2) presiserer at direktivet ikke skal brukes til å «forringe det eksisterende beskyttelsesniveau». Bestemmelsen definerer ikke hva slags tiltak som er beskyttet.<sup>78</sup> Diskrimineringsregulering utformet som minstekrav reiser en rekke interessante spørsmål, men disse ligger utenfor avhandlingens tema. Her nevnes derfor dette bare som kontekst; rettspraksis gir eksempler på at tiltak innført for å fremme vern av en gruppe, angripes som diskriminering.<sup>79</sup>

## 3.2 Virkeområdet: Arbeidslivet i bred forstand

### 3.2.1 EU-rettens brede utgangspunkt

Rammedirektivet om likebehandling i arbeidslivet skal fastlegge en «generel ramme» for å bekjempe forskjellsbehandling «med hensyn til beskæftigelse og erhverv», for å «gennemføre princippet om likebehandling i medlemsstaterne».<sup>80</sup> Spørsmålet i dette avsnittet er hvem og hva som faller innenfor denne rammen.

Sammenlignet med andre likebehandlingsdirektiver dekker rammedirektivet diskriminering på et bredt utvalg diskrimineringsgrunnlag, men innenfor et smalt saklig virkeområde: Det omfatter diskriminering på grunn av religion eller tro, funksjonsnedsettelse, alder og seksuell

---

<sup>76</sup> Direktivets artikkel 8 (1), med tittelen «Mindstekrav». Se også Ot.prp.nr.49 (2004–2005) s. 194.

<sup>77</sup> Arnesen og Stenvik (2015), s. 22.

<sup>78</sup> Se nærmere om tillatt forskjellsbehandling i punkt 3.3.

<sup>79</sup> *Lommers*-dommen, som behandles nedenfor under 3.3.4 er et eksempel på dette.

<sup>80</sup> Artikkel 1.

orientering, men er avgrenset til arbeidslivets område; det gjelder for «beskæftigelse og erhverv».<sup>81</sup>

Direktivet skal beskytte *alle* arbeidstakere mot diskriminering basert på de omfattede diskrimineringsgrunnlag, herunder alder.<sup>82</sup> Det omfatter «alle personer» i både privat og offentlig sektor, og deres vilkår både for å ta ansettelse og utøve arbeid.<sup>83</sup> I *Petersen* fastslo EU-domstolen at en aldersgrense for privatpraktiserende tannlegers adgang til å være omfattet av den nasjonale trygderefusjonsordningen for pasienter, utgjør en regulering av «vilkårene for (...) udøvelse af selvstændig erhvervsvirksomhed», som faller inn under direktivets virkeområde.<sup>84</sup> Altså omfattes alle fra selvstendig næringsdrivende til arbeidssøkere, i og utenfor arbeid, av det personelle virkeområdet.

Offentlige «ordninger for sosial sikring og sosial beskyttelse» er unntatt fra direktivets saklige virkeområde.<sup>85</sup> Pensjonsvilkår er likevel på visse vilkår omfattet: I *Felber* uttaler Domstolen at det EU-rettslige lønnsbegrepet omfatter «samtlige ydelser, aktuelle eller fremtidige, som arbeidstageren som følge af arbeidsforholdet modtager fra arbejdsgiveren, eventuelt indirekte», slik at arbeidsgiverfinansiert pensjon utgjør et lønnsvilkår omfattet av rammedirektivets artikkel 3 (1) c).<sup>86</sup> EU-domstolen har presisert at den avgrensningen som er gjort i artikkel 3, er at medlemsstatenes kompetanse til å fastsette nasjonal pensjonsalder ikke beskjæres av direktivet. Direktivet kommer likevel til anvendelse på

<sup>81</sup> Artikkel 1. Se Barnard (2012) s. 267 for en nærmere sammenligning med andre direktiver.

<sup>82</sup> I fortalen punkt 8 nevnes likevel at det «bør legges særlig vekt på støtte til eldre arbeidstagere for at øge deres deltagelse i arbeidsstyrken». Hack (2015) behandler nærmere hva som ligger i alder. Se s. 130–131.

<sup>83</sup> Artikkel 3 (1) bokstav a-d.

<sup>84</sup> C-341/08 *Petersen* avsnitt 33.

<sup>85</sup> Artikkel 3 (3).

<sup>86</sup> C-529/13 *Felber*, premiss 20–24, jf. TEUV artikkel 157 (2). Domstolen fastslo alt i C-262/88 *Barber* at alle ytelser som utbetales av ervervstilknyttede pensjonsordninger er lønn. EU-retten lønnsbegrep er bredt behandlet i teorien. Se f.eks. Barnard (2012) s. 299–301 og Bains (2013) pkt. 2.32.

ordninger som for eksempel regulerer pliktmessig avgang fra stillingen ved oppnådd pensjonsalder.<sup>87</sup>

Også skatteregler kan falle inn under direktivets virkeområde, der de har til formål å lette arbeidstakeres adgang til yrkesrettet utdanning, slik EU-domstolen fastslo i *de Lange*.<sup>88</sup> Dette tydeliggjør at alle forhold ved en arbeidstakers rettsstilling som er direkte knyttet til statusen som arbeidstaker – også når man ikke har arbeid, men er i posisjon til eventuelt å få det – skal regnes som omfattet av direktivets virkeområde.<sup>89</sup>

Det arbeides med et nytt ikke-diskrimineringsdirektiv. Dette skal favne også områdene for sosial beskyttelse, tilgang til utdanning og levering av varer og tjenester, områder som ikke anses omfattet av rammedirektivet. Arbeidet med dette belyser dermed grensene for det gjeldende rammedirektivets anvendelsesområde. Utkastets artikkel 3 fastsetter at sosial beskyttelse, utdanning og levering av varer og tjenester, herunder bolig på det åpne markedet, skal omfattes av det nye direktivet, i tillegg til det eksisterende direktivet omfatter.<sup>90</sup>

Det EU-rettslige forbudet favner altså arbeidslivet i vid forstand: Både staten og private arbeidsgivere er etter ordlyden og EU-domstolens praksis pliktsubjekter, og direktivet favner alle forhold som er tilknyttet personers stilling som arbeidstakere – ikke bare relasjonen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

---

<sup>87</sup> Jf. bl.a. sak C-411/05 *Palacios de la Villa*, avsnitt 44.

<sup>88</sup> Sak C-548/15 *de Lange*, premiss 19–22. Dommen falt i november 2016. Skattefordelene var direkte knyttet til yrkesutdanning, og dette var avgjørende. Beskatning av lønn og pensjon hører under medlemsstatenes kompetanse, selv om forskjeller i reglene kan fremstå aldersdiskriminerende. Se C-122/15 C, premiss 27–30.

<sup>89</sup> C-548/15 *de Lange* dreide seg om skattelovgivning som ga personer under 30 år fullt skattefradrag for utgifter til yrkesrettet utdanning. Formålet var å lette adgangen til arbeidsmarkedet for yngre mennesker.

<sup>90</sup> Forslag til rådsdirektiv om implementering av prinsippet om likebehandling mellom mennesker uavhengig av religion eller tro, funksjonsnedsettelse, alder eller seksuell orientering (dokument 14500/16). Kommisjonen har merket utkastet EØS-relevant. Se Barne- og likestillingsdepartementets EØS-notat 25.10.2010. Se også Hack (2015) s. 131–132.

### 3.2.2 Forbudets plassering i arbeidsmiljøloven: En tilsiktet avgrensning

Da rammedirektivets regulering ble «speilet» i norsk rett, ble det valgt ikke å innføre alder som universelt diskrimineringsgrunnlag. Dette fremgår direkte av at alder som diskrimineringsgrunn er regulert i arbeidsmiljølovens bestemmelser, og ikke i de sektoruavhengige likestillingslovene.<sup>91</sup> Også ved senere revisjoner av diskrimineringslovgivningen er plasseringen i arbeidsmiljøloven opprettholdt.<sup>92</sup>

I juni 2017 ble det vedtatt en ny, felles diskrimineringslov. Den nye loven innebærer et utvidet vern mot aldersdiskriminering på andre områder enn arbeidslivet, men reguleringen av aldersdiskriminering i arbeidsforhold beholdes i arbeidsmiljøloven.<sup>93</sup>

Arbeidsmiljølovens bestemmelser om diskriminering gjelder «alle sider» ved arbeidsforholdet, jf. § 13-2. Det er lagt til grunn en vid forståelse av begrepet «arbeidsforhold», ved at også utlysning av stilling og vurdering av kandidater anses omfattet av loven. Bestemmelsen omfatter altså situasjonen før det eksisterer et arbeidsforhold. Dette er praktisk, ettersom diskrimineringsspørsmål ofte aktualiseres i rekrutteringsprosesser.<sup>94</sup> I tillegg omfattes blant annet omplassering, forfremmelse, opplæring og kompetanseutvikling, lønns- og arbeidsvilkår og opphør av arbeids-

---

<sup>91</sup> Tilsvarende forbud er inntatt i skipsarbeidsloven § 10-1 (Prop.115 L (2012–2013) behandler forholdet til arbeidsmiljøloven på s. 222–223). Arbeidsmiljøloven kapittel 13 gjelder også arbeidstakere omfattet av tjenestemannsloven, jf. aml. § 1-2 (3). Også for arbeidstakere omfattet av øvrig spesiallovgivning kommer kapitlet til anvendelse. Jeg legger derfor arbeidsmiljølovens avgrensninger til grunn.

<sup>92</sup> Se Prop.88 L (2012–2013) s. 46–47. Innstillingen i NOU 2009:14 om en samlet diskrimineringslov ble den gang fraveket.

<sup>93</sup> Den nye likestillings- og diskrimineringsloven (LOV-2017-06-16-51) ble vedtatt 12. juni 2017, etter at denne avhandlingen ble levert, og trer i kraft 1. januar 2018. Se lovvedtak 118 (2016–2017). Se Prop. 81 L (2016–2017), særlig s. 61 og s. 131 om reguleringen av aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidslivet. Loven bygger på forslaget i NOU 2009:14, som ikke ble vedtatt i 2013. I avhandlingen konsentrerer jeg meg om gjeldende rett, og behandler ikke den nye loven nærmere. For en kritisk gjennomgang av forslaget til ny lov, se Hellum og Strand (2017).

<sup>94</sup> Jf. § 13-2 (1) a).

forholdet. Diskrimineringsforbudet omfatter også «arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere».<sup>95</sup>

Med andre ord stilles det ikke krav om at arbeidstakeren faktisk er ansatt eller søker ansettelse hos den aktuelle arbeidsgiver, så lenge arbeidsgiver står i en posisjon til å diskriminere arbeidstakeren. Diskrimineringsforbudet må altså antas å favne vidt, også med hensyn til hvem som omfattes av arbeidstakerbegrepet.<sup>96</sup>

Staten er ikke pliktsubjekt etter arbeidsmiljølovgivningen utover der den opptrer som arbeidsgiver. I norsk rett er altså forbudets virkeområde smalere enn EU-domstolen har lagt til grunn som omfattet av rammedirektivet. Et tilfelle som i *Petersen*, om privatpraktiserende tannlegers tilknytning til offentlige trygdefusjonsordninger, faller utenfor arbeidsmiljølovgivningen. Heller ikke et slikt tilfelle som i *de Lange*, om aldersbestemte skattefordeler, ville falle inn under arbeidsmiljølovens virkeområde.

Til sammenligning er den øvrige likestillingslovgivningen sektoruaavhengig. Den valgte avgrensningen er etter mitt syn uproblematisk så lenge det aktuelle direktivet ikke innebærer noen EØS-rettslig forpliktelse for Norge. Rettsstillingen blir likevel annerledes for arbeidstakere i Norge enn arbeidstakere i EU, der forbudet mot aldersdiskriminering kommer til anvendelse også på tilgrensende områder.<sup>97</sup> Når det gjelder forbudets virkeområde, kan det altså konstateres at norsk rett ikke er «minst på høyde» med EU-retten.<sup>98</sup>

---

<sup>95</sup> Jf. § 13-2 (2). Utvidelsen av virkeområdet ble foreslått av Arbeidslivslovutvalget på grunn av direktivets videre anvendelsesområde, se NOU 2003:2 s. 10.

<sup>96</sup> Det foreligger tre nyere høyesterettsdommer om klassifiseringen av private tjenesteytere innenfor helse- og omsorgstjenesten som arbeidstakere: Rt-2013-342, Rt-2013-354, og HR-2016-1366-A. Den nærmere diskusjonen av arbeidstakerbegrepet ligger utenfor rammene her. Se Fosmarks merknad til arbeidsmiljøloven § 1-8 på Lovdata for en oversikt.

<sup>97</sup> Som illustrert ovenfor av C-341/08 *Petersen* og C-548/15 *de Lange*.

<sup>98</sup> Den nærmere avgrensningen av virkeområdet, både i EU-retten og i norsk rett, kan reise vanskelige spørsmål i praksis. Blant annet er rekkevidden av Grunnlovens generelle diskrimineringsforbud foreløpig ikke klargjort i rettspraksis, og en eventuell analogisk anvendelse av arbeidsmiljøloven ut over det direkte virkeområdet er heller ikke, så langt jeg har kunnet bringe på det rene, drøftet i rettspraksis. Jeg lar ytterligere problemstillinger knyttet til dette ligge her.



### 3.3 Det materielle forbudet og grensene for det

#### 3.3.1 Forbud definert gjennom adgang til lovlig forskjellsbehandling

##### 3.3.1.1 Utgangspunktet: Rammeregulering

EU-domstolen legger til grunn at rammedirektivet utgjør en uttømmende regulering av aldersdiskrimineringsforbudet på arbeidslivets område.<sup>99</sup> Temaet her er hvordan det EU-rettslige forbudet mot aldersdiskriminering er fastlagt i direktivet og gjennom EU-domstolens praksis. Formålet er å gi et overblikk over forbudets sentrale trekk, og de vilkår som er oppstilt for legitim forskjellsbehandling.

Rammedirektivet definerer det «prinsippet om likebehandling», som direktivet skal gjennomføre, som at «ingen må udsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskjellsbehandling» på grunn av «nogen af de i artikel 1 anførte grunde».<sup>100</sup> Innenfor direktivets virkeområde er altså alder i utgangspunktet definert som et ikke-relevant kriterium for å skille likt og ulikt.<sup>101</sup>

I den videre fremstillingen fokuserer jeg på den *direkte* aldersbaserte forskjellsbehandlingen.<sup>102</sup> Direkte forskjellsbehandling foreligger i henhold til direktivet dersom en person på grunn av alder «behandles ringere» enn en annen person «i en tilsvarende situasjon» blir, har blitt eller ville blitt behandlet.<sup>103</sup> For andre diskrimineringsgrunnlag er utgangspunktet at direkte forskjellsbehandling alltid er forbudt, og unntakene er snevre. Det er en videre adgang til direkte forskjellsbehandling på grunn av alder. Dette bunner i at alder iblant *er* et relevant kriterium.<sup>104</sup> Arbeidsmiljø-

<sup>99</sup> Se C-441/14 *Ajos/Rasmussen*, avsnitt 23.

<sup>100</sup> Artikkel 2 (1).

<sup>101</sup> Se drøftelsen i punkt 2.1 og punkt 2.2 om særtrekk ved alder som diskrimineringsgrunnlag.

<sup>102</sup> Hack (2015) s. 135–139 flg. behandler også indirekte diskriminering og kryssdiskriminering.

<sup>103</sup> Direktivets artikkel 2 (2) a).

<sup>104</sup> Se nærmere Barnard (2012) s. 372.

lovens bestemmelser definerer ikke begrepet direkte forskjellsbehandling, men dette er forutsatt forstått på samme måte som i EU-retten.<sup>105</sup>

For å kunne påberope seg direkte aldersbasert diskriminering, må man for det første ha blitt behandlet på en bestemt måte på grunn av sin alder. I tillegg til dette er det altså etter direktivets ordlyd to vilkår som må være oppfylt for at det i det hele tatt skal dreie seg om forskjellsbehandling i direktivets forstand: Det er ikke nok at man behandles *annerledes* enn en annen blir eller ville blitt, arbeidstakeren må behandles *dårligere* enn en annen arbeidstaker behandles, har blitt eller ville blitt behandlet. Videre må den reelle eller hypotetiske arbeidstakeren det sammenlignes med, være i en *tilsvarende situasjon*.<sup>106</sup>

### 3.3.1.2 Krav til den tillatte forskjellsbehandlingen

Aldersdiskrimineringsforbudet er negativt avgrenset: Bare forskjellsbehandling som ikke omfattes av et av grunnlagene for legitim forskjellsbehandling direktivet oppstiller, anses som diskriminering.

Her behandler jeg i hovedsak tre grunnlag for legitim forskjellsbehandling: Artikkel 4 (1) åpner for forskjellsbehandling som er begrunnet i «regulære og avgjørende» yrkesmessige krav. Artikkel 6 (1) gir en mer generell og skjønnsmessig adgang til aldersbestemt forskjellsbehandling for å oppnå et overordnet, legitimt mål.<sup>107</sup> Artikkel 7 åpner for positiv særbehandling.<sup>108</sup> Uansett grunnlag, må direkte forskjellsbehandling oppfylle tre generelle krav for å være tillatt:

---

<sup>105</sup> I Ot.prp.nr.49 (2004–2005) s. 325 legger departementet til grunn at definisjonene av direkte og indirekte forskjellsbehandling, som tidligere var inntatt i arbeidsmiljøloven § 54 C, i «liten grad var egnet til å klargjøre». Se Strand (2007) s. 146–147 for en kritikk av lovens utforming.

<sup>106</sup> Hack (2015) drøfter nærmere problemene med at det trengs et sammenligningsgrunnlag, se s. 133–134.

<sup>107</sup> Artikkel 4 (1) og 6 (1) speiles i aml. § 13-3 (1) og (2).

<sup>108</sup> Artikkel 7 speiles i aml. § 13-6. Alle unntakene fra forbudet er formulert som at medlemsstatene kan bestemme at visse typer ulik behandling ikke «udgør forskjellsbehandling». Jeg bruker «diskriminering» om forbudt forskjellsbehandling.

For det første må tiltaket ha et *legitimt* formål. Kravet er formulert litt forskjellig i de ulike bestemmelsene, men essensen er den samme.<sup>109</sup> For det andre må tiltaket være *egnet til å oppnå* det legitime formålet. Dette innebærer at det kreves en vurdering av om et tiltak som innebærer aldersdiskriminering er et hensiktsmessig virkemiddel. For det tredje må tiltaket være *nødvendig*.<sup>110</sup>

Vilkårene om egnethet og nødvendighet henger sammen: Når det å bruke alder som kriterium medfører flere tilfeller av forskjellsbehandling enn det som er nødvendig for å nå målsetningen, må det som treffes være det *minst inngripende* tilgjengelige tiltaket for å vurderes som hensiktsmessig og nødvendig.<sup>111</sup> Vurderingen er situasjonsavhengig; lokale forhold og hvilke tiltak som er tilgjengelige, står sentralt i vurderingen av egnethet og nødvendighet. Dette illustreres av EU-domstolens dommer i to nyere saker om adgangen til øvre aldersgrenser for rekruttering til politistyrker; *Sorondo* og *Vital Perez*, som behandles nærmere nedenfor.<sup>112</sup> Adgangen til egnet og nødvendig forskjellsbehandling er dessuten begrenset av EU-rettsens alminnelige proporsjonalitetsprinsipp.

Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at tiltak som griper inn i en rettighet, må stå i rimelig forhold til målet med forskjellsbehandlingen.<sup>113</sup> Generelt vurderer EU-domstolen om virkemidler som brukes for å nå et mål, er nødvendige for å nå målet, og om virkemidlene står i «rimelig

<sup>109</sup> Artikkel 6 (1) bruker «legitimt formål», mens artikkel 4 (1) krever at «målet er legitimt». Artikkel 7 (1), om adgang til positiv særbehandling, presiserer at formålet må være å «forebygge eller oppveie ulemper», som innebærer en nærmere presisering av hvilke formål som er legitime.

<sup>110</sup> Artikkel 6 (1) stiller krav til «hensiktsmessige og nødvendige» midler. Nødvendighetskriteriet er i artikkel 4 (1) formulert som at kravene må være «avgjørende». Av artikkel 7 om positive særtiltak fremgår ikke begrensningen, men må likevel innfortolkes. Se nærmere under omtalen av *Lommers* i kapittel 3.3.4.

<sup>111</sup> Se til illustrasjon C-88/08 *Hütter*, premiss 48–50: EU-domstolen vurderer kriteriene «hensiktsmessig og nødvendig» samlet, og konstaterer at en regel som rammer flere personer enn absolutt nødvendig for å nå formålet, ikke passerer «testen» når det fins alternative tiltak tilgjengelig.

<sup>112</sup> C-258/15 *Sorondo* og C-416/13 *Vital Perez* behandles i punkt 3.3.2.

<sup>113</sup> Tridimas (2006) s. 136–140. Ideen om proporsjonalitet for å rettferdiggjøre forskjellsbehandling er ikke ny, se Aristoteles (*Den nikomakiske etikk*) s. 128–137. Proporsjonalitetsprinsippet gjelder tilsvarende i EØS. Se Mathisen (2007).

forhold» til hvor viktig målet er.<sup>114</sup> I saker om aldersdiskriminering har Domstolen formulert kravet til proporsjonalitet som at det må undersøkes om tiltaket «gør det muligt at opnå de beskæftigelsespolitiske formål, der forfølges af lovgiveren, uden samtidig at foretage et for vidtgående indgreb i de legitime interesser for de arbeidstagere, der som følge af denne bestemmelse berøves [et gode]».<sup>115</sup>

Spørsmålet er derfor om vekten av de hensyn som forfølges gjennom et tiltak som innebærer nødvendig aldersdiskriminering, legitimerer diskrimineringen. Det må først undersøkes om det valgte tiltaket er det minst mulig inngripende. Deretter, hvis det er klart at det ikke finnes mindre inngripende tiltak, må det likevel vurderes om tiltaket kan forsvares sett opp mot de interesser det griper inn i: Kan konsekvensene for beskyttelsesverdige interesser forsvares i lys av det formålet som søkes oppnådd?<sup>116</sup>

Arbeidsmiljølovens vilkår for lovlig forskjellsbehandling skal vurderes på samme måte som direktivets.<sup>117</sup> I forarbeidene er det lagt til grunn at proporsjonalitetskravet innebærer at begrunnelser som bygger på at en arbeidstaker vil være uegnet til jobben eller prestere dårligere bare på grunn av alder, som regel ikke er tilstrekkelig til å legitimere forskjellsbehandling. Et tiltak som innebærer forskjellsbehandling må i

---

<sup>114</sup> Tridimas (2006) s. 139.

<sup>115</sup> C-515/13 *Tekniq*, premiss 25, C-499/08 *Andersen* premiss 32. Formuleringen bygger på uttalelsen i C-144/04 *Mangold* om at «enhver undtagelse til en individuel rettighed i videst muligt omfang både skal tilgodese de krav, der følger af ligebehandlingsprincippet, og det tilsigtede mål» (premiss 65).

<sup>116</sup> En slik «tredelt» test deler «nødvendighetskriteriet» i to, og er forstått som et krav om proporsjonalitet *stricto sensu*. Arnesen (1996) s. 327, Mathisen (2007) s. 82 og Hack (2015) s. 163–164 mener alle denne forståelsen av proporsjonalitetsprinsippet bør legges til grunn. Tridimas (2006) s. 139–140 deler prinsippet i bare to «tester»: Egnethetstesten innebærer en vurdering av forholdet mellom tiltaket og formålet, der det må være «rimelig» sannsynlig at tiltaket vil bidra til å oppnå formålet. Nødvendighetstesten innebærer deretter en interesseavveining mellom formålet og den interessen tiltaket griper inn i. Tridimas mener Domstolen i praksis foretar en balansering mellom målene som forfølges og virkemidlenes effekt på dem som rammes, og ikke skiller skarpt mellom de to siste «testene».

<sup>117</sup> Se Ot.prp.nr.49 (2004–2005) på s. 194. Her vises det til at kriteriene er de samme som for tillatt forskjellsbehandling på grunn av kjønn, slik at også EU-rettspraksis om dette diskrimineringsgrunnlaget vil være en relevant rettskilde.

utgangspunktet være begrunnet i en vurdering av andre konkrete forhold knyttet til enkeltansatte, eller typen arbeid, enn alder.<sup>118</sup>

Problemstillingen i det følgende er hvor langt adgangen til tillatt direkte forskjellsbehandling rekker i EU-retten etter de tre nevnte grunnlagene.

### **3.3.2 «Regulære og avgjørende» yrkesmessige krav**

#### **3.3.2.1 Overordnet**

Medlemsstatene kan etter rammedirektivet artikkel 4 (1) bestemme at aldersbestemt forskjellsbehandling av arbeidstakere som skal utføre spesielle oppgaver, eller jobbe under spesielle forhold, ikke utgjør diskriminering. Forskjellsbehandlingen må være basert på krav om egenskaper som utgjør et «et regulært og avgjørende» yrkesmessig krav for å utføre oppgaver som hører til stillingen. Proporsjonalitetsprinsippet begrenser adgangen til å stille slike krav, ved at målet med forskjellsbehandlingen må være «legitimt», og kravet må stå i «rimelig forhold» til dette målet.<sup>119</sup>

Arbeidsmiljøloven § 13-3 (1) speiler artikkel 4 (1), og fastsetter i en kortere form enn direktivets at «saklig» forskjellsbehandling som er «nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke», er tillatt. Unntaket er forutsatt tolket strengt, i tråd med direktivet og EU-domstolens praksis.<sup>120</sup>

Direktivet formulerer adgangen til forskjellsbehandling som en begrensning i selve diskrimineringsbegrepet, som medlemsstatene selv kan fastsette ut fra nasjonale variasjoner. Det materielle innholdet i diskrimineringsvernet blir altså avhengig av hvilke hensyn den enkelte staten vektlegger, og i hvilken grad dette «rimelig» begrunner særlige krav, for eksempel i form av aldersgrenser. EU-domstolen har flere ganger presisert rammene for adgangen til å fastsette krav direkte knyttet til alder på dette grunnlaget. Dette er tema i det følgende.

---

<sup>118</sup> Ibid.

<sup>119</sup> Rammedirektivets artikkel 4 (1).

<sup>120</sup> Ot.prp.nr.49 (2004–2005) s. 326–327. Se også s. 194.

### 3.3.2.2 Legitime hensyn

Hensynene til arbeidstakerens egen helse, samt publikums og statens særlige interesser i trygghet og sikkerhet, er på et overordnet nivå ansett som legitime hensyn, som blant annet kan begrunne særlige aldersgrenser i redningstjenestene.<sup>121</sup>

EU-domstolen uttaler i *Wolf* at hensynet til å sikre nødetatenes operative karakterer og rette funksjon er et formål som artikkel 4 (1) åpner for å gjøre unntak fra diskrimineringsforbudet for å ivareta.<sup>122</sup> Saken dreide seg om en aldersgrense på 30 år for rekruttering til teknisk tjeneste i brannvesenet i Hessen. EU-domstolen vektla at enkelte oppgaver i tjenesten stiller «usedvanlig» høye krav til de ansattes fysikk, som det måtte legges til grunn at brannmenn over 45 til 50 år ikke lenger fyller.<sup>123</sup>

*Wolf*-saken var den første saken EU-domstolen tok stilling til adgangen til forskjellsbehandling begrunnet i yrkesmessige krav.<sup>124</sup> Det gjorde EU-domstolen *ex officio* – delstaten hadde bare gjort gjeldende at aldersgrensen var legitim etter artikkel 6 (1), og den tyske domstolen hadde i utgangspunktet utelukket at artikkel 4 (1) kom til anvendelse, fordi personer over 30 år ikke fikk adgang til de fysiske testene. Foreleggende domstol mente det ikke kunne dreie seg om et «regulært og avgjørende krav» når grensen ikke berodde på individuelle vurderinger.<sup>125</sup>

EU-domstolen fremhever formålet med aldersgrensen, å sikre brannvesenets operative funksjon, og at egenskaper som er dokumentert nært knyttet til alder er avgjørende for å oppnå formålet.<sup>126</sup> Den indirekte sammenhengen mellom alder som utvalgsriterium og det overordnede

---

<sup>121</sup> Betraktning 18 i rammedirektivets fortale presiserer at dette ikke skal pålegge politiet noen forpliktelse til ansettelse eller fortsatt ansettelse av personer som ikke oppfyller nødvendige krav til stillingen.

<sup>122</sup> C-229/08 *Wolf* premiss 38–39. Her legger EU-domstolen til grunn at forbeholdet i fortalen om nødvendige krav gjelder alle statlige redningstjenester.

<sup>123</sup> Domstolen viser til «den legevitenkskapelig beviste aldringsprosess» (premiss 34).

<sup>124</sup> Se generaladvokat Villalóns uttalelser i C-447/09 *Prigge* avsnitt 62. Generaladvokaten legger til grunn at det hadde betydning for resultatet i *Wolf* at forbindelsen med kravet til beskyttelse av offentlig sikkerhet var sterk. Det skiller saken fra *Prigge*, som omhandlet sivil luftfart.

<sup>125</sup> *Wolf* premiss 31.

<sup>126</sup> *Wolf* premiss 39–42.

formålet legitimeres altså av at den fysikken som kreves ble ansett *dokumentert* knyttet til alder.

### 3.3.2.3 Relativt proporsjonalitetskrav

Proporsjonalitetstesten ved forskjellsbehandling begrunnet i «regulære og avgjørende» yrkesmessige krav er situasjonsbestemt. EU-domstolen presiserte i *Sorondo* at proporsjonalitetsvurderingen er avhengig av konkrete nasjonale forhold.<sup>127</sup> Saksøker Sorondo fikk ikke mulighet til å søke ansettelse i den baskiske politistyrken fordi han var over 35 år. Han anførte til støtte for at aldersgrensen var diskriminerende at en lignende aldersgrense for ansettelse av politibetjenter i den spanske byen Oviedo ble underkjent som uforholdsmessig i *Vital Pérez*.<sup>128</sup>

Domstolen avfeier sammenligningen med at de to politistyrkene ivaretar vesensforskjellige oppgaver. Baskerland har en forholdsvis liten operativ politistyrke, som ofte jobber under vanskelige, «endog ekstreme», forhold.<sup>129</sup> En øvre aldersgrense på 35 år for søkere til den operative politistyrken i Baskerland kan forsvares, på grunn av arten av oppgavene, og de spesielle forholdene i de baskiske selvstyremrådene.<sup>130</sup>

*Sorondo* understreker det rettslige hovedpoenget i *Wolf*: Det er *evnen* – her fysisk styrke, som ble ansett å være dokumentert knyttet til alder – som må utgjøre et «avgjørende» krav til utøvelse av oppgaver som hører til stillingen. Hvis begrunnelsen for å utøve forskjellsbehandling er særlig krevende oppgaver, må den *egenskapen* som kreves, for eksempel ung alder, være nødvendig for å utøve disse oppgavene fordi det er en klart dokumentert sammenheng med fysisk styrke; det er ikke tilstrekkelig å påberope oppgavene i seg selv for å rettferdiggjøre forskjellsbehandlingen.<sup>131</sup>

EU-domstolen fant godt gjort at kravene som ble stilt til fysikk var knyttet til alder. Generaladvokaten la i sitt forslag vekt på at «det store flertall» av betjentene må være i stand til å utføre fysisk svært krevende

<sup>127</sup> C-258/15 *Sorondo* (storkammerdom).

<sup>128</sup> C-416/13 *Vital Pérez*.

<sup>129</sup> *Sorondo* premiss 39–41. med henvisning til *Vital Pérez*.

<sup>130</sup> *Sorondo* premiss 38.

<sup>131</sup> EU-domstolen viser til fast rettspraksis på dette punktet i *Sorondo* avsnitt 33. Vurderingstemaet er fastlagt i *Wolf* (premiss 35) og gjentatt bl.a. i *Prigge* (premiss 66).

oppgaver i selvstyreområdene.<sup>132</sup> Domstolen sluttet seg til dette, og at en aldersgrense begrunnet i sikkerhet må legge en gruppetilnærming til grunn: Det må sikres sammenheng mellom oppgavene som skal løses, og balanse i arbeidsstokken som skal løse dem på lengre sikt. Det er ikke tilstrekkelig å gjennomføre individuelle fysiske tester av enkeltpersoner, dersom man trenger en konstant operativ arbeidsstokk. Når yrkestreningen tar tid, kan ikke tjenestepersoner som ikke lenger fyller sikkerhetskravene erstattes umiddelbart, dersom man ikke har planlagt for frafallet.<sup>133</sup>

I en slik sammenheng er det nødvendig og legitimt å operere med en generell og praktikabel aldersgrense for rekruttering, som sikrer en balansert alderssammensetning over tid.<sup>134</sup> Det var dette som skilte *Sorondo* fra *Vital Pérez*, ettersom politistyrken i Oviedo hadde mer varierte oppgaver og større muligheter til å sette eldre betjenter til mindre krevende oppgaver. Enkeltpersoner vil kanskje i en slik sammenheng bli «urettferdig» vurdert, men EU-domstolen aksepterer denne konsekvensen der det ligger dokumenterbare allmenne hensyn til grunn.

#### 3.3.2.4 Forholdet til tariffautonomien

I *Rosenblatt*, som handlet om en tariffavtalt aldersgrense for opphør av arbeidsforhold, vektla EU-domstolen forutsigbarheten i at en aldersgrense var tariffavtalt i proporsjonalitetsvurderingen.<sup>135</sup> Etter dommen gjensto det spørsmål om i hvilken grad tariffpartene sto fritt til å avtale forskjellsbehandling begrunnet i yrkesmessige krav. I *Prigge*-saken, hvor dom ble avsagt året etter *Rosenblatt*, var spørsmålet for EU-domstolen om arbeidslivets parter kan fastsette aldersgrenser i sivil luftfart, eller om det ligger til lovgiver å fastsette grenser begrunnet i artikkel 4 (1).<sup>136</sup>

Saken dreide seg om en tariffavtalt aldersgrense på 60 år for piloter i Lufthansa, begrunnet i hensynet til luftfartssikkerhet. Den offentligretts-

---

<sup>132</sup> Generaladvokat Mengozzis forslag til avgjørelse, sak C-258/15, avsnitt 36.

<sup>133</sup> *Sorondo* premiss 47–48.

<sup>134</sup> Generaladvokat Mengozzis forslag til avgjørelse, sak C-258/15 *Sorondo*, avsnitt 36–37.

<sup>135</sup> C-45/09 *Rosenblatt*. Dommen falt i oktober 2010. Saken dreide seg ikke om aldersgrenser basert på yrkesmessige krav, men en tariffavtalt aldersgrense etter art. 6 (1), som behandles nærmere nedenfor i punkt 3.3.3.

<sup>136</sup> C-447/09 *Prigge*, premiss 35. Dommen falt i september 2011.



lige reguleringen tillater ervervsmessig flyging frem til fylte 65 år, så lenge bare én pilot i cockpit er over 60 år.<sup>137</sup> Tre piloter i Lufthansa angrep grensen som aldersdiskriminerende.

EU-domstolen fastslår, med henvisning til *Wolf*, at det er et «regulært og avgjørende» krav til piloter at de besitter «særlige fysiske evner», og luftfartssikkerheten er et legitimt hensyn etter artikkel 4 (1).<sup>138</sup> Generaladvokaten anså det likevel «ulogisk» at en tariffestet aldersgrense på 60 år skulle passere under artikkel 4 (1) når den offentligrettslige grensen var 65, selv om det lå begrensninger på adgangen til å fly etter fylte 60 år. Domstolen delte dette synspunktet, og kom til at sikkerhetshensynet ikke kunne begrunne en tariffestet aldersgrense lavere enn den lovbestemte.

Det var ikke påberopt andre hensyn bak aldersgrensen, og Domstolen fastslår at partene i arbeidslivet er forpliktet til å overholde EU-retten for øvrig i utformingen av tariffavtaler.<sup>139</sup> Tariffautonomien ble altså ikke anerkjent som grunnlag for noen mildere norm for saklighetsvurderingen av aldersgrenser: Tariffpartene pålegges samme plikt til å dokumentere at et tiltak er berettiget som lovgiver.

### 3.3.2.5 Oppsummering

Sikkerhetshensyn av ulik art er legitime hensyn som kan begrunne forskjellsbehandling av arbeidstakere på grunn av alder etter artikkel 4 (1). Aldersbasert forskjellsbehandling begrunnet i yrkesmessige krav fordrer at det dokumenteres klar sammenheng mellom økende alder og sikkerhetsrisiko. Arbeidsgiver kan ikke være føre var, eller begrunne forskjellsbehandling av en aldersgruppe med at det vil være *bedre* å bruke andre ansatte til visse typer oppgaver. Dette gjelder både i nødetatene og i sivile stillinger som stiller særlige krav.

---

<sup>137</sup> Forordning 1178/2011, inntatt i norsk lov ved forskrift om sertifisering av besetningsmedlemmer. Se forordningens pkt. FCL.065.

<sup>138</sup> *Prigge* premiss 67–69.

<sup>139</sup> *Prigge* premiss 46–50, med henvisning til C-438/05 *Viking Line* premiss 44 og C-341/05 *Laval* premiss 91 der EU-domstolen fastslår at organisasjonsfriheten er en grunnleggende rettighet etter EU-retten, men likevel må utøves innenfor rammen av nasjonal rett og EU-retten for øvrig.

Heller ikke tariffpartene kan, som avklart etter *Prigge*, bli enige om en aldersgrense som avviker fra offentligrettslige grenser med sikkerhet som eneste begrunnelse, med mindre behovet er objektivt dokumenterbart.

### 3.3.3 Særskilt adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder

#### 3.3.3.1 Innledning – alder som tillatt utvalgs-kriterium

Medlemsstatene kan etter direktivets artikkel 6 (1) tillate direkte forskjellsbehandling alene på grunn av arbeidstakeres alder der dette er begrunnet i et «legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret».<sup>140</sup> Adgangen gjelder bare alder som diskrimineringsgrunnlag.<sup>141</sup>

At formålet må være legitimt innenfor rammen av nasjonal rett innebærer at man må søke å oppnå et formål det er berettiget å forfølge. Som eksempler nevner direktivet ansettelses-, arbeidsmarkeds- og utdannelsespolitiske formål. Direktivet presiserer at det er tillatt å vektlegge hensynet til integrasjon i arbeidsmarkedet eller beskyttelse av enkelte grupper.<sup>142</sup>

Tiltaket må være hensiktsmessig og nødvendig, og overholde proporsjonalitetsprinsippet.<sup>143</sup> Det er ikke nok *at* det er relevant å forskjellsbehandle etter arbeidstakeres alder (hensiktsmessighet), det må også vurderes ved *hvilken* alder det er relevant å stille en gruppe annerledes enn andre (nødvendighet). Domstolen har oppstilt vurderingstemaet som et spørsmål om det er rimelig balanse mellom formålet man søker å oppnå, og inngrepet i arbeidstakeres individuelle rettigheter.<sup>144</sup>

Artikkel 6 (1) speiles i arbeidsmiljøloven § 13-3 (2), som tillater «nødvendig» forskjellsbehandling for å oppnå et «saklig formål», så lenge det

---

<sup>140</sup> Artikkel 6 (1). Bestemmelsen stiller også krav til objektiv og rimelig begrunnelse.

<sup>141</sup> I motsetning til de andre unntakene for lovlig forskjellsbehandling, som også gjelder de andre diskrimineringsgrunnlagene direktivet omfatter; religion/tro, funksjonsnedsettelse og seksuell orientering.

<sup>142</sup> Artikkel 6 (1) a).

<sup>143</sup> Se nærmere om det alminnelige proporsjonalitetsprinsippet i punkt. 3.3.1.2.

<sup>144</sup> Jf. C-499/08 *Andersen*, premiss 32.

ikke er «uforholdsmessig inngripende» overfor den som forskjellsbehandles. Ordlyden angir den samme proporsjonalitetstesten som direktivet.

I utgangspunktet er denne unntaksadgangen uavhengig av arbeidets karakter. Forskjellsbehandlingen som omfattes er typisk aldersgrenser for ansettelse eller opphør av arbeidsforholdet, samt lønssystemer, særlige godtgjørelser og andre ordninger som er direkte basert på et alderskriterium.<sup>145</sup>

### 3.3.3.2 Betydningen av statenes skjønnsmargin

EU-domstolen har i fast rettspraksis lagt til grunn at medlemsstatene rår over en vid skjønnsmargin når det gjelder hvilke sosial- og arbeidsmarkedspolitiske mål staten vil forfølge, og også hvilke tiltak som er egnet til å oppfylle målene.<sup>146</sup> Grensen går der skjønnsmarginen utnyttes på en slik måte at diskrimineringsvernet blir «illusorisk».<sup>147</sup>

EU-domstolen stiller høye krav til medlemsstatenes bevis for at tiltaket er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål. Generelle utsagn om at et tiltak inngår i statens arbeidslivspolitik er ikke tilstrekkelig.<sup>148</sup> Domstolen krever at det må være mulig å identifisere et klart formål med et tiltak som innebærer forskjellsbehandling, slik at begrunnelsens gyldighet og tiltakets proporsjonalitet kan etterprøves.<sup>149</sup> Likevel aksepteres noe usikkerhet, for eksempel der økonomiske prognoser eller politiske kompromisser ligger til grunn for tiltak.<sup>150</sup> I de videre punktene vil jeg redegjøre for bestemmelsens vilkår, i lys av rettspraksis.

<sup>145</sup> Aldersgrenser er behandlet i flere saker, se f.eks. C-159/10 og C-160/ *Fuchs og Köhler* og C-388/07 *Age Concern*. I C-417/13 *Starjakob* og C-530/13 *Schmitzer* behandles lønssystemer.

<sup>146</sup> Se bl.a. *Andersen* premiss 33, C-144/04 *Mangold* premiss 63, *Palacios* premiss 68, *Starjakob* premiss 34 og *Schmitzer* premiss 38.

<sup>147</sup> Se *Age Concern* premiss 51 og *Andersen* premiss 33. Den nasjonale skjønnsmarginen utgjorde et sentralt argument for Høyesterett i *Kystlink*, som behandles nedenfor i punkt 3.4.2.2.

<sup>148</sup> Se *Age Concern* premiss 51 og *Fuchs og Köhler* premiss 77–78.

<sup>149</sup> *Fuchs og Köhler* premiss 39.

<sup>150</sup> *Fuchs og Köhler* premiss 81–82.

### 3.3.3.3 Kravet til legitimt formål

Hvorvidt et tiltak er legitimt begrunnet etter artikkel 6 (1) må vurderes skjønnsmessig. EU-domstolen har fastslått at medlemsstatene ikke er forpliktet til å gi lovbestemmelser som konkret angir hvilke formål som er legitime i nasjonal rett, eller hvilke tiltak som kan være aktuelle.<sup>151</sup> Det sentrale er at det er mulig klart å identifisere det formålet som forfølges, og at tiltaket overholder de generelle betingelsene som stilles til lovlig forskjellsbehandling.<sup>152</sup> Bestemmelsen lister opp noen eksempler på mulige tillatte former for aldersbestemt forskjellsbehandling: Det kan være tillatt å innføre særordninger, som særlige lønns- og oppsigelsesvilkår for enkelte aldersgrupper, når formålet er å fremme en gruppes yrkesdeltakelse eller gi særlig vern.<sup>153</sup>

Domstolen legger til grunn at «legitime» formål som kan begrunne at forbudet mot aldersdiskriminering fravikes, er «*socialpolitiske* formål såsom beskæftigelses-, arbeidsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål». <sup>154</sup> Det som kvalifiserer slike formål som legitime i henhold til Domstolens praksis, er at de er av allmenn interesse, i motsetning til for eksempel de enkelte arbeidsgiveres interesser av å begrense kostnader eller styrke sin konkurranseposisjon.<sup>155</sup>

*Mangold*-dommen er et sentralt referansepunkt.<sup>156</sup> Saken dreide seg om den tyske loven om midlertidige ansettelser, som tillot bruk av midlertidige kontrakter bare dersom det forelå en særskilt, objektiv begrunnelse. Det var imidlertid gjort et unntak; arbeidstakere over 52 år kunne gis midlertidig i stedet for fast arbeidskontrakt. Lovgivningen var innført for å fremme sysselsetting av eldre arbeidstakere som hadde blitt arbeidsledige, og kunne ha problemer med å finne nytt arbeid. Domstolen

---

<sup>151</sup> *Age Concern* premiss 43–44.

<sup>152</sup> Se *Age Concern* premiss 45.

<sup>153</sup> Artikkel 6 (1) bokstav a-c. Listen er ikke uttømmende.

<sup>154</sup> Se bl.a. *Age Concern* premiss 46 og *Prigge* premiss 80–81 (min utheving).

<sup>155</sup> *Ibid.*

<sup>156</sup> C-144/04 *Mangold* falt i 2005, året etter at forbudet mot aldersdiskriminering var inntatt i norsk rett.

fastslo at formålet i seg selv klart var av «almen interesse» ettersom det å sikre bred sysselsetting er et hovedformål med direktivet.<sup>157</sup>

Også der tiltakene ikke står i direkte sammenheng med utførelse av arbeid, gjør sysselsettingshensyn seg gjeldende som legitimt formål: I *de Lange* fastslår Domstolen at en ordning som ga unge arbeidstakere rett til skattefradrag for utgifter til utdanning, med det formål å gi unge et incentiv til å skaffe seg yrkeskompetanse, er legitimt begrunnet.<sup>158</sup>

Statene har adgang til å ta budsjettmessige hensyn, både i forbindelse med pensjonssystemet og andre sosiale tiltak, men økonomiske hensyn kan aldri i seg selv utgjøre et legitimt formål etter artikkel 6 (1). Det samme gjelder for rene forvaltningsmessige hensyn.<sup>159</sup>

Direktivet tillater videre maksimale aldersgrenser for ansettelse begrunnet i utdanningskrav, eller for å sikre en «rimelig» periode i ansettelse før pensjonering.<sup>160</sup> Her er en parallell til adgangen til forskjellsbehandling av sikkerhetsmessige hensyn: Det er tillatt å vektlegge behovet for å nyttiggjøre arbeidskraften en viss periode før arbeidstakeren går av med pensjon.

Et tilbakevendende spørsmål er hvilken adgang stater og arbeidsgivere har til å fastsette bestemmelser som gir mulighet til å si opp ansatte når de når pensjonsalder, eller lov- og tariffestede aldersgrenser som fastsetter et tidspunkt arbeidsforholdet automatisk opphører.<sup>161</sup> De fleste europeiske land finansierer et kostbart folketrygdsystem, og samfunnet har interesse av at eldre på et tidspunkt går over i pensjonistenes rekke og tar ut opptjent pensjon, mens «tilveksten» – unge mennesker – kommer i jobb. Dette hensynet, omtalt som arbeidsdeling mellom generasjonene, gjør seg ikke gjeldende for andre diskrimineringsgrunnlag enn alder.

---

<sup>157</sup> Se *Mangold* premiss 58–60. Se nærmere om tiltakets forhold til proporsjonalitetsprinsippet nedenfor.

<sup>158</sup> Se *de Lange*, premiss 26–27.

<sup>159</sup> Se *Schmitzer* premiss 41, og *Starjakob* premiss 36.

<sup>160</sup> Jf. artikkel 6 (1) c).

<sup>161</sup> I norsk rettspraksis om aldersdiskriminering har spørsmålet stått sentralt. Rt-2010-202 *Kystlink*, Rt-2011-964 *Gjensidige* og Rt-2012-219 *CHC I* behandles nedenfor i punkt 3.4.2.

EU-domstolen legger i *Age Concern* til grunn at adgangen til forskjellsbehandling etter artikkel 6 (1) er begrunnet i den «særstatus» alder har som diskrimineringsgrunnlag, og at det derfor er adgang til å fastsette slike bestemmelser, forutsatt at disse fyller kravet til objektiv og rimelig begrunnelse, og overholder proporsjonalitetsprinsippet.<sup>162</sup> Her avklarte også Domstolen at det ikke er en forutsetning at medlemsstatene har vedtatt gjennomføringslovgivning som klart definerer hvilke formål som kan begrunne forskjellsbehandling etter nasjonal rett, eller hvilke konkrete tiltak som tillates, så lenge medlemsstatene sikrer at det er mulig å føre effektiv rettslig kontroll med at tiltak er begrunnet i et formål som må anerkjennes som legitimt i nasjonal rett, og tiltakets proporsjonalitet.<sup>163</sup>

Dommen i *Rosenbladt* dreide seg om en tariffavtalt aldersgrense for renholdere, som innebar at arbeidsforholdet opphørte automatisk når arbeidstakeren hadde rett til å utta pensjon, eller senest ved fylte 65 år. Domstolen anerkjente at hensynet til arbeidsdeling mellom generasjonene er et legitimt hensyn som kan begrunne en aldersgrense for automatisk opphør av arbeidsforholdet. Den bemerket at slike ordninger «længe har vært en del af arbeidsretten i en række medlemsstater og er vidt udbredt på arbejdsmarkedet», og bygger på en avveining av politiske, økonomiske og sosiale hensyn.<sup>164</sup>

Enkelte stater har praktisert aldersgrenser begrunnet i generelle synspunkter om arbeidsudyktighet etter en viss alder. EU-domstolen uttaler i *Fuchs og Köhler* at selv om det er enighet om at ufunderte antakelser ikke lenger er grunnlag for å opprettholde en aldersgrense, kan tiltaket likevel være lovlig der flere hensyn begrunner grensen, og noen av disse er legitime.<sup>165</sup> *Fuchs og Köhler* dreide seg om en aldersgrense på 65 år for påtalejurister. Aldersgrensen åpnet for at tjenestemennene kunne fortsette i arbeidet til fylte 68 år ved behov, slik at den ikke innebar at ansatte måtte gå av med mindre det var tilstrekkelig «tilvekst» av yngre. Grensen

---

<sup>162</sup> *Age Concern*, særlig premiss 60 og konklusjonen.

<sup>163</sup> *Age Concern* premiss 43–45, med henvisning til *Palacios* premiss 55–56.

<sup>164</sup> *Rosenbladt* premiss 43–45. Se ovenfor under 3.3.2.4 og straks nedenfor om betydningen av tariffautonomien.

<sup>165</sup> C-159/10 og C-160/10 *Fuchs og Köhler*, premiss 39–42.

i *Fuchs og Köhler* var innrettet på samme måte som i *Petersen og Georgiev*, der domstolen også anerkjente behovet for kunnskapsdeling og tilvekst, samt hensynet til å opprettholde kvalitet i tjenestene, som begrunnelse for en aldersgrense.<sup>166</sup> Hensynet til arbeidsdeling mellom generasjonene er altså generelt ansett som legitimt. Domstolen anerkjenner også at en aldersgrense begrunnet i flere hensyn kan fastsettes med sikte på å unngå tvister i hvert enkelt tilfelle om hvorvidt en arbeidstaker er arbeidsdyktig eller ikke etter en gitt alder.<sup>167</sup>

Det er altså en rekke formål som kan begrunne forskjellsbehandling på grunn av alder. Den spesielle adgangen til forskjellsbehandling på dette området illustrerer at alder er et særegent diskrimineringsgrunnlag. Arbeidsmarkedspolitikken overfor ulike aldersgrupper er tett knyttet sammen med hensynet til statens styring over folketrygden, og ulike aldersgruppers interesser i adgang til arbeidsmarkedet kan stå i motsetning til hverandre. Her har EU-lovgiver derfor etterlatt et større rom for forskjellsbehandling enn for andre diskrimineringsgrunnlag.

#### 3.3.3.4 Tariffpartenes avtalefrihet

Rammedirektivet gir adgang til å overlate gjennomføringen av bestemmelser som hører inn under området for kollektive overenskomster til arbeidslivets parter, så lenge diskriminerende bestemmelser i tariffavtaler kan kjennes ugyldige.<sup>168</sup> EUs charter om grunnleggende rettigheter artikkel 28 anerkjenner retten til kollektive forhandlinger, og organisasjonsfriheten er anerkjent som en EU-rettslig grunnrettighet. EU-domstolen har likevel fastslått at tariffavtaler som faller innenfor anvendelsesområdet til rammedirektivet, må overholde diskrimineringsforbudet.<sup>169</sup>

<sup>166</sup> C-250/09 og C-268/09 *Georgiev* premiss 45–52. Saken dreide seg om en aldersgrense for universitetsprofessorer, for å sikre nyrekruttering til disse stillingene og opprettholde kvalitet i undervisningen. Grensen i C-341/08 *Petersen* var fastsatt med hensyn til yngre tannleger som skulle etablere seg i markedet.

<sup>167</sup> *Fuchs og Köhler*, premiss 41–44 og 50.

<sup>168</sup> Artikkel 16 og 18. Se fortalens 36. betraktning.

<sup>169</sup> C-297/10 og C-298/10 *Hennigs og Mai* premiss 68. Domstolen henviser til *Viking Line* premiss 44 og *Laval* premiss 91, om at tariffautonomien må utøves innenfor rammen av EU-retten som helhet.

Domstolen fastslår i *Prigge* at sikkerhetshensyn som ikke består «prøven» under artikkel 4 (1), ikke subsidiært kan subsumeres under artikkel 6 (1) alene fordi tiltaket er tariffavtalt.<sup>170</sup> Generaladvokaten viste i sin innstilling til at det ble vektlagt i *Rosenblatt* at aldersgrensen var tariffavtalt, og at dette innebar forutsigbarhet, samt at tariffestede ordninger har styrket legitimitet.<sup>171</sup> Generaladvokaten mente direktivet burde fortolkes slik at det ga rom for bestemmelser i tariffavtaler som koblet en aldersgrense til en pensjonsordning, fordi slike ordninger indirekte ivaretok det legitime formål å gi kommende generasjoner adgang til arbeidsmarkedet. Generaladvokaten oppfordret Domstolen til å «acceptere bevarelsen af et spillerum for kollektive forhandlinger som et muligt legitimt socialpolitisk formål».<sup>172</sup>

Domstolen tok likevel ikke stilling til om hensynet til tariffautonomien kunne begrunne aldersgrensen i Lufthansa. Den konstaterte at grensens påberopte begrunnelse, luftfartssikkerheten, ikke var et sosialt hensyn som kunne begrunne et unntak etter artikkel 6 (1).

Hack mener dommen illustrerer en grundig og streng analyse i avveiningen mellom grunnleggende rettigheter.<sup>173</sup> Slik jeg vurderer dommen er det imidlertid et poeng at det ikke var anført andre hensyn som direkte begrunnet aldersgrensen enn sikkerhet. Domstolen presiserer at:

«Arbejdsmarkedets parter har for deres vedkommende været af den opfattelse, at piloter [...] efter at være fyldt 60 år ikke længere kan udøve deres aktiviteter, selv med visse begrænsninger. Grundene til, at disse piloter ikke længere anses for at besidde de fysiske evner til at flyve, når disse fylder 60 år, fremgår i øvrigt hverken af sagsakterne eller af de indlæg, der er fremlagt for Domstolen.»<sup>174</sup>

---

<sup>170</sup> Se *Prigge*, drøftet ovenfor med hensyn til unntak begrunnet i sikkerhet, jf. direktivets artikkel 4 (1).

<sup>171</sup> Se generaladvokat Cruz Villalóns forslag til avgjørelse i sak C-447/09, avsnitt 80–82, og *Rosenblatt* premiss 49.

<sup>172</sup> Sak C-447/09, forslag til avgjørelse, avsnitt 82.

<sup>173</sup> Hack (2011) s. 2, som mener dommen også viser at EU-domstolen i økende grad vektlegger Charteret.

<sup>174</sup> C-447/09 *Prigge* premiss 74.



På denne bakgrunn ble grensen kjent uforholdsmessig, når det var tillatt å fly til fylte 65 etter den offentligrettslige reguleringen. En bredere begrunnelse kunne gitt EU-domstolen større oppfordring til å vurdere spørsmålet i lys av tariffautonomien og de hensyn som ble tillagt vekt i *Rosenbladt* og *Georgiev*.<sup>175</sup> At sikkerhetshensyn ikke kan påberopes som et legitimt formål under artikkel 6 (1) er etter mitt syn godt i overensstemmelse med at direktivet oppstiller en egen unntaksadgang for nødvendig forskjellsbehandling begrunnet i sikkerhetshensyn, i artikkel 4 (1).

Også for lønnsfastsetting har EU-domstolen fastslått at tariffautonomien begrenses av diskrimineringsforbudet. Domstolen legger til grunn at ansiennitet som kriterium for lønnsfastsetting er objektivt, fordi det er «ensbetydende med større erfaring, og denne normalt setter lønmodtageren i stand til at utføre sine arbeidsoppgaver bedre», og derfor ikke trenger noen nærmere begrunnelse.<sup>176</sup>

Alder kan derimot *ikke* i seg selv begrunne innplassering i et spesielt lønnstrinn: EU-domstolen underkjente både i *Hennigs og Mai* og *Specht* lønnsystemer som innebar lønnsfastsetting etter alder.<sup>177</sup> Ordningene var ment å være en praktikabel måte å honorere erfaring.<sup>178</sup> I praksis medførte ordningene at ansatte med samme erfaring og kompetanse kunne lønnes ulikt. EU-domstolen bemerker at der kriterier basert på ansiennitet og erfaring er lovlig, fordi det hensyntar saklige kriterier, kan ikke alder alene begrunne forskjellsbehandling.<sup>179</sup>

EU-domstolen understreket likevel i *Hennigs og Mai* betydningen av å opprettholde et rom for kollektive overenskomster, som gir «en ikke

<sup>175</sup> I *Georgiev* premiss 54 uttaler Domstolen at automatisk pensjonering ikke utgjorde et «overdrevent indgrep» i eldre arbeidstakers interesser, fordi ordningen ikke bare var basert på alder, men også at arbeidstakerne hadde rett til pensjon.

<sup>176</sup> C-109/88 *Danfoss* premiss 24. Et system basert på ansiennitetsberegning var anført å være kjønnsdiskriminerende, fordi kvinner oftere har avbrudd i karrieren. EU-domstolen mente ansiennitet likevel var så tett forbundet med kompetanse at dette måtte aksepteres. Synet er opprettholdt i C-17/05 *Cadman* (premiss 34–35), og EU-domstolen la denne praksisen til grunn i C-88/08 *Hütter* (premiss 47) der et ansiennitetssystem var utfordret som aldersdiskriminerende.

<sup>177</sup> C-297/10 og C-298/10 *Hennigs og Mai* og C-501/12 *Specht*.

<sup>178</sup> Se *Hennigs og Mai* premiss 71.

<sup>179</sup> *Hennigs og Mai* premiss 75–78, *Specht* premiss 50–52.

ubetydelig grad af fleksibilitet».<sup>180</sup> Her var avtalen erstattet av en ny da Domstolen behandlet saken. Den nye tariffavtalen, som var en overgangsordning, hadde også et diskriminerende element, men Domstolen fant at denne løsningen var fornuftig, særlig «henset til den vide skønsmargin, der er tildelt arbeidsmarkedets parter på området for fastsettelse af løn».<sup>181</sup> Uttalelsene tilsier at hensynet til tariffautonomien tilsier et noe videre rom for avtaler mellom tariffpartene enn ensidig fastsatte regler. Hvor grensen går, er likevel ikke helt klart.<sup>182</sup>

### 3.3.3.5 Hensiktsmessighet og nødvendighet

Selv om hensynet er legitimt, har EU-domstolen flere ganger underkjent nasjonale regler som innebærer forskjellsbehandling fordi det ikke er sannsynliggjort at reglene faktisk bidrar til å oppnå målet. Det er etter rettspraksis ikke avgjørende om tiltaket kan ha en positiv effekt, hvis andre tiltak er bedre egnet.

Poenget illustreres ved dommen i *Hütter*: En østerriksk lovbestemmelse fastsatte at bare arbeidserfaring opparbeidet etter fylte 18 år ble medregnet ved lønnsfastsetting. Formålet var dels å fremme sysselsetting av personer som hadde valgt yrkesskole og var ferdige før 18-årsalderen, ved at disse ikke skulle bli dyrere å ansette enn arbeidstakere som hadde tatt allmennfag. På den annen side skulle reglene innebære et incentiv til å ta allmennfaglig utdanning, ettersom det ikke ville være noen særlig gevinst i å begynne å jobbe tidlig. EU-domstolen påpeker i avgjørelsen at det er en mangel på indre sammenheng i en regel som er ment på samme tid å stille «hver enkelt af de to grupper bedre end den anden».<sup>183</sup>

I tillegg til motstridende formål, konstaterer Domstolen at to personer med akkurat samme erfaring kan lønnes ulikt, avhengig av *når* de har opparbeidet den relevante yrkeserfaringen. Dermed har ikke et slikt system noen direkte forbindelse med formålet om å honorere relevant erfaring eller fremme utdanning i seg selv – forskjellsbehandlingen

---

<sup>180</sup> *Hennigs og Mai* premiss 92.

<sup>181</sup> *Hennigs og Mai* premiss 98.

<sup>182</sup> Se nærmere Numhauser-Henning og Rönmar, særlig s. 512–514.

<sup>183</sup> C-88/08 *Hütter*, premiss 46.

baseres bare på alderen arbeidstakeren hadde da hun opparbeidet erfaringen.

Storkammerdommen i *Küçükdeveci* understreker det samme poenget.<sup>184</sup> Tysk lovgivning fastsatte at ansiennitet opptjent før arbeidstakeren fylte 25 år, ikke skulle medregnes ved beregning av oppsigelsesfrister. Formålet var å gi arbeidsgivere fleksibilitet, ved at yngre arbeidstakere som måtte forventes å omstille seg raskere på arbeidsmarkedet kunne sies opp med kortere frist. EU-domstolen fastslo at et slikt tiltak ikke er egnet til å oppnå målet, fordi det innebærer at alle som var ansatt før fylte 25 år fikk en ulempe, uavhengig av alderen ved oppsigelse.<sup>185</sup>

Begge disse innretningene skiller seg fra ordninger som tillater at unge arbeidstakere får en lavere minimumslønn. Slike bestemmelser gir et incentiv til å ansette yngre mennesker. Disse er dermed hensiktsmessige, mens en varig forskjellsbehandling av alle som har opptjent arbeids erfaring før en gitt alder, ikke på samme måte «treffer».<sup>186</sup> Når det fins mer hensiktsmessige metoder, både for å fremme sysselsetting og oppmuntre til relevant utdanning, underkjenner EU-domstolen ordninger som utelukkende baseres på et alderskriterium.

### 3.3.3.6 Proporsjonalitetstesten

Proporsjonalitetstesten innebærer at en unntaksbestemmelse etter artikkel 6 (1), for å være berettiget, må gjøre det mulig å oppnå det arbeidsmarkedspolitiske formålet som forfølges uten at det foretas et «for vidtgående» inngrep i interessene til de enkelte arbeidstakere som «berøres den pågående ydelse».<sup>187</sup> Balanseringen av interesser skal altså foretas med utgangspunkt i de personer som mister et gode.

EU-domstolens storkammeravgjørelse i *Mangold* er grunnleggende: Saken dreide seg om tysk lovgivning som frem til 2006 ga en generell adgang til midlertidig ansettelse av arbeidstakere over 52 år.<sup>188</sup> Formålet

<sup>184</sup> C-555/07 *Küçükdeveci*, avsagt i 2010, året etter *Hütter*.

<sup>185</sup> *Küçükdeveci* premiss 40–43.

<sup>186</sup> *Hütter*, premiss 47–50.

<sup>187</sup> Se *Andersen*, premiss 32. Se punkt 3.3.1.2 om det generelle proporsjonalitetsprinsippet.

<sup>188</sup> Se *Mangold* premiss 15–19 og 55. I 2006 ble denne alderen hevet til 58 år, i takt med gjennomføring av rammedirektivet. Saken er grundig behandlet i teorien, se f.eks.

var å lette adgangen til arbeidsmarkedet for eldre.<sup>189</sup> Lovgivningen medførte imidlertid at *alle* arbeidstakere over 52 år, uavhengig av hvor lenge de hadde vært arbeidsledige, måtte akseptere å fratas sikkerheten fast ansettelse er, i en vesentlig del av sitt yrkesliv. Forskjellsbehandlingen var basert utelukkende på arbeidstakeres alder, og det var ikke dokumentert at tiltaket var objektivt nødvendig for å oppfylle formålet om å få flere eldre i jobb. Domstolen fant derfor at tiltaket ikke tilfredsstilte proporsjonalitetskravet.<sup>190</sup>

*Ajos/Rasmussen*-dommen falt våren 2016, og bekrefter og tydeliggjør de rettslige utgangspunktene EU-domstolen oppstilte i *Mangold* elleve år tidligere.<sup>191</sup> Tvisten i hovedsaken dreide seg om den danske funksjonærloven § 2 (3). Bestemmelsen ga arbeidstakere som hadde jobbet over 18 år i bedriften rett til tre måneders sluttvederlag fra arbeidsgiver. Dersom arbeidstaker var over 60 år og kvalifiserte til pensjon fra en arbeidsgiverbetalt ordning, bortfalt sluttvederlaget.<sup>192</sup> Formålet med ordningen var å lette overgangen til annet arbeid for eldre arbeidstakere, men lovgiver hadde begrenset betalingsplikten ut fra en forutsetning om at de arbeidstakere som hadde mulighet til å ta ut pensjon, valgte å forlate arbeidslivet. Intensjonen var å unngå at arbeidsgivere måtte betale dobbeltkompensasjon.<sup>193</sup>

---

Evju (2006).

<sup>189</sup> Formålet var klart legitimt, som behandlet ovenfor under 3.3.3.3.

<sup>190</sup> *Mangold* premiss 64–65.

<sup>191</sup> C-441/14 *Ajos/Rasmussen* falt i april 2016. Saken ble, i likhet med *Mangold*, avgjort av EU-domstolen i storkammer.

<sup>192</sup> Bestemmelsens ordlyd var at sluttvederlaget bortfalt hvis den ansatte ville «oppebære» alderspensjon. Generaladvokat Bot mente bestemmelsen kunne tolkes i overensstemmelse med direktivet, ved at den ble tolket slik at vederlaget bare bortfalt hvis arbeidstakeren faktisk tok ut pensjon. Se forslaget til avgjørelse i C-441/14 *Ajos/Rasmussen* avsnitt 61–69, med henvisning til generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i C-499/08 *Andersen*. Høyesteret la imidlertid til grunn at det fulgte av fast tolkning av bestemmelsen at sluttvederlaget bortfalt uansett. Se diskusjonen om forholdet til forutberegnelighet i punkt 5.3.3.

<sup>193</sup> Loven var endret før *Ajos/Rasmussen*-saken ble behandlet av EU-domstolen, etter at EU-domstolen i C-499/08 *Andersen* fastslo at bestemmelsen var aldersdiskriminerende. Den fikk likevel anvendelse på saksforholdet i *Ajos/Rasmussen*, som var av eldre dato enn endringen.

Rasmussen var 60 år da han ble oppsagt. Han gikk ikke av med pensjon, men fikk ny jobb. Han krevde fratredelsesvederlag, og fikk først medhold i kravet i SØ- og handelsretten, fordi funksjonærlovens bestemmelse var aldersdiskriminerende.<sup>194</sup> Danske Højesteret stilte EU-domstolen flere spørsmål, herunder om det var adgang til å avveie diskrimineringsforbudet mot hensynet til en privat arbeidsgivers forventninger om ikke å måtte betale vederlaget.

EU-domstolen fastslår at artikkel 6 (1) ikke gir rom for en lovgivning som avskjærer *alle* arbeidstakere over 60 år fra sluttvederlaget, uavhengig av om de skal fortsette å jobbe. Når formålet er å lette eldres situasjon på arbeidsmarkedet, er det ikke proporsjonalt å sette en øvre aldersgrense for rettigheten på 60 år uavhengig av om arbeidstakeren går av med pensjon.<sup>195</sup> Det er ingen grunn til å tro at en 61-åring som har behov for å fortsette i jobb, for eksempel på grunn av lav pensjonsopptjening, er lettere stilt enn 59-årig arbeidssøker.

Det kan likevel være annerledes når arbeidstaker har full offentlig pensjonsopptjening, og har nådd pensjonsalder, slik at de økonomiske konsekvensene uteblir: Funksjonærloven § 2 (2) fastsatte at arbeidstaker heller ikke skulle motta sluttvederlag dersom han hadde rett til folkepensjon.<sup>196</sup> Denne begrensningen av ytelsen aksepterte Domstolen som proporsjonal i *Tekniq*, med hensyn til avveiningen av yngre og eldre arbeidstakeres interesser. Ordningen med sluttvederlag, som yngre arbeidstakere var avskåret fra, ville bli uproporsjonal dersom også arbeidstakere som hadde mulighet til å ta ut full pensjon skulle motta denne som en «bonus».<sup>197</sup>

Ved vurderingen av aldersgrenser har EU-domstolen i praksis vektlagt statenes skjønnsfrihet tungt i proporsjonalitetsvurderingen, selv om

<sup>194</sup> Se nærmere Nielsen og Tvarnø (2017) og Klinge (2016).

<sup>195</sup> *Ajos/Rasmussen* premiss 26, jf. *Andersen* premiss 49. Sakene skilte seg fra hverandre ved at *Andersen*-saken dreide seg om en offentlig arbeidsgiver, mens *Ajos* er en privat bedrift. EU-domstolen anerkjente i *Andersen* at statenes skjønnsmargin innebar adgang til å innrette slike ordninger etter en avveining av interessene til ulike aldersgrupper (premiss 34–38).

<sup>196</sup> Pensjon fra den danske folketrygden, i motsetning til arbeidsgiverbetalte ordninger som i *Andersen* og *Ajos/Rasmussen*.

<sup>197</sup> C-515/13 *Tekniq*, premiss 30.

konsekvensene for den enkelte arbeidstaker er store: Domstolen vektla i *Rosenblatt* og den senere *Hörnfeldt* at arbeidstakeren hadde mulighet til å gå av med pensjon, men også kunne velge å søke seg til annet arbeid, slik at det at arbeidsgiver hadde adgang til å gå til oppsigelse, ikke innebar en «pensjoneringstvang».<sup>198</sup>

I begge saker hadde arbeidstaker mulighet til å motta pensjon eller andre sosiale ytelser, samt til å søke annet arbeid. Begge saker dreide seg om deltidsansatte med svært lav pensjonsopptjening, og aldersgrensen hadde ikke dokumentert effekt på sysselsettingen, slik at det kunne anføres med noen styrke at konsekvensene for den enkelte ble uforholdsmessige. Når det gjelder de overordnede rammene for arbeidsmarkedet, anerkjenner altså likevel EU-domstolen statenes og tariffpartenes adgang til å vektlegge arbeidsdelingen mellom generasjonene – så lenge ordningen er forutsigbar, og arbeidstakere ikke stenges ute fra arbeidsmarkedet.<sup>199</sup>

Nettopp manglende forutsigbarhet var sentralt da EU-domstolen i 2012 dømte Ungarn for traktatbrudd på grunn av etablering av en aldersgrense på 62 år for dommere og påtalejurister.<sup>200</sup> EU-domstolen vektlegger at aldersgrensen ble satt ned fra 70 til 62 år på bare seks måneders varsel, uten overgangsordninger. De berørte var ikke garantert full pensjon, og hadde ikke fått tid til å områ seg. Dette utgjorde et uproporsjonalt inngrep i de berørtes berettigede interesser, som ikke kunne forsvares med hensynet til en balansert aldersstruktur.<sup>201</sup>

### 3.3.3.7 Oppsummering

Forskjellsbehandling etter artikkel 6 (1) må begrunnes med et legitimt sosial- eller arbeidsmarkedspolitisk formål.<sup>202</sup> Staten har en forholdsvis bred skjønnsmargin til å fastsette hvilke slike hensyn som vektlegges nasjonalt, og kan ta økonomiske hensyn, så lenge dette ikke er den *eneste*

---

<sup>198</sup> *Rosenblatt* premiss 43–45, 48 og 73–75, og C-141/11 *Hörnfeldt*, premiss 39–40.

<sup>199</sup> At realiteten for en 67-åring som må slutte i jobben gjerne er at vedkommende faller utenfor arbeidsmarkedet, kommenterer ikke Domstolen nærmere.

<sup>200</sup> C-286/12 *Kommisjonen mot Ungarn*.

<sup>201</sup> *Kommisjonen mot Ungarn* premiss 66–74.

<sup>202</sup> Se Evju (2009) s. 4 for et kritisk blick på begrunnelser for aldersbestemt forskjellsbehandling i norsk rett.

begrunnelsen for tiltaket. For at et tiltak skal bestå proporsjonalitetstesten, er det avgjørende at det ikke griper lenger inn i enkeltarbeidstakeres interesser enn det som er nødvendig; begrensning i tilgangen til goder som jobbsikkerhet og økonomiske ytelser må underlegges en streng proporsjonalitetsvurdering.<sup>203</sup>

Det er likevel tillatt å foreta en avveining mellom interessene til ulike grupper arbeidstakere og til arbeidsgiver. Dersom adgangen til å ta ut pensjon avskjærer en person fra et (annet) gode, må avskjæring bare skje der arbeidstakeren faktisk skal ta ut pensjon, eller pensjonsytelsen arbeidstaker kan velge å ta ut ikke vil bli dårligere av tidlig uttak.<sup>204</sup> Tariffpartene må i alminnelighet forholde seg til de samme rammene som lovgiver i vurderingen av tiltak som innebærer forskjellsbehandling på grunn av alder.<sup>205</sup>

Også i norsk rett er det lagt til grunn at unntak fra diskrimineringsforbudet må underlegges en proporsjonalitetsvurdering. Departementet så ikke behov for å inn ta proporsjonalitetsprinsippet i arbeidsmiljøloven, selv om likestillingsloven inneholder en slik presisering. I lovforarbeidene er det lagt til grunn at forskjellsbehandling «for å være lovlig må stå i forhold til målet man ønsker å oppnå».<sup>206</sup> I rettspraksis har Høyesterett gjennomgående lagt EU-domstolens avgjørelser til grunn for forståelsen av grensdragningen også i norsk rett. Dette er tema nedenfor i kapittel 3.4.

### 3.3.4 Adgangen til positiv særbehandling

Direktivets artikkel 7 fastsetter at diskrimineringsforbudet ikke skal hindre særordninger for å «forebygge eller opveje ulemper» hos en omfat-

<sup>203</sup> Se spesielt *Mangold og Ajos/Rasmussen*.

<sup>204</sup> Se *Tekniq* kontra *Andersen og Ajos/Rasmussen*.

<sup>205</sup> *Hennigs og Mai* premiss 68.

<sup>206</sup> Ot.prp.nr.49 (2004–2005) pkt.15.3.8, s. 200. Kommentaren er knyttet til forbud mot diskriminering av midlertidig ansatte, men angår den generelle proporsjonalitetstesten. Se også likestillingsloven §§ 6 og 7, som angir et proporsjonalitetsprinsipp etter samme linjer som EU-retten. Se nærmere Harbo (2015) om proporsjonalitetsvurderinger i norsk rettspraksis og påvirkningen fra bl.a. EU-domstolen.

tet gruppe.<sup>207</sup> Tiltak innført spesielt med sikte på å oppnå direktivets målsetning, har nødvendigvis et «legitimt» mål.<sup>208</sup>

I norsk rett tillater arbeidsmiljøloven § 13-6 positiv særbehandling «som bidrar til å fremme likebehandling». I praksis holder en begrunnet forventning om at tiltaket vil bidra til reell likebehandling.<sup>209</sup> Bestemmelsens andre punktum fastsetter at særbehandlingen skal opphøre «når formålet [...] er oppnådd».<sup>210</sup> Bestemmelsen skal gi samme adgang til positiv særbehandling som direktivet. Forarbeidene legger til grunn at det dreier seg om en snever unntaksregel, fordi særbehandling «i praksis vil kunne medføre diskriminering av de øvrige gruppene som er beskyttet», og at tiltak til fordel for enkelte grupper bare bør kunne gjennomføres «der fordelene ved dette er større enn fordelene ved at alle behandles likt».<sup>211</sup> Adgangen til å innvilge særbehandling tilligger arbeidsgiver, i praksis også tariffpartene.<sup>212</sup>

Adgangen til positiv særbehandling belyser det situasjonsbetingede ved aldersdiskrimineringsforbudet, og det overordnede målet om reell likebehandling som begrunner forbudet: Positiv særbehandling tillates så lenge den er legitimt begrunnet, hensiktsmessig og nødvendig – og tiltaket ikke innebærer en uforholdsmessig forskjellsbehandling av øvrige arbeidstakere. I praksis angripes positiv særbehandling rettslig fordi

---

<sup>207</sup> Artikkel 7 (1).

<sup>208</sup> Annet ledd tillater forskjellsbehandling av mennesker med funksjonsnedsettelse (i direktivet kalt «handicappede») av hensyn til sikkerhet eller helse, eller for å fremme yrkesdeltakelse. Siden det å fremme sysselsetting generelt anses som et legitimt formål (se f.eks. *Mangold* premiss 59–63) må dette også kunne begrunne positiv forskjellsbehandling på grunn av alder etter første ledd.

<sup>209</sup> Forarbeidene legger til grunn at bestemmelsen skal forstås likt som tilsvarende bestemmelser i øvrig diskrimineringslovgivning. Tiltaket må ha «til hensikt å beskytte eller styrke posisjonen» til en gruppe arbeidstakere. Det indikerer en ganske mild norm for egnethetsvurderingen. Se Prop. 88 L (2012–2013) pkt. 4.4.4.

<sup>210</sup> Bestemmelsen viderefører den tidligere arbeidsmiljøloven § 54 E.

<sup>211</sup> Ot.prp.nr.49 (2004–2005) s. 328 (merknad til § 13-6).

<sup>212</sup> Det finnes en rekke tariffavtalte ordninger for positiv særbehandling. Til illustrasjon kan nevnes Hovedtariffavtalen i staten, som gir ansatte over 62 år rett til ekstra ferie med lønn, for å motivere til å stå lenger i arbeid (punkt 5.6.1.) Lærere over 60 år har redusert leseplikt (punkt 5.6.2.). Tilsvarende har lærere i kommunal og fylkeskommunal grunnskole redusert undervisningsplikt fra fylte 57 år, se særavtale mellom KS og Utdanningsforbundet punkt 6, «Livsfasetiltak».



den anføres å innebære diskriminering av andre enn de som tilgodeses ved den. Temaet i det følgende er grensen for den legitime positive særbehandlingen.

EU-domstolen har drøftet berettigelsen av positive særforanstaltninger opp mot kjønnsdiskrimineringsforbudet, og trukket veksler på disse drøftelsene i avgjørelser om aldersdiskriminering. *Lommers*-saken dreide seg om tilgangen til barnehageplasser reservert for kvinnelige departementsansatte i Nederland.<sup>213</sup> Lommers, en mannlig departementsansatt, mente reservasjonen diskriminerte menn. EU-domstolen fant at tiltaket var legitimt begrunnet fordi det var rettet mot å forebygge reell ulikhet, og bedre kvinners yrkesdeltakelse. Middelet ble også vurdert hensiktsmessig, ettersom barnepass gjør det lettere for kvinner å jobbe.

Like fullt uttaler Domstolen at tiltaket, for å oppfylle proporsjonalitetstesten, ikke kan utelukke menn som gruppe fullstendig – en slik utelukkelse går ut over den adgangen som finnes til positiv forskjellsbehandling, «idet det innebærer et overdrevent indgrep i den individuelle ret til likebehandling, der garanteres ved direktivet».<sup>214</sup> Kun dersom menn som var enslige forsørgere, og dermed befant seg i en sammenlignbar stilling som kvinner (*vel å merke også gifte kvinner, min ann.*), fikk tilgang til plassene, ville proporsjonalitetsprinsippet være overholdt.

Resonnementet er fulgt opp i *Mangold*, der Domstolen med henvisning til *Lommers* uttaler at «enhver undtagelse til en individuel rettighed i videst mulig omfang både skal tilgodese de krav, der følger av likebehandlingsprinsippet, og det tilsigtede mål».<sup>215</sup> Uttalelsene tydeliggjør at diskrimineringsforbudet skal vurderes etter samme norm uavhengig

<sup>213</sup> Sak C-476/99 *Lommers*. Det tidligere likebehandlingsdirektivet, 76/207/EØF, tillot «foranstaltninger til fremme af lige muligheder», særlig tiltak for å avhjelpe «faktiske uligheder». Den nederlandske likestillingsloven ga adgang til særbehandling av kvinner på dette grunnlaget. Ordlyden i direktiv 76/207/EØF artikkel 2 (4) anviser samme vurderingsnorm som i dag ligger i rammedirektivene om likebehandling, både med hensyn til alder, kjønn og andre diskrimineringsgrunnlag.

<sup>214</sup> *Lommers* Premiss 47–50. Sml. *Andersen* premiss 32 om direkte forskjellsbehandling på grunn av alder.

<sup>215</sup> Se *Mangold* premiss 65. I *Mangold* var forskjellsbehandlingen negativ, ved at alle over 52 år var fratatt retten til fast ansettelse.

av om forskjellsbehandlingen forfordeler eller tilgodeser en gruppe, og uavhengig av diskrimineringsgrunnlag.

En sak fra Klagenemnda for likestilling illustrerer at «listen» er lagt samme sted for positiv forskjellsbehandling i norsk rett som i EU.<sup>216</sup> Universitetet i Oslo prioriterte stipendiatler som var mødre foran stipendiatler som var fedre ved tildeling av barnehageplasser. Formålet var å fremme jevnere kjønnsfordeling i toppstillinger ved universitetet. Nemnda fant at positiv særbehandling for å rekruttere kvinner ikke kunne forsvares når det allerede var jevn kjønnsfordeling mellom stipendiatene. Ulempen for de mannlige stipendiatene var for stor til at særbehandlingen kunne anses proporsjonal. Avgjørelsen bygger på en proporsjonalitetsvurdering lik EU-retten, og ligger nær opp til linjene i *Lommers*.

Saker om positiv særbehandling på grunn av alder er så langt ikke behandlet i autoritativ norsk rettspraksis.<sup>217</sup> Etter likestillingsloven er det så langt jeg har funnet bare autoritativ rettspraksis om positiv forskjellsbehandling ved ansettelse.<sup>218</sup> Den mest kjente avgjørelsen med direkte betydning for adgangen til positiv særbehandling etter norsk rett, er EFTA-domstolens dom i *Postdok*.<sup>219</sup> Også her var Universitetet i Oslo innklaget, for å ha forbeholdt et antall postdok-stipender for kvinner. Formålet var å utjevne kjønnsbalansen i høyere stillinger på fagområder der kvinnelige vitenskapelig ansatte var underrepresentert i forhold til kvinneandelen blant studentene. Den norske regjeringen anførte at ettersom bare enkelte postdok-stillinger var forbeholdt kvinner, oppfylte

---

<sup>216</sup> Sak LKN-2004-10 *Universitetet i Oslo*. Om positiv særbehandling på grunn av alder foreligger en nemndsavgjørelse i LDN-2013-44 *X fylkeskommune*. Klager hadde benyttet seg av muligheten til positiv særbehandling («seniortid»), og fikk ikke medhold i at han også måtte kunne kreve fast overtid. Det er et annet typetilfelle, som gir lite til analysen av diskrimineringsforbudets to sider her.

<sup>217</sup> I hvert fall ikke som jeg har klart å bringe på det rene.

<sup>218</sup> En kjent nyere «kvoteringsdom», Rt-2014-402 *Admiral*, reiste spørsmål om særbehandling. Høyesterett tok ikke stilling til om vilkårene for positiv særbehandling ved ansettelsen av en kvinne var oppfylt, fordi Høyesterett mente kvinnen var vurdert som den best kvalifiserte søkeren, og at departementet dermed ikke hadde foretatt noen positiv særbehandling (se særlig premiss 91 og 95).

<sup>219</sup> Sak E-1/02 *ESA mot Norge*.

ordningen kravene i *Lommers*, siden mannlige søkere kunne tilsettes i alle øvrige stillinger.<sup>220</sup>

EFTA-domstolen viser til rettspraksis fra EU-domstolen, som gjennomgående har underkjent likestillingstiltak som gir det ene kjønn ubetinget fortrinnsrett til stillinger eller rettigheter, og lagt til grunn at det må finnes en «fleksibilitetsklausul» i ordninger som innebærer positiv særbehandling; de som ikke er i målgruppen må i hvert fall kunne bli vurdert, i tråd med kvalifikasjonsprinsippet.<sup>221</sup> EFTA-domstolen underkjente derfor ordningen.

Også i norsk rett er det lagt til grunn at samme standard for å vurdere holdbarheten av særbehandling skal legges til grunn mellom ulike diskrimineringsgrunnlag, slik at rettspraksis om forskjellsbehandling av kjønn vil gi veiledning for grensene for positiv særbehandling på grunn av alder.<sup>222</sup>

Oppsummeringsvis må det legges til grunn at adgangen til positiv særbehandling av en aldersgruppe strekker seg til det punktet hvor særbehandlingen innebærer en uproporsjonal forskjellsbehandling av andre grupper. Dette illustreres også av dommene i *Andersen og Ajos/Rasmussen*, der tiltak som var innført for å lette eldre arbeidstakerses situasjon, i realiteten innebar negativ forskjellsbehandling av en *annen* gruppe eldre arbeidstakere.<sup>223</sup>

### 3.3.5 Forbudets kjerne

Det EU-rettslige forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av alder har form av en standard for å vurdere berettigelsen av tiltak, negativt

<sup>220</sup> *ESA mot Norge* premiss 31–35.

<sup>221</sup> E-1/02 premiss 37–43, med henvisning spesielt til C-158/97 *Badeck*, der EU-domstolen fant en bestemmelse om at vitenskapelige stillinger skulle fylles med samme andel kvinner som andelen kvinner blant studentene, forenlig med direktivet, fordi den ikke satte et fast tak på rekruttering, men baserte utvelgelsen på et «kvantitativt faktum» om hvor mange kvalifiserte kandidater det ville være av hvert kjønn.

<sup>222</sup> Se Ot.prp.nr.104 (2002–2003) s. 43 (punkt 8.5.5) om utformingen av bestemmelsen om positiv særbehandling etter mønster av likestillingsloven.

<sup>223</sup> C-499/08 *Andersen* og C-441/14 *Ajos/Rasmussen*, som begge dreide seg om sluttvederlag til eldre arbeidstakere etter dansk rett.

avgrenset mot tillatt forskjellsbehandling i både positiv og negativ retning. Det er en videre adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder enn for andre diskrimineringsgrunnlag.<sup>224</sup> Forbudet rammer bestemmelser og praksis som ikke er tilstrekkelig begrunnet i legitime formål, langs tre akser:

Hensyn kan for det første tas til forhold ved *arbeidstaker*, så lenge slike forhold står i en sammenheng med alder som gjør det saklig å bruke alderen som et praktikabelt kriterium for å skille mellom arbeidstakere. Dette gjelder for forskjellsbehandling både i positiv og negativ retning. Videre kan forhold ved *arbeidet*, som sikkerhetskrav, begrunne nødvendig og hensiktsmessig forskjellsbehandling mellom aldersgrupper. Grensen går ved krav som ikke er tilstrekkelig begrunnet og dokumentert.

Til sist kan *samfunnshensyn* av ulike typer legitimere ulike typer tiltak som innebærer forskjellsbehandling på grunn av alder: Hensynet til stabil operativ funksjon i nødetatene, og dermed samfunnets trygghet, kan begrunne begrensninger i hvilke aldersgrupper som tilsettes. Tilsvarende kan klart dokumenterte krav arbeidstaker må fylle for å kunne utføre oppgaver som hører til en stilling, begrunne en praktikabel aldersgrense også i det sivile.<sup>225</sup>

Arbeidsmarkedshensyn, som hensynet til arbeidsdeling mellom generasjonene, kan begrunne både negativ og positiv forskjellsbehandling, som aldersgrenser for pliktmessig avgang i negativ retning, og ordninger som skal lette tilgangen til arbeidsmarkedet for utsatte grupper i positiv retning.<sup>226</sup> Det er adgang til å vektlegge sosialpolitiske hensyn og arbeidsmarkedshensyn både på samfunns- og bedriftsnivå. Arbeidsgiver, tariffpartene og lovgiver må forholde seg til samme grenser for

---

<sup>224</sup> Lehoczky argumenterer for at situasjonen for aldersdiskrimineringsforbudet nærmest er «reversert», at EU-domstolen synes å ta *utgangspunkt* i at diskriminering er legitimt. Se Lehoczky (2016) s. 410. Jeg er ikke nødvendigvis enig, men det er en tendens i den rettspraksis jeg har gjennomgått ovenfor at Domstolen legger tyngre vekt også på andre hensyn enn hensynet til arbeidstaker, enn det som synes å være tilfelle ved diskriminering på grunn av kjønn. Slik jeg ser det er det ikke unaturlig, gitt alders særtrekk som diskrimineringsgrunnlag. Se punkt 2.2.

<sup>225</sup> Se drøftelsen av artikkel 4 (1) ovenfor.

<sup>226</sup> Rammedirektivet artikkel 6 (1), se drøftelsen like ovenfor.

den tillatte forskjellsbehandlingen.<sup>227</sup> Proporsjonalitetsvurderingen er avgjørende – det er den uforholdsmessige forskjellsbehandlingen som rammes, uavhengig av om forskjellsbehandlingen består i å beskjære noens rettigheter eller positiv særbehandling.

### **3.4 Utviklingen av forbudet i norsk rett**

#### **3.4.1 Innledning**

I dette avsnittet er temaet utviklingen og fastleggningen av aldersdiskrimineringsforbudet i norsk rett. Jeg tar utgangspunkt i fire høyesterettsavgjørelser. Disse redegjør jeg for i neste punkt, før jeg oppsummerer og avslutningsvis drøfter noen trekk ved avgjørelsene samlet.

#### **3.4.2 Høyesteretts praksis om aldersdiskriminering: EU-retten som argument**

##### **3.4.2.1 Fire skritt mot EU-retten som rettesnor**

Etter innføringen av forbudet mot aldersdiskriminering i norsk rett, har Høyesterett i fire sentrale dommer avklart hvordan det norske forbudet skal fastlegges, i lys av direktivet. *Kystlink*-dommen fra 2010 dreide seg om en lovbestemt aldersgrense.<sup>228</sup> *Gjensidige*-dommen året etter dreier seg om adgangen til å fastsette en bedriftsintern aldersgrense,<sup>229</sup> mens *CHC*-dommen behandler en tariffavtalt aldersgrense.<sup>230</sup> *SAS*-dommen skiller seg tematisk litt ut, ved at temaet er aldersdiskriminering ved utvelgelse til

---

<sup>227</sup> Se f.eks. *Hennigs og Mai* premiss 63–68.

<sup>228</sup> Rt-2010-202.

<sup>229</sup> Rt-2011-964.

<sup>230</sup> Rt-2012-219.

oppsigelse ved nedbemanning.<sup>231</sup> Nedenfor vil jeg presentere avgjørelsene i den rekkefølge de falt, ettersom jeg synes det gir best oversikt.<sup>232</sup>

### 3.4.2.2 Rt-2010-202 Kystlink

Kystlink-saken dreide seg om tolkningen av sjømannslovens 62-årsgrense for opphør av stillingsvern etter innføring av aldersdiskrimineringsforbudet.<sup>233</sup> Sjømannsloven § 19 tillot oppsigelse av sjømenn over 62 år på grunn av alder, forutsatt at arbeidstaker hadde pensjonsrettigheter. Bestemmelsen ble opprettholdt da aldersdiskrimineringsforbudet ble innført.<sup>234</sup>

Saksøker ble ansatt i Nye Kystlink etter fylte 62 år. Han ble sagt opp som 64-åring, og tilbudt videre midlertidig ansettelse. Sjømannen påsto at oppsigelsen, og sjømannsloven § 19, var i strid med aldersdiskrimineringsforbudet. For Høyesterett var spørsmålet om innføringen av diskrimineringsforbudet i sjømannsloven medførte at 62-årsgrensen ikke kunne opprettholdes.

Selv om Stortinget sto fritt til å opprettholde 62-årsgrensen, konstaterer førstvoterende at lovgiver tilsynelatende «ikke bare har ønsket å implementere direktivets bestemmelser, men også har forutsatt at direktivet [...] uten reservasjoner skal legges til grunn ved tolking og

---

<sup>231</sup> Rt-2011-609 SAS. I tillegg til de fire nevnte dommene er det avsagt en dom, Rt-2012-424, om mulig forbigåelse av en 61 år gammel søker til stilling i Nav. Høyesterett fant at beslutningen om å ansette en annen kandidat helt ut berodde på behovet for annen kompetanse enn den 61-åringen hadde. Høyesterett legger til grunn at det etter etablert høyesterettspraksis er «på det rene at arbeidsmiljølovens regler skal tolkes og anvendes i tråd med rammedirektivet» (premiss 30), men dommen gir etter mitt syn liten veiledning for tolkningen av forbudet, og jeg vil ikke behandle denne nærmere.

<sup>232</sup> Dommene presenteres for å skissere utviklingen i norsk rett. Ambisjonen er ikke en detaljert analyse.

<sup>233</sup> Rt-2010-202 premiss 39. Sjømannslovens bestemmelse om at oppsigelse med «fratreden før fylte 62 år som alene skyldes at sjømannen har rett til pensjon» ikke ble ansett saklig, var i praksis tolket slik at oppsigelse av sjømenn over 62 år med full pensjonsopptjening ble vurdert saklig. Dette ble betegnet som en «aldersgrense», selv om bestemmelsen altså bare innebar at stillingsvernet opphørte.

<sup>234</sup> I forarbeidene uttales at «[p]å bakgrunn av yrkets art og de belastninger dette medfører, synes det naturlig at det opereres med en lavere aldersgrense. Det forhold at man oppnår rett til sjømannspensjon ved 60 år og derfor er økonomisk uavhengig taler for at grensen på 62 år ikke er i strid med direktivet» Se Ot.prp.nr.85 (2005–2006) s.13.

praktisering av lovens regler». <sup>235</sup> Førstvoterende uttaler at det er «noe uklart hva som egentlig har vært forutsetningen», men konkluderer med at domstolene «forutsettes å skulle henholde seg til direktivet» og «som utgangspunkt vurdere spørsmålet på selvstendig grunnlag på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EF-domstolen». <sup>236</sup> Førstvoterende legger derfor EU-domstolens praksis til grunn, og konstaterer at det gjelder en «vid skjønnsmargin», så lenge vernet mot aldersdiskriminering ikke blir «illusorisk». <sup>237</sup>

Sjømannslovens 62-årsgrense var i utgangspunktet begrunnet i å sikre ansattes og passasjerers helse, og skipets sikkerhet. Grensen var lav i internasjonal sammenheng i 2010, og førstvoterende var enig i at det «ut fra en forholdsmessighetsvurdering kan reises spørsmål om en særaldersgrense på 62 år for sjøfolk er forenlig» med direktivet, blant annet fordi forholdene i sjøfarten hadde endret seg. <sup>238</sup>

Førstvoterende viser til EU-domstolens praksis om at bare *sosialpolitiske* hensyn kan begrunne unntak etter artikkel 6 (1). <sup>239</sup> Han vurderer de sikkerhetshensyn som delvis begrunnet grensen, og konstaterer at «det kan ikke være tvil om at dette er hensyn som ligger innenfor det som etter direktivets artikkel 6 nr. 1 kan begrunne forskjellsbehandling i form av lavere aldersgrense for oppsigelsesvernet», og at det «i all hovedsak» må være opp til lovgiver å vurdere om slike hensyn er tilstrekkelig tungtveiende.

Etter *Wolf*-dommen, avsagt av EU-domstolen bare en måned før dommen i *Kystlink*, har sikkerhetshensyn som begrunnelse for aldersgrenser blitt vurdert etter direktivets artikkel 4 (1). Disse hensynene anses ikke sosialpolitiske, såfremt formålet er å sikre at ansatte fysisk og psykisk

<sup>235</sup> Premiss 51.

<sup>236</sup> Premiss 52–56. Se også Arnesen og Stenvik (2015) s. 29 om kravene til nasjonal fortolkning av EU-rettslige bestemmelser i medlemsstatene, som tilsvarer det førstvoterende legger til grunn.

<sup>237</sup> Premiss 63, med henvisning til C-144/04 *Mangold*, premiss 63, C-411/05 *Palacios de la Villa*, premiss 68, og C-388/07 *Age Concern*, premiss 51.

<sup>238</sup> Premiss 69–70.

<sup>239</sup> Premiss 67.

er i stand til å sikre trygghet i tjenestene.<sup>240</sup> Den videre forståelsen av hensyn til ansattes helse som førstvoterende legger til grunn, kan også ses slik at dette hensynet vurderes som en side av hensynet til en verdig avgang etter et krevende yrkesliv, som EU-domstolen har anerkjent.<sup>241</sup> Henvisningen er likevel ikke helt klar, og Høyesterett tar ikke uttrykkelig stilling til betydningen av artikkel 4 (1) for tolkningen av artikkel 6 (1).<sup>242</sup>

Førstvoterende mente den vide skjønnsmarginen etter EU-retten tilsa at lovgiver måtte vurdere de aktuelle kryssende hensyn, og at det at Norge ikke var folkerettslig forpliktet til direktivet tilsa «at det i tvilstilfelle [...] bør vises en særlig tilbakeholdenhet» med å tilsidesette lovgivers vurdering.<sup>243</sup> Førstvoterende (Tønder) og én øvrig dommer (Tjomsland) fant derfor at aldersgrensen var legitimt begrunnet, og at lovgivers bevisste valg om å opprettholde aldersgrensen var avgjørende.<sup>244</sup>

Bare én dommer (Bårdsen) mente innføringen av diskrimineringsvernet etter mønster av direktivet medførte at sjømannslovens aldersgrense måtte settes til side som diskriminerende. Dette begrunner han med at forholdene innen sjøfarten har endret seg, noe som illustreres av at saksøker selv ble ansatt etter fylte 62 år. Bårdsen fant at forskjellsbehandling som «ikke lenger er nødvendig eller forholdsmessig» ikke bør opprettholdes «under henvisning til fortidens behov».<sup>245</sup>

De to siste dommere (Flock og Stabel) sluttet seg til førstvoterende, men mente det ikke var holdepunkter for at lovgiver hadde ment at direktivet skulle «supplere» bestemmelsen i sjømannsloven, slik at den lovfestede aldersgrensen uansett kunne gjøres gjeldende.<sup>246</sup> Dersom diskrimineringsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven og sjømannsloven tjente til

---

<sup>240</sup> Dommen dreide seg om aldersgrenser begrunnet i krevende oppgaver i brannvesenet, og er nærmere omtalt i punkt 3.3.2. Avgjørelsen er fulgt opp for sivile stillinger i C-447/09 *Prigge*, som jeg kommer tilbake til under behandlingen av Rt-2012-219.

<sup>241</sup> Se f.eks. *Fuchs og Köhler*, premiss 41–44 og 50, omtalt ovenfor i 3.3.3.3.

<sup>242</sup> I denne sammenheng kan nok dette være en følge av at dom i *Prigge* ikke hadde falt, og betydningen av artikkel 4 (1) i sivile stillinger var uavklart.

<sup>243</sup> *Kystlink* premiss 70.

<sup>244</sup> Premiss 70.

<sup>245</sup> Premiss 87–88.

<sup>246</sup> Premiss 95.



gjennomføring av en EØS-rettslig forpliktelse, ville forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2 kommet til anvendelse nær sagt uavhengig av lovgivers valg om å opprettholde 62-årsgrensen. Mindretallets utgangspunkt ville da ikke vært holdbart; da måtte førstvoterendes tilnærming om at grensen var i overensstemmelse med direktivet vært lagt til grunn.<sup>247</sup>

Høyesterett lot i *Kystlink* lovgivers bevisste valg gå foran, selv om aldersgrensens begrunnelse fremsto uklar i 2010. At dommen består av tre vota med ulike begrunnelser, viser at retningslinjen fra lovgiver ble oppfattet som uklar, og også at viljen til å bygge på en slik forutsetning i forarbeidene ikke var helt unison. I senere praksis er likevel den metodiske tilnærmingen fra *Kystlink* opprettholdt.<sup>248</sup>

### 3.4.2.3 Rt-2011-609 SAS

I SAS-dommen fastslo Høyesterett enstemmig at det var saklig å avvike fra ansiennitetsprinsippet ved utvelgelse til nedbemanning av flygere.<sup>249</sup> Etter drøftelser med de store fagforeningene var det avtalt at piloter som hadde nådd pensjonsalder etter gjeldende tariffavtale, og hadde mulighet til å ta ut pensjon, skulle sies opp før øvrige piloter da SAS måtte nedbemanne.<sup>250</sup> Begrunnelsen var en interesseavveining; i et anstrengt marked var det antatt at yngre piloter som ble sagt opp, ville risikere å bli stående lenge uten jobb.<sup>251</sup> Pilotene over 60 år ville ha få år igjen i arbeid uansett, siden aldersgrensen for ervervsmessig flyging er 65 år.<sup>252</sup>

<sup>247</sup> Med mindre gjennomføringslovgivningen inneholdt en reservasjon. Her har derimot forarbeidene lagt til grunn at forbudet skal fastlegges i lys av direktivet.

<sup>248</sup> Det konkrete resultatet er ikke lenger gjeldende rett, da loven er endret. Se nedenfor i 3.4.3.

<sup>249</sup> Rt-2011-609. Dom avsagt i avdeling med fem dommere, som de øvrige tre dommene som omtales her.

<sup>250</sup> Her, som ellers, er det forskjell på å ha nådd pensjonsalder etter tariffavtalen og å ha mulighet til å gå av med pensjon. Det varierte hvor høy opptjening SAS-pilotene hadde, men for alle var det lagt til grunn at de hadde reell mulighet til å pensjonere seg (se premiss 97).

<sup>251</sup> Rt-2011-609 premiss 10.

<sup>252</sup> SAS hadde en aldersgrense på 60 år til 2005, da denne ble hevet etter endring av den dagjeldende forordningen. Se dommens premiss 4–5, og forordning (EU) nr. 1178/2011, inntatt i norsk rett i forskrift om sertifisering av besetningsmedlemmer.

Ti piloter reiste sak med krav om at oppsigelsene av dem ble kjent ugyldige, fordi avtalen mellom tariffpartene om å fravike ansiennitetsprinsippet innebar ulovlig aldersdiskriminering.

Førstvoterende uttaler at det «i forhold til direktivet ikke kan foretas en ren interesseavveining» mellom ulike grupper, men at vurderingen «nødvendigvis [må] bli preget av hva som er alternativet til å si opp de pilotene som har nådd pensjonsalder». Førstvoterende presiserer at spørsmålet ikke er om løsningen var ideell, men om den var *forholdsmessig*.<sup>253</sup>

Førstvoterende finner at EU-domstolens dom i *Rosenblatt* og norsk høyesterettspraksis innebærer at det må tillegges en viss vekt at løsningen var tariffavtalt, og at dette tilsier større tilbakeholdenhet i prøvingen.<sup>254</sup> I proporsjonalitetsvurderingen legger Høyesterett avgjørende vekt på at kriteriet var knyttet til det objektive forholdet at de oppsagte pilotene var berettiget til høye pensjonsutbetalinger, og også kunne ta annet arbeid uten å få avkortet pensjonen. Utvelgelsen var dermed ikke utelukkende knyttet til alder.

De yngre pilotene ville, hvis de ble stående uten arbeid, kunne ha vanskeligheter med å opprettholde flysertifikatet, slik at de yrkesmessige og økonomiske konsekvensene for dem kunne bli store.<sup>255</sup> I den situasjonen fant ikke Høyesterett at de eldre pilotenes interesse, også ut over det rent økonomiske, av å stå i jobb kunne slå gjennom.<sup>256</sup> Utvelgelsen ble derfor kjent lovlig.

Forholdsmessighetsvurderingen i SAS-dommen utgjør i praksis en interesseavveining mellom arbeidstakergrupper. Høyesterett knytter imidlertid denne tett opp til EU-domstolens vurdering i avgjørelser av til dels ganske forskjellige saksforhold, og prøver forholdsmessigheten konkret med støtte i disse. Begrunnelsen støttes ikke direkte på tariff-

---

<sup>253</sup> Premiss 90–91, med henvisning til *Andersen* premiss 35.

<sup>254</sup> Se premiss 93, med henvisning til C-45/09 *Rosenblatt* og Rt-2001-71 *Rasmussen Offshore*, der Høyesterett uttaler at domstolene bør vise «stor tilbakeholdenhet» med å sette tariffavtaler til side. Det er ikke sikkert at dette fullt ut ville opprettholdes etter dommen i *Hennigs og Mai*, men denne var ikke falt da Høyesterett avsa dom i SAS.

<sup>255</sup> Premiss 94–100.

<sup>256</sup> Premiss 99.

partenes utstrakte avtalefrihet, selv om dette kunne vært gjort med støtte i rettspraksis både fra Høyesterett og EU-domstolen.<sup>257</sup>

#### 3.4.2.4 Rt-2011-964 Gjensidige

Gjensidige Forsikring hadde i mange år konsekvent praktisert en øvre aldersgrense på 67 år for sine ansatte. I 2009 anla en nær 67 år gammel kunderådgiver, som hadde fått varsel om at arbeidsforholdet ville opphøre ved hennes 67-årsdag, søksmål med påstand om at avslutningen av arbeidsforholdet var ugyldig og krav om erstatning for aldersdiskriminering.<sup>258</sup>

Førstvoterende, som representant for en enstemmig Høyesterett, tok utgangspunkt i at Gjensidiges bedriftsinterne aldersgrense, som var ensidig fastsatt av arbeidsgiver, fylte de tradisjonelle vilkårene for aldersgrenser som har blitt ansett gyldige i norsk rett: Grensen ble praktisert konsekvent, var gjort kjent for de ansatte gjennom personalhåndboken, og den var forbundet med en tjenstepensjonsordning.<sup>259</sup> Spørsmålet for Høyesterett var dermed om innføringen av aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven etter mønster av direktivet medførte at aldersgrensen måtte anses ugyldig.

Førstvoterende tar utgangspunkt i arbeidsmiljøloven § 15-13a, som på domstidspunktet fastsatte at lavere aldersgrenser enn 70 år kunne «følge av annet grunnlag» der den var «saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig inngripende».<sup>260</sup> Førstvoterende viser til forutsetningen i

<sup>257</sup> I Rt-2001-71 uttales på s. 82 at «det må åpenbart være slik at domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet». Førstvoterende i SAS viste både til denne og uttalelsene i *Rosenbladt* om slike avtalers økte legitimitet (premiss 93).

<sup>258</sup> Rt-2011-964 *Gjensidige*. Arbeidsmiljøloven § 15-13a ga tidligere adgang til å fastsette lavere bedriftsinterne aldersgrenser enn 70 år dersom grensen var saklig begrunnet. Fra 1. juli 2015 kan det ikke lenger avtales aldersgrenser lavere enn 70 år, med mindre grensen er påkrevd av hensyn til helse eller sikkerhet. Se §15-13a (3), sml. § 15-13a (2).

<sup>259</sup> Premiss 34. Vilråene er utviklet i rettspraksis fra 60-årene, se nærmere Prop. 48 L (2014–2015) pkt. 4.3.1.

<sup>260</sup> Premiss 41.

Arbeidslivslovutvalgets mandat om at «Norge skal ha et vern på dette området som minst er på høyde med EU».<sup>261</sup> Førstvoterende påpeker så:

«Forutsetningen om at Norge skal ha et vern minst på høyde med EU, er ikke senere uttrykkelig gjentatt i forbindelse med de etterfølgende lovendringene, men det er heller ikke tatt avstand fra den. Jeg legger til grunn at arbeidsmiljølovens bestemmelser om aldersdiskriminering må tolkes slik at de blir forenlige med Rådsdirektivet. Dette er også fremholdt i Rt-2010-202 - Kystlink-dommen.»<sup>262</sup>

Videre legger han til grunn at «det ikke har vært meningen at de norske reglene skal stille strengere krav enn Rådsdirektivet», og utleder 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>263</sup>

Slik jeg leser dette bekrefter og utfyller dommen *Kystlink* på to måter; for det første ved å anlegge en snever tilnærming til målsetningen om et ledende diskrimineringsvern i europeisk sammenheng, ved at det legges til grunn at reglene ikke skal være «strengere» enn direktivets. For det andre ved at skjønnsmarginen tilsynelatende tillegges større betydning enn i *Kystlink*, ved at ikke bare forskjellsbehandling lovgiver aktivt har innført, men også den som har blitt «akseptert», antas å være lovlig.

Førstvoterende henviser til skjønnsmarginen og de tillatte formål EU-domstolen presiserte i *Age Concern* og *Rosenbladt*, og vektlegger at lovgiver ikke klart har endret holdningen til bedriftsinterne 67-årsgrenser. I forarbeidene var det presisert at aldersgrenser på 67 år måtte prøves konkret mot de nye diskrimineringsreglene. Førstvoterende leser disse forarbeidene slik at «lovgiver ønsker at praksis skal videreføres såfremt den er forenlig med Rådsdirektivet. Dersom myndighetene hadde hatt et

---

<sup>261</sup> Premiss 43, med henvisning til oppdragsbrev til utvalget fra september 2002.

<sup>262</sup> Premiss 44.

<sup>263</sup> Premiss 48–49. Problemstillingen oppstilles på nytt i premiss 54, der presisert med at myndighetenes aksept i tilfelle må være «objektivt og rimelig begrunnet i legitime formål».

annet syn, er det grunn til å tro at det ville ha kommet klart til uttrykk»,<sup>264</sup> Videre presiserer han at det har vært «konsensus om ordningen mellom partene i arbeidslivet».<sup>265</sup>

Gjensidiges aldersgrense var ikke etablert i tariffavtale, men førstvoterende viser til at EU-domstolen i *Rosenblatt* aksepterte allmenngjøring av tariffavtaler, og mener ut fra dette at Domstolens vurdering i den saken har «betydelig overføringsverdi».<sup>266</sup> Arbeidsgivers adgang til ensidig å fastsette aldersgrenser skiller seg etter mitt syn klart fra de hensyn som begrunner å tillegge tariffavtaler en særlig vekt; dette spesielt på grunn av organisasjonsfrihetens særlige posisjon i internasjonal arbeidsrett, som også kommer til uttrykk i Charteret og EMK.<sup>267</sup>

Med hensyn til at lovgivers aksept av slike ordninger har vært basert på hensynet til arbeidsdeling mellom generasjonene, at aldersgrenser knyttet til en pensjonsordning imøtekommer et «ønske hos mange ansatte om å gå av ved fylte 67 år», samt at den skaper forutberegnelighet, mener likevel førstvoterende at saken er såpass parallell til *Rosenblatt* at slike grenser må aksepteres som objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål.<sup>268</sup>

Også proporsjonalitetsvurderingen forankrer førstvoterende i *Rosenblatt*. Med avgjørende vekt på at grensen var høy i europeisk sammenheng, og at den var kombinert med en «meget god tjenestepensjon», ble aldersgrensen funnet forenlig med direktivets artikkel 6 (1) og arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd.<sup>269</sup>

---

<sup>264</sup> Premiss 55–56.

<sup>265</sup> Førstvoterende viser til at LO og Unio ønsket å beholde adgangen til lavere aldersgrenser (premiss 58).

<sup>266</sup> Premiss 63, med henvisning til *Rosenblatt* premiss 79–80.

<sup>267</sup> Se nærmere om Charteret artikkel 28 og tilknytningen til EMK artikkel 11, Peers m.fl. (2014) s. 774–794. Om organisasjonsfriheten i norsk rett og forholdet til internasjonale konvensjoner, EØS-retten og EMK, se Hotvedt (2017), særlig pkt. 3 og 5.4, som drøfter Høyesteretts dom i HR-2016-2554-P *Holship*.

<sup>268</sup> Premiss 60–64.

<sup>269</sup> Premiss 65–67.

### 3.4.2.5 Rt-2012-219 CHC Helikopter Service

*CHC*-saken dreide seg om tariffavtalt aldersgrense i *CHC Helikopter Service*.<sup>270</sup> Ti piloter ville fortsette å jobbe etter fylte 60 år, men fagforeningen motsatte seg endring av tariffavtalen, som *CHC* dermed opprettholdt. Pilotene fratradte etter hvert som de nådde aldersgrensen, i perioden 2008–2011.

Et halvt år etter *Kystlink*-dommen, i 2010, ble ankeforhandlingen i *CHC* utsatt av forberedende dommer. Foranledningen var at saksøkerne ba om utsettelse i påvente av at EU-domstolen skulle avsi dom i *Prigge*-saken.<sup>271</sup> Det var ikke kjent når dom ville falle eller på hvilket grunnlag saken ville bli avgjort, men begge saker dreide seg om tariffavtalte 60-årsgrenser for flygere.<sup>272</sup>

Forberedende dommer konstaterer i utsettelseskjennelsen at rammedirektivet er «implementert» som norsk lovgivning, og legger til grunn at «arbeidsmiljølovens diskrimineringsbestemmelser skal tolkes og anvendes i samsvar med direktivets og EF-domstolens praksis», med henvisning til *Kystlink*.<sup>273</sup> Forberedende dommer valgte derfor å stanse saken tett opp til tidspunktet for ankeforhandlingen, i påvente av avgjørelsen fra EU-domstolen.<sup>274</sup>

Da *CHC*-saken ble tatt opp til behandling i 2012, året etter avgjørelsen i *Prigge*, fulgte Høyesterett den metodiske tilnærmingen fra *Kystlink* om å «vurdere spørsmålet på selvstendig grunnlag på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EF-domstolen».<sup>275</sup> Førstvoterende fastslår, på bakgrunn av forhistorien for

---

<sup>270</sup> Rt-2012-219.

<sup>271</sup> *Prigge*-saken er omtalt nærmere ovenfor i punkt 3.3.2 og 3.3.3.

<sup>272</sup> Rt-2010-944 *CHC* (kjennelse).

<sup>273</sup> Rt-2010-944 *CHC* med henvisning til Rt-2010-202 *Kystlink*.

<sup>274</sup> Etter forberedende dommers syn hadde saksøkerne, som ba om stansing, størst interesse i en rask avgjørelse. Saksøkte og partshjelperne motsatte seg stansing, bl.a. med henvisning til at EU-domstolens avgjørelse ikke ville binde norske domstoler. Forberedende dommer drøfter ikke rettskildeværdien nærmere i kjennelsen.

<sup>275</sup> Rt-2010-202 *Kystlink*, premiss 56.

implementering av aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven, at dommen i *Prigge* står «særlig sentralt» for avgjørelsen.<sup>276</sup>

Førstvoterende konstaterer at det «følger direkte av *Prigge*-dommen at tariffavtalens 60-årsgrense ikke kan begrunnes med hensynet til luftfartssikkerheten».<sup>277</sup> Hun anlegger en streng tilnærming, og konkluderer med at bevisførselen ikke har dokumentert en «målbar og avgjørende større risiko» for ulykker når én av to helikopterflygere er over 60 år. Hun legger til grunn at så lenge den offentligrettslige reguleringen tillater flyging til fylte 65, er en 60-årsgrense «uforholdsmessig inngripende» også for helikopterflygere, uavhengig av om arbeidet i CHC var mer belastende enn i Lufthansa.<sup>278</sup> Høyesterett overfører altså resultatet fra *Prigge* mer eller mindre direkte for vurderingen av om grensen kan begrunnes med «erhvervsmessige» krav.<sup>279</sup>

EU-domstolen tok i *Prigge* ikke stilling til om andre hensyn enn sikkerhet bak en aldersgrense på 60 år kunne legitimere unntak fra aldersdiskrimineringsforbudet.<sup>280</sup> EU-domstolens begrensning av vurderingen kan nok være en følge av at den foreleggende domstol bare hadde stilt spørsmål om sikkerhetshensynet, også i tilknytning til direktivets artikkel 6 – eventuelle sosiale hensyn tariffpartene hadde vektlagt i Lufthansa var ikke vektlagt i forespørselen.<sup>281</sup>

Aldersgrensen som var utfordret i *CHC* hadde en bredere begrunnelse enn sikkerhetshensyn.<sup>282</sup> Førstvoterende presiserer at disse må vurderes selvstendig som begrunnelse for forskjellsbehandling etter norsk rett.<sup>283</sup>

Førstvoterende viser til at 60-årsgrensen var begrunnet i et ønske fra arbeidstakernes fagforening, fordi de fleste flygerne så seg tjent med

<sup>276</sup> Rt-2012-219 premiss 47.

<sup>277</sup> Premiss 55.

<sup>278</sup> Premiss 55–56.

<sup>279</sup> Direktivets artikkel 4 (1), speilet i arbeidsmiljøloven § 13-3 (1).

<sup>280</sup> Se over i kapittel 3.3.2.4 om generaladvokatens forslag og EU-domstolens unnlattelse av å vurdere tariffautonomien som et selvstendig arbeidsmarkeds- eller sosialpolitisk mål.

<sup>281</sup> Se over i punkt 3.3.2 og 3.3.3 om skillet mellom grunnlagene.

<sup>282</sup> Den bredere begrunnelsen og Høyesteretts vurdering behandles litt nærmere i 4.3.3 og 4.3.4.

<sup>283</sup> Rt-2012-219 premiss 58, med henvisning til generaladvokatens forslag i *Prigge*.

den. Selskapet hadde vært villig til å heve grensen, men hadde respektert fagforeningens ønske, og vist til at dette blant annet var begrunnet i hensynet til en verdig avgang. Fagforeningene ville opprettholde aldersgrensen fordi risikoaspektet ved arbeidet, og beredskapsfunksjonen, gjør at flygere i CHC er utsatt for store belastninger. Dersom de sprekeste flygerne skulle få fortsette i jobb etter fylte 60 år, fryktet man at det ville sette pensjonsordningen som ga adgang til å gå av ved fylte 58 år, under press. Videre var det vist til hensynet til arbeidsdeling mellom generasjonene, og at yngre flygere fikk opprykk når eldre gikk av.<sup>284</sup>

Selv om førstvoterende finner støtte i *Rosenblatt* og *Fuchs* og *Köhler* for at slike formål kan være saklige, konkluderer hun med at det ikke er nødvendig å ta stilling til om de påberopte formålene er saklige, fordi forholdsmessighetskravet «uansett ikke er oppfylt».<sup>285</sup> Oppfordringen generaladvokaten i *Prigge* ga EU-domstolen, om å etterlate et spillerom for tariffpartene, ser hun heller ikke behov for noen «nærmere analyse» av.<sup>286</sup>

Førstvoterende viser til aldersgrensene som ble akseptert i *Fuchs* og *Köhler* og *Rosenblatt*, og konstaterer at 60-årsgrensen er langt lavere. Hun påpeker at førstvoterende i *Kystlink* uttrykte tvil om 62-årsgrensen, og la vesentlig vekt på lovgivers bevisste valg. I CHC-saken fantes ikke noe tilsvarende bevisst lovgivervalg. Selv om pensjonsordningen var god, og pilotene hadde fri adgang til å ta seg annet arbeid uten avkortning i pensjonen, påpeker førstvoterende at «sosiale behov, behov for å bruke sine ferdigheter og [...] gjøre nytte for seg» også gjør seg gjeldende.<sup>287</sup>

Piloter i CHC må uansett gjennomgå jevnlike tester, og gå av dersom de ikke lenger fyller sikkerhetskravene. Siden dette er en «regulær del av yrket», mener Høyesterett at hensynet til en verdig avgang ikke kan begrunne aldersgrensen som en nødvendig eller forholdsmessig forskjellsbehandling.<sup>288</sup> Videre fastslår førstvoterende at det ville bli «lite igjen av forbudet mot aldersdiskriminering» hvis hensynet til at yngre

---

<sup>284</sup> Premiss 63.

<sup>285</sup> Premiss 66–67.

<sup>286</sup> Premiss 65.

<sup>287</sup> Premiss 69–70.

<sup>288</sup> Premiss 71.



flygere skulle få opprykk skulle veie tungt, fordi dette hensynet «ville kunne påberopes av enhver arbeidsgiver».<sup>289</sup>

Avslutningsvis bemerker førstvoterende at det ikke er slik «direkte sammenheng» med pensjonsordningen at denne kan gjøre aldersgrensen forholdsmessig. Pensjonsordningen ville bli vanskelig å opprettholde uten aldersgrensen, men førstvoterende fastslår at dette er en «indirekte mulig konsekvens» som ikke kan gjøre det nødvendig eller forholdsmessig å nekte piloter over 60 år å fly, så lenge lovens «utgangspunkt» er et forbud mot aldersdiskriminering.<sup>290</sup>

### 3.4.3 Oppsummering: Fra reservasjon til resepsjon

Etter et forbeholdent utgangspunkt i *Kystlink*, der den metodiske «retningslinjen» ble fastlagt, beveget Høyesterett seg forholdsvis raskt til aktiv resepsjonsvilje i *CHC I*.<sup>291</sup> Vektleggingen av *Prigge*-dommen skjedde uten den type reservasjoner som lå i uttalelsen i *Gjensidige* om at de norske reglene ikke skulle være strengere enn direktivet. I alle dommene etter *Kystlink* har en enstemmig Høyesterett tillagt direktivreglene avgjørende betydning. I dag er det avklart at rammedirektivet må danne utgangspunkt for tolkningen av arbeidsmiljøloven kapittel 13.<sup>292</sup>

### 3.4.4 Diskusjon av Høyesteretts tilnærming

Fredriksen påpeker at avgjørelsen om utsettelse av hovedforhandlingen i *CHC*-saken står i et problematisk forhold til kravet til rettergang innen rimelig tid etter EMK artikkel 6, all den tid det synes å «åpne uante muligheter for en part som søker å trenere behandlingen av en sak i norske domstoler» når et tredjeland, som Norge i denne sammenheng

<sup>289</sup> Premiss 72.

<sup>290</sup> Premiss 73.

<sup>291</sup> Se i samme retning Strand (2012) s. 183–188, som kort gjennomgår utviklingen fra *Kystlink* til *CHC I*, og peker på noen av de samme momentene jeg diskuterer her.

<sup>292</sup> Jf. Rt-2012-219 *CHC I*, premiss 46, jf. Rt-2010-202 *Kystlink*, premiss 46–56, Rt-2011-609 *SAS*, premiss 72.

er, avventer et tolkningsresultat om et regelverk lovgiver har latt seg inspirere av, uten å være forpliktet til.<sup>293</sup>

Det er ikke, verken i *Kystlink* eller i forarbeidene, lagt til grunn at norske domstoler skal avvente fremtidig praksis fra EU-domstolen. Tvistelovens bestemmelser må, som Fredriksen også påpeker, forstås slik at de i utgangspunktet tar sikte på den situasjonen at en lavere domstol utsetter behandlingen av en sak der det er ventet avklaring i Høyesterett.<sup>294</sup> Det er praktisk at Høyesterett kan benytte adgangen til å avvente relevant avklaring fra internasjonale domstoler. Jeg er likevel enig med Fredriksen i at dette står i en prinsipielt annen stilling når spørsmålene som skal behandles i norsk rett er knyttet til et regelverk som bare er inspirert av EU-retten, og ikke gjennomført innenfor rammen av EØS-samarbeidet.

Høyesterett har valgt en resepsjonsvillig tilnærming til EU-domstolens avgjørelser på dette området. Det kan ses som en vektlegging av det politiske ønsket om å tilpasse norsk rett til EU-retten. På den annen side er den uttrykte ambisjonen i forarbeidene at diskrimineringsvernet skal ligge «minst på høyde» med EU. Skal dette tas på ordet, må det forventes at domstolene er aktive også i å fastlegge det norske forbudet på selvstendig grunnlag, selv om EU-domstolens avgjørelser utgjør en relevant rettskilde. Jeg mener utviklingen har vist at Høyesterett holder igjen og unngår en ekspansiv fortolkning av forbudet. *Kystlink* og *Gjensidige* illustrerer dette.

Stilt overfor en lovgivervilje om å beholde en «aldersgrense» på 62 år, vek Høyesterett i *Kystlink* tilbake for å drive tilpasningen til EU-retten aktivt fremover. Flertallet holdt fast ved «arbeidsdelingen» mellom domstolene og lovgiver, selv om dommer Bårdens dissens viser at det var mulig å finne dekning i forarbeidene for å underkjenne sjømannslovens stillingsvernregel som aldersdiskriminerende allerede den gang, i lys av utviklingen i EU-retten. At sjømannsloven etter dette ble erstattet av skipsarbeidsloven, og aldersgrensen for opphør av stillingsvern hevet for å tilpasse den nye loven til EU-retten, ga et signal om at lovgiver står

---

<sup>293</sup> Fredriksen (2010a) s. 505–506.

<sup>294</sup> Ibid.

ved målsetningen om et diskrimineringsvern som kan måle seg med det EU-rettslige.<sup>295</sup>

Noen prinsipiell diskusjon om hvordan domstolene fremover skulle forholde seg til EU-retten på dette området kom likevel ikke ved innføringen av skipsarbeidsloven. Det er dermed fortsatt opp til domstolene å følge retningslinjen fra *Kystlink* om å ta selvstendig stilling til spørsmål om aldersdiskriminering på bakgrunn av de relevante rettskilder, herunder EU-domstolens praksis.

Høyesterett valgte også i *Gjensidige* en snever tilnærming til proporsjonalitetsvurderingen, og går for eksempel ikke inn på konkrete forhold knyttet til den enkeltes økonomi, eller realiteten i hvorvidt grensen ble praktisert konsekvent og var gjort kjent blant de ansatte.<sup>296</sup> EU-domstolens dom i *Hörnfeldt*, året etter *Gjensidige*-dommen, klarla at EU-domstolen aksepterer nasjonale reguleringer om opphør av stillingsvern ved fylte 67 år. Aldersgrensen Høyesterett tok stilling til, såfremt den var knyttet til alminnelig pensjonsalder, ville nok på denne bakgrunn fortsatt kunne antas å passere «EU-testen».<sup>297</sup>

Jeg mener likevel det er et poeng at *Gjensidige* handlet om en ensidig fastsatt aldersgrense. Slike aldersgrenser har ikke den samme forankringen i overordnede hensyn som begrunnelsen for lovgivers vide adgang til å sette «rammene» for arbeidslivet, og den friheten partene i arbeidslivet er tillagt. Også etter *Gjensidige* kom et lovinitiativ, og adgangen til å fastsette bedriftsinterne grenser er i dag snevret inn, slik at det ikke kan avtales lavere grenser enn 70 år uten at dette er begrunnet i sikkerhetskrav. Et slikt krav kan ikke utledes direkte av EU-retten, og det må ses som et signal om at lovgiver fortsatt er innstilt på å føre en progressiv

---

<sup>295</sup> Skipsarbeidsloven trådte i kraft 20.08.13. Se NOU 2012:18 s. 161–163 for en drøftelse av forholdet til EU-retten, der utvalget går inn for å heve aldersgrensen til 70 år. Forslaget ble fulgt, se Prop. 115 L (2012–2013) s. 205–206 og skipsarbeidsloven § 5-12. Staten bestred for øvrig at *Kystlink*-dommen hadde betydning for endringen da erstatningskravet etter *Kystlink* sto for lagmannsretten, se LB-2014-177018.

<sup>296</sup> Det var anført at aldersgrensen ville medføre et økonomisk tap for arbeidstaker, og at konsekvensen for arbeidsgiver ved å la et lite antall 67-åringere fortsette, ville være marginal. Se Rt-2011-964 avsnitt 19–22.

<sup>297</sup> Se om *Hörnfeldt* i punkt 3.3.3.6.

ikke-diskrimineringspolitikk i europeisk sammenheng – eller i hvert fall støtte opp om pensjonsreformen ved å stimulere til lengre yrkesliv.<sup>298</sup>

*Prigge*-dommen og etterspillet etter den illustrerer en utfordring ved å fastlegge aldersdiskrimineringsforbudets rekkevidde i norsk rett: EU-domstolen tar som hovedregel bare stilling til spørsmålene den er stilt. Norske domstoler kan ikke sende spørsmål til EU-domstolen vedrørende et hensyn som er påberopt som grunnlag for å gjøre unntak etter norsk rett.<sup>299</sup> Norske domstoler forholder seg i saker om aldersdiskriminering til det som oppfattes som retningslinjer fra EU-domstolen, men disse uttømmer ikke alltid alle aktuelle problemstillinger.

Dette illustreres etter mitt syn godt av utviklingen i rettspraksis fra *Kystlink* til *CHC I*: I det første tilfellet vektla Høyesterett en klar lovgiveroppfatning tyngre enn en ennå ikke helt avklart EU-regel. Da EU-domstolen fant at en aldersgrense på 60 år ikke kunne opprettholdes for flygere i tyske Lufthansa, fant Høyesterett ikke å kunne opprettholde en 60-årsgrense for helikopterflygere i Nordsjøen.<sup>300</sup> Den fastsatte aldersgrensen samsvarte, men det var forskjeller i sakenes faktum, både med hensyn til arbeidet pilotene utførte og den påberopte begrunnelsen for tariffavtalen.

Det bredere grunnlaget som var påberopt for aldersgrensen i *CHC* kunne etter mitt syn gitt rom for en tyngre vektlegging av hensynet til tariffautonomien, og en tydeligere vurdering av aldersgrensen også etter direktivets artikkel 6 (1), som EU-domstolen ikke tok stilling til i *Prigge*. Som generaladvokaten i forslaget til avgjørelse i *Prigge* påpekte, fastset-

---

<sup>298</sup> Se aml § 15-13a (3), og Prop. 48 L (2014–2015) s. 49–55. Departementet bygger på at EU-retten åpner for aldersgrenser i hvert fall ned til 67 år, men begrunner en nedre grense på 70 år med at man vil «støtte opp» om den nye 72-årsgrensen for opphør av stillingsvernet. Fra 1. juli 2015 opphører stillingsvernet etter arbeidsmiljøloven først ved fylte 72 år, jf. aml. § 15-13a (1). For offentlige tjenestemenn gjelder en alminnelig aldersgrense på 70 år, som er knyttet til medlemskap i Statens pensjonskasse. I motsetning til arbeidsmiljølovens 72-årsgrense, fastsetter LOV-1956-12-21-1 om aldersgrenser § 2 (1), jf. § 1 en aldersgrense.

<sup>299</sup> EU-domstolen har ikke kompetanse til å besvare et slikt spørsmål, jf. TEUV artikkel 259, sml. EØS artikkel 108 om EFTA-domstolens kompetanse til fortolkning av EØS-avtalen.

<sup>300</sup> C-447/09 *Prigge* og Rt-2012-219 *CHC I*.

ter direktivet selv at kollektive overenskomster har en viktig funksjon i gjennomføringen av direktivet i EUs medlemsstater.<sup>301</sup> Uttalelsene i SAS-dommen ga også en åpning for særskilt vektlegging av tariffautonomien på dette området, og særlig forholdet til en god pensjonsordning ga oppfordring til en mer inngående vurdering. Likevel valgte Høyesterett en streng fortolkning.<sup>302</sup>

En vurdering av totaliteten i arbeidssituasjoner kan slå ulikt ut avhengig av lokale forhold og konkrete elementer i arbeidssituasjonen. Dette illustreres i dag av de ulike avveiningene EU-domstolen gjorde i *Vítal Perez* og *Sorondo* – som begge vel å merke er avsagt etter Høyesteretts dom i *CHC*.<sup>303</sup> Begge saker dreide seg om aldersgrenser for rekruttering, og var knyttet til direktivets artikkel 4 (1), men et tungtveiende moment i begge saker var belastende arbeidsoppgaver. Etter direktivets artikkel 6 (1), og tilsvarende arbeidsmiljøloven § 13-3, kan hensynet til en verdig avgang fra et belastende yrkesliv inngå i en vurdering av en aldersgrenses legitimitet og proporsjonalitet.

Slik jeg ser det åpner disse dommene for at resultatet ikke nødvendigvis er gitt i en fremtidig sak om aldersgrenser i krevende yrker. Høyesterett har lagt til grunn at spørsmålet må vurderes som om det var stilt EU-domstolen, og følger EU-domstolens metodiske fremgangsmåte, tilsynelatende med økende resepsjonsvilje.<sup>304</sup> Arbeidsmiljøloven har i dag en «sikkerhetsventil» for lavere aldersgrenser enn 70 år for fratreden, som overlater til arbeidstakers skjønn å fastsette en «nødvendig» grense, av hensyn til arbeidstakers helse eller omgivelsenes sikkerhet. Det konkrete skjønnnet som må utvises, åpner for nye tvister om slike aldersgrenser.<sup>305</sup>

<sup>301</sup> Direktivets art. 18 og fortalens betraktning 36. Forslag til avgjørelse i *Prigge* avsnitt 79.

<sup>302</sup> Se også Roseth og Kvalvik (2012) s. 161–165, som vurderer Høyesteretts forholdsmessighetsvurdering i *CHC I* som strengere enn EU-domstolen i *Rosenblatt*. Jeg er enig i dette.

<sup>303</sup> Behandlet ovenfor i punkt 3.3.2. *Vítal Perez* ble avsagt i 2014, *Sorondo* i 2016.

<sup>304</sup> Harbo (2015) påpeker at Høyesterett har vært tilbakeholdne med forholdsmessighetsvurderinger utenfor folkerettslige forpliktelser.

<sup>305</sup> Se § 15-13a (2). Departementet legger i Prop. 48 L (2014–2015) til grunn at adgangen til lavere aldersgrenser er begrenset til yrker som innebærer uvanlige belastninger, eller der arbeidsoppgavene «krever at de ansatte har særlige fysiske eller psykiske

Spørsmålet om hvordan et bevisst lovgivervalg som kommer på kant med det EU-rettslige forbudet skal håndteres i fremtiden, er ikke løst. Avveiningen mellom hensynet til organisasjonsfriheten og diskrimineringsvernet kan også gi nye utfordringer. Domstolene kan ikke støtte en avgjørelse på EØS-rettens forrang i norsk rett, så lenge det ikke dreier seg om bestemmelser som gjennomfører Norges forpliktelser etter avtalen.<sup>306</sup> Jeg mener hensynet til forutberegnelighet, også for tariffpartene, tilsier at en lovfestet eller tariffavtalt bestemmelse som ikke har vært oppfattet diskriminerende, bør kunne opprettholdes i en slik situasjon.<sup>307</sup>

---

egenskaper for at arbeidet skal bli tilfredsstillende utført på forsvarlig måte» (s. 86). Formuleringen kan minne om rammedirektivets artikkel 4 (1) og adgangen til forskjellsbehandling på grunn av «regulære og avgjørende ervervmessige krav», se drøftelsen ovenfor i 3.3.2.

<sup>306</sup> Jf. EØS-loven § 2.

<sup>307</sup> Hotvedt (2017) konkluderer (pkt. 6) med at tariffpartene i praksis tar ansvar for tilpasninger til endrede samfunnsbehov, og viser at tariffpartene representerer en «balansering av makt og samfunnsinteresser», slik at en vid avtalefrihet antas å maksimere nytte til fellesskapets beste.

## 4 EU-rettens krav til sanksjoner og norske erstatningsregler

### 4.1 Innledning

Lovgiver har forutsatt at arbeidstakere skal nyte et like sterkt vern mot aldersdiskriminering i Norge som i EU. For private er adgangen til rettsmidler ved brudd på forbudet avgjørende for vernets effektivitet. Temaet i det følgende er derfor EU-rettens krav til sanksjonering av brudd på aldersdiskrimineringsforbudet og de norske reglene, primært arbeidsmiljølovens erstatningsbestemmelse. Spørsmålet er om de norske reglene gir minst så godt vern som EU-retten krever.

EU-retten stiller krav til privates håndhevingsadgang langs to akser: Private skal på visse vilkår kunne kreve staten for tap de lider på grunn av manglende gjennomføring av EU-rett, og de skal effektivt kunne håndheve rettigheter som følger av EU-retten i nasjonal rett.

Høyesterett har avsagt to dommer om erstatningsansvar for aldersdiskriminering, henholdsvis for staten i egenskap av lovgiver, og for private i egenskap av arbeidsgiver.<sup>308</sup> I det følgende vil jeg redegjøre for EU-rettens generelle krav til sanksjoner, henholdsvis for staten og private, og hvordan kravene gjenspeiles i arbeidsmiljølovens erstatningsregler og de to avgjørelsene fra Høyesterett.

### 4.2 EU-rettens krav

#### 4.2.1 Statlig erstatningsansvar

EU-rettens krav til effektiv rettsbeskyttelse for private innebærer at staten kan bli erstatningsansvarlig for det tap private lider ved manglende gjennomføring i nasjonal rett av statens forpliktelser etter EU-retten. Ansvaret

---

<sup>308</sup> HR-2016-296-A *Kystlink II* og HR-2017-219-A *CHC II*.

ble etablert i *Francovich*, og videreutviklet i *Brasserie du Pêcheur*.<sup>309</sup> Rett til erstatning inntre dersom staten har overtrådt en traktatbestemmelse som har til formål å tillegge borgerne rettigheter, forutsatt at overtredelsen er kvalifisert og det er en direkte årsakssammenheng mellom overtredelsen og tapet.<sup>310</sup>

Overtredelsen er *kvalifisert* selv om EU-retten tillegger medlemsstatene en skjønnsfrihet i gjennomføringen, dersom medlemsstaten «åpenbart og grovt» har overtrådt sine forpliktelser.<sup>311</sup> Det er altså en viss terskel for at ansvar inntre. EU-domstolen har tatt avstand fra å knytte vurderingen til culpabegrepet. Begrunnelsen er at innholdet av culpabegrepet varierer mellom ulike nasjonale rettssystemer.<sup>312</sup> Ansvarsgrunnlag foreligger ved et «tilstrekkelig kvalifisert brudd» – uavhengig av begrepsbruken i nasjonal rett.<sup>313</sup> Ansvar er ikke *rent* objektivt, men kan beskrives som et skyldansvar med presumsjon for skyld.<sup>314</sup> Et tilsvarende prinsipp om statlig erstatningsansvar gjelder for øvrig i EØS-retten, med samme vilkår.<sup>315</sup>

EU-domstolen presiserte i *Spjiker*, som dreide seg om offentlige anskaffelser, at så lenge EU-retten ikke gir detaljerte kriterier for erstatningsutmålingen, er det opp til medlemsstatene å fastsette disse. Kriteriene

---

<sup>309</sup> C-6/90 og C-9/90 (forente saker) *Francovich*, særlig premiss 33–37, og forente saker C-46/93 og C-48/93 *Brasserie du Pêcheur*.

<sup>310</sup> *Brasserie du Pêcheur* premiss 51. Her formuleres kravene til direkte årsakssammenheng og kvalifisert brudd. Se nærmere Tridimas (2006) s. 529, og Fredriksen (2013b) s. 237–242 om kravet til kvalifisert brudd, og kapittel 8, særlig s. 486–488 om årsakssammenheng.

<sup>311</sup> *Brasserie du Pêcheur* premiss 55–56. Fredriksen (2013b) påpeker at kriteriet «åpenbart og grovt» kun kommer til anvendelse der staten har en viss skjønnsfrihet i gjennomføringen av EU-retten. (s. 240).

<sup>312</sup> *Brasserie du Pêcheur* premiss 76–79.

<sup>313</sup> Dette illustrerer at EU-retten må tolkes autonomt. EU-domstolen legger til grunn at momenter som i en nasjonal kontekst inngår i en culpavurdering, godt kan være relevante for vurderingen av det EU-rettslige ansvaret, men det er på grunn av momentenes *EU-rettslige* betydning (*Brasserie du Pêcheur* premiss 76–79).

<sup>314</sup> Arnesen (1997) s. 685, Fredriksen (2013b) s. 243–246.

<sup>315</sup> EFTA-domstolen etablerte prinsippet i E-9/97 *Sveinbjörnsdottir*, basert på en tolkning av avtalens formål. Se nærmere Sejersted m.fl. (2011) s. 208–211, Fredriksen (2013b) s. 29–39, og s. 89–91. Prinsippet er etablert i norsk rett etter Høyesteretts dom i Rt-2005-1365 *Finanger II*. Se premiss 52–58, og Fredriksen (2013b) s. 46–47.



må imidlertid overholde ekvivalens- og effektivitetsprinsippene.<sup>316</sup> Det generelle effektivitetsprinsippet krever at brudd på EU-regler skal møtes med adekvate, proporsjonale og avskrekkende sanksjoner i nasjonal rett. Ekvivalensprinsippet innebærer at brudd på rettigheter som følger av EU-retten må følges av tilsvarende sanksjoner som det som gjelder for brudd av tilsvarende art og grovhet på andre rettigheter i nasjonal rett.<sup>317</sup> Prinsippene gjelder tilsvarende i EØS.<sup>318</sup>

Staten kan bli erstatningsansvarlig uavhengig av om den opptrer som for eksempel lovgiver eller arbeidsgiver.<sup>319</sup> Vilkårene for statlig erstatningsansvar utgjør derfor en viktig bakgrunn også for drøftelsen av kravene til erstatningssanksjoner for overtredelse av regler som gjennomfører EU-rett nasjonalt, som er temaet i det følgende.

#### 4.2.2 Kravet til sanksjoner i nasjonal rett

Arbeidstakeres krav om erstatning for overtredelse av regler som gjennomfører EU-rettslige forpliktelser, oppstår i praksis gjerne mot en privat bedrift som arbeidsgiver.<sup>320</sup> Valget av sanksjoner for brudd på bestemmelser som gjennomfører EU-retten nasjonalt, er i utgangspunktet opp til statene. EU-retten stiller krav til resultatet: Sanksjonene må være reelle og effektive, ha avskrekkende virkning, og stå i rimelig forhold til tapet den diskriminerte har lidt.<sup>321</sup>

<sup>316</sup> C-568/08 *Spijker*, premiss 90–92.

<sup>317</sup> Se nærmere Barnard (2012) s. 393–395, Fredriksen og Mathisen (2014) s. 285 flg. og Arnesen (2013).

<sup>318</sup> Se EØS-avtalen artikkel 3 og EFTA-domstolens dom i E-02/10 *Kolbeinsson*, premiss 47.

<sup>319</sup> Sejersted m.fl. (2011) s. 210–211. Det statlige erstatningsansvaret kommer dermed til anvendelse også i arbeidsforhold. Se Arnulf (1999) s. 122–123, som drøfter følgene av en slik vektlegging av saksøktens status, bl.a. at det skapes et skille mellom arbeidstakeres vern avhengig av hvilken sektor de jobber i.

<sup>320</sup> Se Barnard (2012) s. 393. For statlige arbeidsgivere kommer det statlige erstatningsansvaret til anvendelse.

<sup>321</sup> Se rammedirektivet artikkel 17, og direktiv 2006/54/EF om likebehandling av menn og kvinner artikkel 18. I praksis er det krav på etterbetaling, erstatning, eller å bli tilkjent en stilling som er aktuelle sanksjoner. Rettspraksis viser at de fleste medlemsstater har valgt å innføre erstatningssanksjoner.

Ved diskriminering i arbeidslivet er kravet til sanksjoner utviklet gjennom EU-domstolens praksis om kjønnsdiskriminering.<sup>322</sup> Dersom statene har valgt å innføre en erstatningssanksjon for brudd på diskrimineringsforbudet, skal erstatningen være effektiv, avskrekkende og av mer enn symbolsk karakter.<sup>323</sup> Det kreves altså at erstatningen også *utmåles* på en slik måte at den innebærer en reell kompensasjon for skadelidtes tap.<sup>324</sup>

EU-domstolen la til grunn i *Dekker* at det ikke er tilstrekkelig med nasjonale regler som der en kvinne er forbigått ved ansettelse gjør erstatning betinget av at det bevises at arbeidsgiver har utvist skyld, og at saksforholdet heller ikke omfattes av ansvarsfrihetsgrunner i nasjonal rett.<sup>325</sup> Domstolen la her til grunn at det kreves av nasjonal rett, dersom man har valgt å ha en erstatningssanksjon, at «enhver tilsidesettelse af forbuddet mod forskelsbehandling i sig selv [er] ansvarspådragende».<sup>326</sup> Domstolen anså at en betingelse om at arbeidstaker beviste arbeidsgivers skyld, ville innebære en uthuling av effektivitetsprinsippet.<sup>327</sup>

I tråd med ekvivalensprinsippet kan det heller ikke på forhånd fastsettes et tak for erstatningsutmåling for kjønnsdiskriminering ved ansettelse, dersom erstatning for tilsvarende rettsbrudd i nasjonal rett ikke har et slikt tak.<sup>328</sup> EU-domstolen fastslo i *Draehmpaehl* at dersom kandidaten ville fått jobben uten diskrimineringen, vil det ikke sikre mulighet for full reparasjon dersom erstatningen har en øvre grense på tre måneders lønn.<sup>329</sup>

---

<sup>322</sup> Tre tidlige dommer er sentrale: *C-14/83 von Colson*, *C-79/83 Harz* og *C-180/95 Draehmpaehl*. Alle dreide seg om kjønnsdiskriminering ved ansettelse.

<sup>323</sup> *Von Colson* premiss 23, *Draehmpaehl* premiss 27. Se nærmere Nielsen (2010) s. 405–413.

<sup>324</sup> Både i *von Colson* og *Harz* fastsatte tysk rett at den diskriminerte bare hadde rett til erstatning tilsvarende den negative kontraktsinteressen; i praksis reiseutgifter. I *Harz* legger Domstolen til grunn at erstatningen i en slik situasjon skal «modsvare det lidte tab» (premiss 28). Se også Nielsen (2010) s. 407–408.

<sup>325</sup> *C-177/88 Dekker*, særlig premiss 24–25.

<sup>326</sup> *Dekker* premiss 25. Gjentatt i *Draehmpaehl* premiss 22. Begge saker gjaldt diskriminering ved ansettelser.

<sup>327</sup> *Dekker*, premiss 23–24.

<sup>328</sup> Se *Draehmpaehl* premiss 42–43.

<sup>329</sup> Dersom den diskriminerte *ikke* ville fått jobben, slik at det eneste tapet er at man ikke har fått mulighet til å komme på intervju, kan det derimot fastsettes et tak. Se direktiv 2006/54/EF art. 18 in fine, og Barnard (2012) s. 394.

Ved oppsigelse eller avskjed som skyldes kjønnsdiskriminering, la EU-domstolen til grunn i *Marshall II* at nasjonal rett må sikre enten adgang til å kreve stillingen tilbake, eller erstatning for den oppsagtes fulle tap.<sup>330</sup> Direktivet om likebehandling av menn og kvinner i arbeidslivet fastsetter i dag både at det ikke er adgang til å fastsette et tak, samt at erstatningen skal være reell og *stå i rimelig forhold til tapet*.<sup>331</sup>

Når det gjelder brudd på likelønnsprinsippet, har Domstolen tatt utgangspunkt i at det kreves full kompensasjon, i form av etterbetaling av lønn – i utgangspunktet for hele perioden arbeidstaker har blitt underkompensert.<sup>332</sup> Utgangspunktet begrenses til en viss grad av medlemsstatenes prosessautonomi: I *Levez* anerkjente Domstolen at nasjonal rett kan fastsette at retten til å kreve etterbetaling av lønn begrenses slik at det ikke kan kreves tilbakebetaling for perioder mer enn to år tilbake i tid.<sup>333</sup> I *Levez* hadde imidlertid arbeidstakeren feilaktig fått opplyst av arbeidsgiver at hennes mannlige forgjenger hadde tjent det samme som henne, mens han reelt hadde hatt betydelig høyere lønn.

I et slikt tilfelle, hvor arbeidstaker på grunn av arbeidsgivers forsettlig opplysningssvikt ikke har hatt oppfordring til å gjøre kravet gjeldende, fastslo Domstolen at det ville være uforenlig med effektivitetsprinsippet om søksmålsfrister avskjærer arbeidstakerens rettmessige krav. Der arbeidsgiver har utvist skyld, konstaterer Domstolen at forutberegnelighetshensyn ikke er til hinder for at arbeidstaker kan kreve å få erstattet sitt fulle tap.<sup>334</sup> Domstolen åpner altså for at nasjonale regler differensierer reglene for kompensasjon for diskriminering avhengig av om det er utvist skyld – og at ulike typesituasjoner kan stille ulike krav til kompensasjonen.

<sup>330</sup> C-271/91 *Marshall II* premiss 25–26. Se nærmere Nielsen (2010) s. 410–413.

<sup>331</sup> Direktiv 2006/54/EF art. 18. EU-domstolen stadfestet i C-407/14 *Camacho* at erstatning bare står i rimelig forhold til tapet når den «fuldstændigt dækker det tab» arbeidstaker har lidt som følge av kjønnsdiskriminering ved oppsigelse (premiss 34 og 37).

<sup>332</sup> Domstolen tok dette utgangspunktet i C-43/75 *Defrenne II*, men begrenset virkningene av dommen for å unngå uoverskuelige krav i nasjonal rett. Jeg kommer tilbake til dommen senere i kapittel 4 og 5.

<sup>333</sup> C-326/96 *Levez* premiss 19–20.

<sup>334</sup> *Levez* premiss 31–33. Se også Barnard (2012) s. 331–333.

Alder som diskrimineringsgrunnlag har, som de foregående kapitlene har vist, noen særlige kjennetegn. Rettspraksis på dette området har da heller ikke vært like kategorisk med hensyn til arbeidstakeres adgang til å kreve kompensasjon for diskriminering.

Rammedirektivet krever effektiv nasjonal klageadgang,<sup>335</sup> og at diskriminerende bestemmelser i lov eller avtale skal kunne kjennes ugyldige.<sup>336</sup> Videre oppstiller direktivet en særskilt bevisbyrderegel, som innebærer at dersom arbeidstaker fremlegger opplysninger som gir grunn til å anta at diskriminering har funnet sted, må arbeidsgiver motbevise dette.<sup>337</sup>

Sanksjonene «kan» innebære at den diskriminerte får krav på erstatning, som i tilfelle skal stå «i rimelig forhold til overtrædelsen og have afskrækkende virkning».<sup>338</sup> Ordlyden tilsier at en eventuell erstatning skal utmåles med utgangspunkt i *overtredelsen* av diskrimineringsforbudet. Dette i motsetning til direktivet om likebehandling av menn og kvinner, som fastsetter at medlemsstatene skal sikre «erstatning eller godtgørelse», som skal stå «i rimelig forhold til det tab» arbeidstaker har lidt – altså skal tapet danne utgangspunkt for beregningen.<sup>339</sup>

Forskjellen mellom de to direktivene illustreres av EU-domstolens avgjørelse i *Specht*: Saken dreide seg om statlige tjenestepersoner som hadde vært innplassert i et aldersdiskriminerende lønssystem. Det manglet hjemmel i tysk rett til å tilkjenne arbeidstakerne mellomlegget

---

<sup>335</sup> Direktiv 2000/78/EF artikkel 9 (1). I norsk rett reguleres adgangen av diskrimineringsombudsloven, se § 3. og 4. ledd jf. § 1. Nemnda kan avsi bindende vedtak og ilegge sanksjoner, jf. lovens §§ 7 og 8.

<sup>336</sup> Artikkel 16.

<sup>337</sup> Artikkel 10 (1). Kravet speiles i aml. § 13-8. Etter forarbeidene må arbeidstaker «etablere en presumsjon for diskriminering», uten at det kreves sannsynlighetsovervekt. Se Ot.prp.nr.49 (2004–2005) s. 328–329. Se nærmere om bakgrunnen for kravet til delt bevisbyrde Barnard (2012) s. 327–329.

<sup>338</sup> Direktiv 2000/78/EF artikkel 17. Det foreligger så langt jeg har klart å bringe på det rene ikke rettspraksis som direkte behandler forståelsen av artikkel 17 og kravene til nasjonale sanksjonsregler ved aldersdiskriminering. Sakene Domstolen har behandlet så langt har dreid seg om *statlige* arbeidsgivere, og ordninger fastsatt ved lov eller administrative bestemmelser.

<sup>339</sup> Direktiv 2006/54/EF artikkel 18. Direktivet er nyere enn rammedirektiv 2000/78/EF, men kodifiserer krav utviklet i Domstolens praksis. Se betraktning nr. 1 og 33 i for-talen til direktiv 2006/54/EF. Kravene til sanksjoner var, som omtalen av rettspraksis ovenfor viser, utviklet før vedtakelsen av rammedirektiv 2000/78/EF.

mellom den lønnen de hadde hatt og den de skulle hatt, slik at det oppsto spørsmål om erstatning på EU-rettslig grunnlag.<sup>340</sup>

Foreleggende domstol ba EU-domstolen avklare kravene til sanksjoner for brudd på aldersdiskrimineringsforbudet, og spurte om *Francovich* og senere praksis innebar at de diskriminerte tjenestepersonene hadde krav på differansen mellom lønnen de hadde mottatt, og den de ville hatt rett til uten diskriminering.<sup>341</sup>

Forskjellsbehandlingen hadde funnet sted på flere nivåer, ved at tjenestepersoner var innplassert i lønnstabell etter alder. Generaladvokaten påpekte at dette kompliserte spørsmålet, fordi

«[d]e pågående kategorier er eksempelvis ikke mænd på den ene side og kvinder på den anden [...] Der er således mange kategorier at sammenligne, eftersom der kan være lige så mange, som der er personer af forskellig alder, der har en tilsvarende erhvervs-erfaring».<sup>342</sup>

Dette er et vesentlig poeng ved aldersdiskriminering; det er ikke alltid mulig å peke på et relevant sammenligningsgrunnlag. Tyske myndigheter hadde opplyst at den administrative jobben med å innplassere alle de 65.000 tjenestepersonene på nytt i et system som baserte lønnen på ansiennitet i stedet for alder, ville kreve individuelle vurderinger – og rundt 360.000 arbeidstimer.<sup>343</sup>

Domstolen viser til at den har fastslått at den eneste måten å gjenopprette likebehandling der det har vært utøvd diskriminering, er at den gruppen som har blitt diskriminert, gis samme vilkår som den gruppen som ikke har blitt diskriminert. Dette krever imidlertid at det foreligger regler i nasjonal rett man kan anvende i stedet for de som er

<sup>340</sup> C-501/12 *Specht* premiss 91.

<sup>341</sup> *Specht* premiss 87. Staten var arbeidsgiver, og det statlige erstatningsansvaret kom dermed til anvendelse, men spørsmålet viste til direktivets artikkel 17, og EU-domstolens vurdering av direktivets krav har overføringsverdi.

<sup>342</sup> Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Bot i C-501/12 *Specht*, avsnitt 102–103.

<sup>343</sup> Altså tilsvarende nærmere 200 årsverk. Se *Specht* premiss 75.

diskriminerende.<sup>344</sup> Når dét ikke er tilfelle, pålegger likevel *ikke* EU-retten at likebehandling gjenoprettes ved at arbeidstakerne får krav på etterbetaling av lønn, konstaterer Domstolen.<sup>345</sup>

I slike tilfeller må det eventuelt avgjøres i de nasjonale domstoler om *staten* har begått et slikt kvalifisert brudd på sine gjennomføringsforpliktelser at det utløser erstatningsansvar for den.<sup>346</sup> Domstolen presiserer at det i denne vurderingen må tas i betraktning at rammedirektivets artikkel 6 (1) gir statene et forholdsvis vidt skjønn ved gjennomføring.<sup>347</sup> Dette medfører at det skal en del til før et brudd anses kvalifisert.<sup>348</sup>

EU-domstolen presiserer i *Starjakob* at rammedirektivet artikkel 17 regulerer kravet til sanksjoner ved overtredelse av regler i nasjonal rett som gjennomfører direktivets bestemmelser.<sup>349</sup> Der nasjonal lovgivning i seg selv innebærer diskriminering, krever EU-retten at lovgivningen oppheves, slik at arbeidsgivere ikke kan opprettholde en diskriminerende praksis med hjemmel i lov.<sup>350</sup>

---

<sup>344</sup> Se *Specht* premiss 95–96. Slike regler fins gjerne ved kjønnsdiskriminering, fordi skillet går mellom kvinner og menn. Også aldersdiskriminering kan ha slik binær karakter, ved at én aldersgruppe er utelukket fra et gode andre får. Dette var tilfelle i f.eks. *Ajos/Rasmussen*, der EU-domstolen fastslo at den diskriminerende bestemmelse kunne settes til side, og hovedregelen anvendes i rettsforholdet mellom de private parter. Dette har sammenheng med at EU-domstolen har fastslått at forbudet har direkte virkning, som behandles nærmere nedenfor i kapittel 5.

<sup>345</sup> *Specht* premiss 95–97 og 108, og domsslutningen punkt 4.

<sup>346</sup> Forutsatt at arbeidsgiver er privat. I *Harz* (premiss 27) fastslo Domstolen at likebehandlingsdirektivets bestemmelser ikke var tilstrekkelig presise til at disse alene kunne påberopes som rettsgrunnlag for et erstatningskrav i mangel av nasjonal gjennomføring.

<sup>347</sup> *Specht* premiss 102–103. Slutningen gjentas i C-20/13 *Unland*, der Domstolen viser til *Specht* og fastslår at samme regel gjelder der dommere har vært innplassert i en aldersbasert lønnstabell (se premiss 67–69).

<sup>348</sup> Domstolen presiserer at det kom en avklaring om aldersbaserte lønnsystemer i *Hennigs og Mai*, omtalt ovenfor i 3.3.3.4, og at dette kan ha betydning for *når* bruddet eventuelt anses kvalifisert. Avgjørelsen overlates uansett til den nasjonale domstolen (premiss 104–105).

<sup>349</sup> C-417/13 *Starjakob* premiss 42. Tvisten i hovedsaken dreide seg om aldersdiskriminerende lovregler for lønnsfastsetting, som så bort fra opptjent ansiennitet før fylte 18 år.

<sup>350</sup> Direktivets artikkel 16. Se *Starjakob* premiss 43.

Domstolen presiserer at EU-retten i slike tilfeller «ikke nødvendigvis skal gjøre det mulig for en ansatt [...] at opnå en økonomisk kompensasjon».<sup>351</sup> *Starjakob* skilte seg fra *Specht* ved at det her var mulig å sammenligne to grupper: Det lovhjemlede lønssystemet hadde sett bort fra ansiennitet som var opparbeidet før fylte 18 år. Dermed ble to ansatte med like lang ansiennitet lønnet ulikt der den ene hadde begynt å jobbe tidlig. Selv om arbeidstakere som har vært omfattet av en diskriminerende ordning har blitt underkompensert, kreves det altså ikke at disse får krav på etterbetaling.<sup>352</sup> EU-domstolen understreker at det er opp til statene å velge hvilke sanksjoner som er passende der arbeidsgiver har brutt nasjonal rett som gjennomfører EU-retten.<sup>353</sup>

Ved aldersdiskriminering må imidlertid regelverket øvrige arbeidstakere har vært omfattet av, anvendes også på dem som har vært diskriminert. Så lenge det ikke er innført et system som innebærer reell likebehandling, må de arbeidstakerne som har vært diskriminert, få opprykk i lønn etter det gamle systemet, slik at de i alle fall fremover stilles likt med den ikke-diskriminerte gruppen.<sup>354</sup> Som vi har sett, kreves det likevel ikke at slikt opprykk skal gis med tilbakevirkning. Domstolen synes her å bygge på en annen regel ved aldersdiskriminering enn ved kjønnsdiskriminering; i *Levez* ble det som nevnt ovenfor forutsatt at arbeidstaker var berettiget til en kompensasjon, selv om det i nasjonal rett kunne settes en tidsmessig begrensning for hvor langt tilbake i tid denne kunne kreves.

Etter mitt syn illustrerer disse dommene, og EU-domstolens uttrykkelige henvisning til medlemsstatenes vide skjønnsmargin ved gjennomføring av direktivet i *Specht*, at det er rettslig relevante forskjeller mellom alder og kjønn som diskrimineringsgrunnlag – spesielt ved at det i enkelte tilfeller ikke vil være noen relevant *ikke-diskriminert* gruppe å sammenligne med. I tilfeller der diskriminerende regler har fulgt av lov, presiserer EU-domstolen at i vurderingen av om det bruddet på EU-

---

<sup>351</sup> *Starjakob* premiss 49.

<sup>352</sup> *Starjakob* premiss 44.

<sup>353</sup> *Starjakob* premiss 44.

<sup>354</sup> *Starjakob* premiss 48–49.

retten lovbestemmelsen utgjør er kvalifisert, må man ta utgangspunkt i medlemsstatenes vide skjønnsmargin.

Dette tyder på en noe høyere terskel for statsansvar for aldersdiskriminering enn for kjønnsdiskriminering. *Privates* ansvar følger av nasjonale regler. Her har Domstolen som vist også understreket den vide skjønnsmarginen medlemsstatene har til å fastsette aktuelle sanksjoner for brudd på bestemmelser som gjennomfører aldersdiskrimineringsforbudet.

## 4.3 Norsk rett

### 4.3.1 Innledning

Som forrige punkt viser, er det statlige erstatningsansvaret den «sikre» sanksjonen i EU-medlemsstatene der aldersdiskrimineringsforbudet ikke er gjennomført på en tilfredsstillende måte nasjonalt.<sup>355</sup> Effektiv håndheving av aldersdiskrimineringsforbudet mellom private er avhengig av de reglene som er fastsatt i nasjonal rett.

I norsk rett er det annerledes: Arbeidsmiljøloven er det «sikre» rettsgrunnlaget for arbeidstakere som hevder å ha blitt diskriminert på grunn av sin alder. Statlig erstatningsansvar er mer usikkert på dette området.<sup>356</sup> Derfor vil jeg i det følgende først redegjøre for arbeidsmiljølovens erstatningsregler, før jeg behandler Høyesteretts dom i *CHC II*, og drøfter noen problemstillinger knyttet til objektivt erstatningsansvar.<sup>357</sup> I siste del av kapittelet behandler jeg spørsmålet om statlig erstatningsansvar i lys av Høyesteretts dom i *Kystlink II*.<sup>358</sup>

---

<sup>355</sup> Det statlige erstatningsansvaret har også en side til direkte virkning. Se kapittel 5.

<sup>356</sup> Særlig på grunn av den spesielle tilknytningen mellom EU-retten og norsk rett.

<sup>357</sup> HR-2017-219-A, som behandles i 4.3.4.

<sup>358</sup> HR-2016-296-A.



### 4.3.2 Effektivt og avskrekkende: Universelt objektivt ansvar

I dag gjelder et objektivt erstatningsansvar for diskriminering av arbeidstakere på tvers av diskrimineringsgrunnlag i norsk rett: Erstatning for diskriminering kan kreves «uavhengig av om arbeidsgiveren kan bebreides».<sup>359</sup> Dette innebærer et unntak fra alminnelige erstatningsregler: Arbeidsgiveres ansvar er særlig strengt.

I tillegg til at ansvaret er objektivt, krever både arbeidsmiljøloven og øvrig diskrimineringslovgivning at erstatningen «skal dekke økonomisk tap som følge av diskrimineringen».<sup>360</sup> Dette er annerledes enn ved for eksempel usaklig oppsigelse på andre grunnlag, der erstatningsutmålingen overlates til rettens skjønn.<sup>361</sup>

Frem til 2014 ga arbeidsmiljøloven bare adgang til å tilkjenne *oppreisning* på objektivt grunnlag.<sup>362</sup> Dette var løsningen flertallet i Arbeidslivslovutvalget gikk inn for i 2003. Mindretallet mente den gang ikke at det var nødvendig å innføre en objektiv erstatningssanksjon, og påpekte at kombinasjonen delt bevisbyrde og objektivt ansvar «bryter radikalt med hovedregelen i norsk erstatningsrett og derfor må anses som svært betenkelig ut fra hensynet til rettssikkerheten».<sup>363</sup>

Objektivt erstatningsansvar for kjønnsdiskriminering i arbeidslivet ble imidlertid inntatt i likestillingsloven året før; i 2002. Likestillingsloven § 17 oppstilte før dette et skyldkrav, og i praksis ble det sjelden tilkjent

<sup>359</sup> Se arbeidsmiljøloven § 13-9, likestillingsloven § 28, diskrimineringsloven om etnisitet § 25, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 31 og diskrimineringsloven om seksuell orientering § 24.

<sup>360</sup> Se aml. § 13-9 (1). Diskrimineringslovgivningens øvrige bestemmelser har samme formulering.

<sup>361</sup> Erstatning fastsettes i slike tilfeller til «det beløp retten finner rimelig», jf. aml. § 15-12.

<sup>362</sup> Tidligere kunne oppreisning kreves «uten hensyn til arbeidsgivers skyld», mens erstatning for økonomisk tap skulle tilkjennes etter «alminnelige regler». Se aml. § 13-9 slik den lød før 1.1.2014 – ordlyden var den samme i den tidligere aml. § 54 J. Forarbeidene til den tidligere bestemmelsen presiserer at erstatning for økonomisk tap stilte krav til skyld, jf. Ot.prp.nr.104 (2002–2003) s. 52. Departementet sluttet seg til arbeidslivslovutvalgets flertall, som mente en adgang til å tilkjenne oppreisningserstatning uten krav til skyld var en «hensiktsmessig reaksjon».

<sup>363</sup> NOU 2003:2, s. 56–57.

erstatning.<sup>364</sup> Etter EU-domstolens dommer i *Dekker* og *Draehmpaehl* ble det lagt til grunn at hensynet til effektiv gjennomføring av kjønnsdiskrimineringsforbudet krevde objektivt erstatningsansvar på dette området.<sup>365</sup>

I forbindelse med revisjonen av likestillingslovgivningen ti år senere, i 2013, ble erstatningsbestemmelsene i diskrimineringslovgivningen og arbeidsmiljøloven harmonisert, og objektivt erstatningsansvar innført for alle diskrimineringsgrunnlag.<sup>366</sup> Departementet la nå til grunn for endringene, for alle de aktuelle diskrimineringsgrunnlag, at det fulgte et krav til objektivt ansvar direkte av EU-retten. Dette bygger på henvisningen til *Dekker*.<sup>367</sup>

Innføringen av universelt objektivt erstatningsansvar for økonomisk tap, uavhengig av diskrimineringsgrunnlag, ble begrunnet med to forhold: I praksis hadde det vist seg vanskelig å påvise skyld i diskrimineringsaker, slik at det sjelden ble tilkjent erstatning eller oppreisning. I tillegg ble et ansvar uten skyld i arbeidslivet ansett som en «nødvendig reaksjon etter EUs direktiver om forbud mot diskriminering i arbeidslivet».<sup>368</sup>

Departementet så ingen grunn til å ha forskjellige skyldkrav for ulike diskrimineringsgrunnlag – tvert imot mente man at den tidligere rettstilstand, som kunne innebære ulikt erstatningsrettslig vern avhengig av hvilket diskrimineringsgrunnlag som var overtrådt, var uholdbar. Dette fordi man så det slik at behovet for effektivt erstatningsrettslig vern «er det samme for alle som utsettes for diskriminering».<sup>369</sup> Departementet bruker tre eksempler for å begrunne standpunktet. Alle eksemplene tar

---

<sup>364</sup> Se Vigerust (1998) s. 322–324 for kritikk av tidligere rettstilstand på likestillingsområdet.

<sup>365</sup> Se Ot.prp.nr.77 (2000–2001) s. 100–101, med henvisning til C-177/88 *Dekker*, om diskriminering av en gravid kvinne ved ansettelse. Se også C-180/95 *Draehmpaehl*.

<sup>366</sup> Jf. Prop. 88 L (2012–2013), bl.a. på s. 46 med henvisning til NOU 2009:14. Proposisjonen vektlegger gjennomgående harmoniseringshensyn som en vesentlig begrunnelse for endringene.

<sup>367</sup> Sak C-177/88. Se Prop. 88 L (2012–2013) s. 96.

<sup>368</sup> Prop. 88 L (2012–2013) s. 98. Det samme legges til grunn i forslaget til ny felles likestillings- og diskrimineringslov, som skal behandles i Stortinget i juni 2017. Se Prop. 81 L (2016–2017) s. 296–298. Det er ikke helt klart hva uttalelsen bygger på, men jeg antar at det er lagt til grunn at ekvivalensbetraktninger tilsier at reglene bør være like på tvers av diskrimineringsgrunnlag.

<sup>369</sup> Prop.88 L (2012–2013) s. 97.

utgangspunkt i at en kvinne forbigås ved ansettelse, og ingen av dem illustrerer de særlige problemstillingene aldersdiskriminering reiser.<sup>370</sup>

Det kan ha ligget under departementets vurderinger at man antok at tariffavtalte *aldersgrenser* som hovedregel ville innebære saklig forskjellsbehandling, slik at det sjelden ville oppstå rettsbrudd på dette grunnlaget.<sup>371</sup> Etter mitt syn er det likevel interessant at *Dekker*-dommen, avsagt i 1990, brukes som begrunnelse for innføring av et objektivt ansvar på tvers av diskrimineringsgrunnlag i 2013.<sup>372</sup>

Departementet mente ikke at innføring av objektivt erstatningsansvar ville gi vesentlige administrative eller økonomiske konsekvenser, men pekte på en forventet positiv effekt:

«Det må antas at arbeidsgivere i offentlig og privat sektor i noen flere tilfeller enn i dag må betale erstatning [...] En nytteeffekt vil være at arbeidsgivere og andre skjerper sin aktsomhet slik at diskriminering unngås.»<sup>373</sup>

Forutsetningen om at et objektivt ansvar virker skjerpende på aktsomheten, er nok riktig. Det er likevel ikke gitt at like regler gir like resultater.

<sup>370</sup> Prop.88 L (2012–2013) s. 97–98. I det første eksempelet forbigås kvinnen pga. graviditet, slik at likestillingslovens objektive ansvar gjelder. De to andre eksemplene går ut på at kvinnen diskrimineres på grunn av hhv. sin religion eller fordi hun bærer hijab, og departementet mener det kan være uklart hvilke regler som egentlig gjelder.

<sup>371</sup> Prop. 88 L (2012–2013) s. 88. Diskrimineringslovutvalget foreslo et eget «tariffunntak», men departementet mente dette ville gi en for vid unntaksadgang, og dessuten være «i strid med EUs regler».

<sup>372</sup> Det ble foreslått objektivt erstatningsansvar for diskriminering av midlertidig ansatte og delt bevisbyrde i 2005. Forslaget ble møtt med kritikk, flere høringsinstanser mente et objektivt erstatningsansvar gikk lenger enn det nødvendige for å fylle likebehandlingsdirektivenes minimumskrav, og ville være «svært betenkelig». Departementet fastholdt løsningen med objektivt ansvar for ikke-økonomisk tap, og fant ikke grunn til å foreslå nye regler om objektivt ansvar for diskrimineringsgrunnlagene i arbeidsmiljøloven. Se Ot.prp.nr.49 (2004–2005) s. 199–201.

<sup>373</sup> Prop. 88 L (2012–2013) s. 155.

### 4.3.3 Høyesterett trekker i bremsen: Særlig om dommen i *CHC II*

Høyesterett tok i januar 2017 stilling til spørsmålet om en privat arbeidsgiver kan holdes erstatningsansvarlig der ansatte har vært utsatt for aldersdiskriminering.<sup>374</sup> Dommen er et etterspill etter dommen i *CHC I*, der Høyesterett i 2012 fant at tariffavtalens krav om at helikopterflygere skulle fratruke ved fylte 60 år var i strid med forbudet mot aldersdiskriminering.<sup>375</sup>

Pilotene krevde til sammen over 30 millioner kroner i erstatning for tapt lønn og pensjonsopptjening i perioden fra de gikk av for aldersgrensen til Høyesterett fastslo at grensen var diskriminerende, og pilotene var «fortsatt ansatt» i CHC Helikopter Service.<sup>376</sup>

Sentralt for spørsmålet om erstatningsansvar sto tidspunktet for diskrimineringsvurderingen. Førstvoterende i 2017, dommer Kallerud, mener 2012-dommen kan forstås på to måter: Enten slik at Høyesterett fastslo at flygerne ble diskriminert i 2008, eller slik at de bare måtte anses aldersdiskriminert slik rettskildesituasjonen var i 2012, og at de fra *dette tidspunktet* hadde rett til å stå i stillingene til fylte 65 år.<sup>377</sup> Dette har betydning for om det i det hele tatt ble begått et rettsbrudd fra CHCs side da den tariffestede aldersgrensen ble gjort gjeldende overfor de aktuelle flygerne. Om dette uttaler førstvoterende:

«Etter mitt syn kan det ikke av Høyesteretts dom utledes mer enn at flygerne ble aldersdiskriminert slik rettstilstanden var på domstidspunktet, og at de derfor hadde rett til å fortsette i arbeidet. At det i domsslutningen ble brukt formuleringen «fortsatt ansatt» etter fylte 60 år, kan etter mitt skjønn ikke utlegges slik at det dermed også var avgjort at det i alle fall fra deres 60 årsdag var begått rettsbrudd mot dem. Dette spørsmålet var ikke til prøvelse.

---

<sup>374</sup> HR-2017-219-A *CHC II*.

<sup>375</sup> Rt-2012-219, behandlet ovenfor i punkt 3.4.2.5. Saken var delt da Høyesterett behandlet den første gang, slik at det ikke ble forhandlet om erstatningsspørsmålet i 2012. Twisten i erstatningssaken sto mellom samme parter, med samme faktum.

<sup>376</sup> Se Rt-2012-219. Sitatet er hentet fra domsslutningen.

<sup>377</sup> HR-2017-219-A, premiss 63.

Det nærliggende er etter min oppfatning tvert om å lese domsslutningen slik at den peker fremover fra domstidspunktet.»<sup>378</sup>

Slik jeg leser dette legger flertallet til grunn at pilotenes arbeidsforhold, slik rettstilstanden var på de tidspunkter pilotene fratrådte, kan ha blitt lovlig brakt til opphør, og at det først på et senere tidspunkt ble forbudt å operere med en 60-årsgrense. Førstvoterende uttaler at det gir «sterk støtte for å lese Høyesteretts dom på denne måten at det avgjørende for resultatet var at det hadde kommet til en ny rettskilde: EU-domstolens avgjørelse i *Prigge-dommen*». At EU-domstolen i *Prigge* fastslo at sikkerhetshensyn ikke alene kunne begrunne en 60-årsgrense, innebar etter flertallets syn et «markert element av rettsutvikling».<sup>379</sup>

Førstvoterende mener etter dette at Høyesterett i 2012 ikke hadde foranledning til å vurdere det han beskriver som sakens overordnede spørsmål; «om rettsutvikling i EU-retten, som blir styrende for norsk rett, også uten videre er avgjørende for bedømmelsen av om det på et tidligere tidspunkt – med et annet rettskildebilde – ble begått et rettsbrudd som gir grunnlag for erstatning».<sup>380</sup> Høyesterett behandlet ikke erstatningsspørsmålet i 2012.<sup>381</sup> Erstatningsspørsmålet, som først kom for retten i 2016, må derfor etter flertallets syn løses «uten veiledning i 2012-dommen».<sup>382</sup>

Førstvoterende vurderer derfor spørsmålet om beslutningen om å opprettholde aldersgrensen i 2008, var aldersdiskriminerende *på det tidspunktet*. Etter en gjennomgang av forarbeidene til de nye diskrimineringsbestemmelsene, fastslår han at lovgivers vurdering var at rettskildebildet var uklart, men at en tariffbestemmelse av den typen CHC hadde, «med stor grad av sannsynlighet» ville gå klar av forbudet mot aldersdiskriminering slik det er fastlagt i rammedirektivet.<sup>383</sup>

<sup>378</sup> Premiss 71–72.

<sup>379</sup> Premiss 66–68. *Prigge* er omtalt i kapittel 3.

<sup>380</sup> Premiss 71.

<sup>381</sup> Se litt nærmere om 2012-saken i punkt 3.4.2.5 til 3.4.4.

<sup>382</sup> Premiss 71–72.

<sup>383</sup> Premiss 73–80.

Dette leder til den konklusjon at det i 2004, etter innføring av aldersdiskrimineringsforbudet, ikke innebar aldersdiskriminering å opprettholde 60-årsgrensen. Heller ikke i senere forarbeider finner først-voterende støtte for at forbudet etter direktivet rammet en aldersgrense som i saken, før *Prigge*-dommen avklarte spørsmålet om sikkerhet som begrunnelse for en 60-årsgrense i 2011. Flertallet konkluderer dermed med følgende:

«Basert på rettskildebildet i 2008 var ikke særaldersgrensen i tariff-avtalen aldersdiskriminerende. Det er den senere rettsutviklingen som medfører at tariffavtalens aldersgrense kommer i strid med forbudet mot aldersdiskriminering. Arbeidsgiveren begikk derfor ikke noe rettsbrudd ved i 2008 å holde seg til tariffavtalen.»<sup>384</sup>

Når det ikke ble begått noe rettsbrudd i 2008, foreligger det heller ikke erstatningsgrunnlag, og flertallet på tre dommere frikjenner CHC på det grunnlaget.

Annenvoterende, dommer Falch, legger til grunn at lovens grunnvilkår for å tilkjenne erstatning og oppreisning er oppfylt ved at Høyesterett i 2012 fastslo at flygerne hadde blitt utsatt for aldersdiskriminering.<sup>385</sup> Videre påpeker han at domsslutningen i 2012 lød at flygerne var «fortsatt ansatt» i CHC, og uttaler:

«Deri må etter min mening ligge at de hadde vært ansatt frem til domstidspunktet, og at de fremdeles skulle være det. Dette innebærer at Høyesterett bygget avgjørelsen på at alle flygerne, ved å ha måttet tre ut av arbeidsforholdene, hadde vært utsatt for rettsbrudd.»<sup>386</sup>

Mindretallet anlegger en prinsipiell tilnærming til 2012-dommen. Slik jeg leser votumet, legger de to i mindretall til grunn at flertallets tolkning innebærer at Høyesterett i 2012 gikk utenfor rammene av sin kompetanse:

---

<sup>384</sup> Premiss 90.

<sup>385</sup> Premiss 96.

<sup>386</sup> Premiss 99.

«Dommen kan etter min mening ikke leses slik at rettsbruddet – aldersdiskrimineringen – først oppsto på det tidspunktet da Høyesterett avsa sin dom. I så fall har Høyesterett pålagt selskapet en plikt som ikke på forhånd fulgte av arbeidsmiljøloven. Det kunne Høyesterett etter min mening ikke gjøre. (...) dette tilsier at det Høyesterett gjorde i 2012, var – på vanlig måte – å anvende arbeidsmiljølovens regler på det konkrete saksforholdet, som lå tilbake i tid.»<sup>387</sup>

Heller ikke mindretallet fant at det var grunnlag for å tilkjenne erstatning, men bygger dette på at selskapet ikke utviste uaktsomhet ved å opprettholde aldersgrensen, slik skyldkravet var frem til 2014.<sup>388</sup>

#### 4.3.4 Kritikkk

Som mindretallet påpeker, innebærer flertallets forståelse av 2012-dommen at selskapet ved denne dommen ble pålagt en plikt som ikke allerede fulgte av arbeidsmiljøloven eller annen norsk rett.<sup>389</sup> Pilotene sto rent faktisk ikke i stillingene sine på domstidspunktet. Flertallets tolkning innebærer prinsipielt noe annet enn at pilotene fikk rett til å være «fortsatt ansatt», slik domsslutningen lød i 2012: Flertallets oppfatning av dommen må være at den etablerte en plikt for selskapet til å ansette flygerne på nytt, etter at arbeidsforholdene var lovlig brakt til opphør, fordi det var *blitt* ulovlig å operere med en 60-årsgrense etter *Prigge*-dommen.<sup>390</sup>

EU-domstolen har flere ganger presisert at den tolkningen av EU-retten den anlegger, skal anses som en belysning og presisering av hvordan rettsreglene hele tiden har vært å forstå. Domstolen uttrykker utgangspunktet slik:

«den fortolkning, som Domstolen anlegger af EU-retten [...] i nødvendig omfang belyser og præciserer betydningen og række-

---

<sup>387</sup> Premiss 99–100.

<sup>388</sup> Premiss 106–107. Flertallet slutter seg til denne vurderingen, se premiss 92.

<sup>389</sup> Premiss 100.

<sup>390</sup> Aldersgrensen innebar at arbeidsforholdene opphørte ved fylte 60 år. Det er derfor ikke tale om noe separat oppsigelsestidspunkt.

vidden af denne ret, således som den skal forstås og anvendes henholdsvis burde have været forstået dog anvendt, fra datoen for sin ikrafttræden. Det følger heraf, at bortset fra tilfælde, hvor der foreligger helt særlige omstændigheder [...] skal retsinstanden anvende den således fortolkede EU-ret selv på retsforhold, der er stiftet og består, før der afsiges dom vedrørende fortolkningsanmodningen»<sup>391</sup>

De helt særlige omstændigheter som kan begrunne en begrensning i dette utgangspunktet er presisert slik i *Wroclaw*:

«Domstolen vil kun undtagelsesvis i henhold til et almindeligt retssikkerhedsprincip [...] finde anledning til at begrænse borgernes mulighed for at påberåbe sig den således fortolkede bestemmelse med henblik på anfægtelse af tidligere i god tro stiftede retsforhold. For at der kan træffes bestemmelse om en sådan begrensning, skal to hovedbetingelser være opfyldt, nemlig at de berørte parter skal være i god tro, og at der skal være fare for alvorlige forstyrrelser».<sup>392</sup>

Uttalelsene må forstås slik at overholdelse av en tariffavtale som er inngått i god tro ikke vil utløse erstatningsansvar – dersom følgene av å legge EU-domstolens tolkning til grunn vil ha *vidtrekkende konsekvenser*. Dette er i tråd med EU-rettens krav til «legal certainty»; det kreves en viss grad av forutsigbarhet om hva rettsreglene innebærer.<sup>393</sup>

Avgrensningen Høyesteretts flertall gjør i *CHC II*, kan minne om EU-domstolens grep i *Defrenne II*, som dreide seg om krav fra en flyvertinne om lik lønn som mannlige kolleger, etter likelønnsbestemmelsen i TEUV artikkel 157.<sup>394</sup> EU-domstolen avgrenset her de tidsmessige virkningene

---

<sup>391</sup> Se *Ajos/Rasmussen* premiss 40 med henvisning til C-276/14 *Wroclaw* (premiss 44–45 og den siterte rettspraksis).

<sup>392</sup> *Wroclaw* premiss 45.

<sup>393</sup> Se nærmere Hartley (2014) s. 162–165.

<sup>394</sup> Sak C-43/75 *Defrenne II*. Bestemmelsen var den gang Roma-traktatens artikkel 119. Se nærmere om dommen i punkt 5.3.2.



av dommen, av hensyn til følgene.<sup>395</sup> Likelønnsprinsippet ble ansett som en del av fellesskapets grunnlag, med direkte virkning siden 1962.<sup>396</sup> Konsekvensene kunne imidlertid bli store dersom avgjørelsen skulle åpne for lønnskrav langt tilbake i tid, fra kvinner som hadde blitt betalt mindre enn menn for tilsvarende arbeid. Rettstilstanden hadde vært uavklart, og flere medlemsstater og Kommisjonen hadde inntatt en holdning som ga private parter foranledning til å opprettholde diskriminerende lønnsbestemmelser.<sup>397</sup>

EU-domstolen understreket at oppfatningen om at traktatbestemmelsen ikke hadde umiddelbar direkte virkning fra 1962, som Kommisjonen hadde bygget på, var feil.<sup>398</sup> Likevel fant Domstolen «bydende rettsikkerhetsbetraktninger» i lys av dette «principielt [...] til hinder for nu at bestride de lønninger, som angår tidligere perioder».<sup>399</sup> Det er en viktig reservasjon i *Defrenne II* at virkningene kun ble begrenset for saker som ikke alt var reist.<sup>400</sup> Videre var det snakk om en traktatbestemmelse som ble fastslått å ha direkte horisontal virkning i medlemsstatene, slik at forholdet til forutberegnelighets- og rettsikkerhetsprinsippet kom på spissen.<sup>401</sup> Domstolen presiserte også at begrensningen av dommens rekkevidde innebar et unntak fra en absolutt hovedregel.<sup>402</sup>

<sup>395</sup> Se Arnulf (1999) s. 462–463, blant annet om kritikken mot at Domstolen tillå seg selv makt til å dispensere fra gjeldende rett ved å «declare what the law is as to the future but to leave the past untouched». Arnulf bemerker at kritikken synes å bygge på oppfatningen om at domstolene ikke har en rettsskapende rolle, som han mener er vanskelig å forene med EU-domstolens praksis. Se nærmere kapittel 5, om forståelsen av aldersdiskrimineringsforbudet som et alminnelig EU-rettslig prinsipp.

<sup>396</sup> Dommen ble avsagt i 1976, altså 14 år senere. Se nærmere Arnulf (1999) s. 461. Se nærmere om direkte virkning særlig punkt 5.3.

<sup>397</sup> *Defrenne II*, premiss 69–75.

<sup>398</sup> Premiss 73.

<sup>399</sup> Premiss 74. En lignende begrensning, om adgangen til å kreve etterbetaling fra en pensjonsordning, gjorde EU-domstolen i C-262/88 *Barber*, se premiss 41–44. Også her var begrunnelsen å unngå omfattende finansielle konsekvenser, og Domstolen bygger på *Defrenne II*. Se Barnard (2012) s. 486–498.

<sup>400</sup> *Defrenne II* premiss 75.

<sup>401</sup> Se nærmere om direkte virkning og konflikten med forutberegnelighetsprinsippet nedenfor i punkt 5.3.

<sup>402</sup> Premiss 71.

EU-domstolen begrenset adgangen til å reise nye saker om gamle krav, foranlediget av Domstolens rettsavklaring. EU-domstolens presisering av hovedregelen inneholder imidlertid samme standpunkt som synes å fremgå av Høyesteretts mindretalls votum i *CHC II*: Rettsavklaringen får virkning for saker som er litispendente.

Flertallets grep i *CHC II* innebærer så langt jeg kan se en begrensning av virkningene av en rettskraftig dom ved å tolke inn en forutsetning som ikke fremgår av denne tidligere dommen; at den bare skulle ha betydning for fremtiden. Tolkningen er vanskelig å forene med domsslutningen i 2012-dommen, som gikk ut på at flygerne var «fortsatt ansatt» i *CHC*. Det ville, som mindretallet i 2017 påpeker, ikke være rettsgrunnlag for rett til gjeninntreden med mindre tariffavtalens aldersgrense var i strid med diskrimineringsforbudet etter arbeidsmiljøloven allerede på det tidspunktet den ble håndhevet.

Dersom Høyesteretts flertall legger til grunn at rettstilstanden ble endret i 2011, og at det var denne endrede rettstilstanden som gjorde at selskapet ble forpliktet til å gjeninnsette de ti pilotene i sine gamle stillinger, innebærer vel dette at selskapet ville blitt frifunnet om saken hadde blitt behandlet da den var berammet i 2010.<sup>403</sup>

Da forberedende dommer i 2010 besluttet å utsette hovedforhandlingen i saken i påvente av avgjørelsen i *Prigge*, ble det begrunnet med at «det er atskillig som kan tale for at det prinsipielle spørsmålet om sakligheten av hensynet til flysikkerhet som nå er stilt til EF-domstolen, vil kunne ha sentral betydning for avgjørelsen av herværende sak».<sup>404</sup> Slik jeg forstår dette, må forberedende dommer ha lagt til grunn at EU-domstolen ville avklare rettstilstanden, ikke endre den.

I 2012-dommen er det heller ingen henvisning til at *Prigge* innebar rettsutvikling. Om rettstilstanden skulle anses endret ved EU-domstolens avgjørelse i 2011, ville ikke dette hatt betydning for den saken Høyesterett hadde til avgjørelse. Førstvoterende i 2012, Indreberg, åpnet sitt votum

---

<sup>403</sup> Det er selvsagt vanskelig å si sikkert hvordan Høyesterett ville tolket forbudet i 2010, men 2017-flertallets resonnement om at det ikke forelå noe rettsbrudd i 2008 må etter mitt syn forstås slik.

<sup>404</sup> Rt-2010-944, avsnitt 11. Se også Fredriksen (2011) s. 80–81.

med at saken gjaldt «aldersdiskriminering», og «spørsmål om arbeidsgiver på grunnlag av tariffavtale kan kreve at helikopterflygere fratrer ved fylte 60 år».<sup>405</sup>

De ti saksøkerne i saken den gang var allerede fratrudd, og saken dreide seg om deres fratredelser var basert på et gyldig grunnlag.<sup>406</sup> Påstanden var at oppsigelsene av pilotene var ugyldige, og at pilotene var «fortsatt ansatt i CHC Helikopter Service AS, etter fylte 60 år».<sup>407</sup> Høyesterett mente i 2012 det var «tilstrekkelig» å avsi dom for at pilotene fortsatt var ansatt, men i dette lå at pilotene ble gitt medhold.<sup>408</sup> Jeg er enig med mindretallet i 2017 i at dommen må leses slik at Høyesterett på vanlig måte anvendte gjeldende rett på et saksforhold som lå tilbake i tid.

Advokaten for CHC i Høyesterett i 2017, Jan Fougner, har omtalt den nye dommen som en «redningsaksjon» etter en streng dom i 2012.<sup>409</sup> Flertallets votum kan kanskje leses i lys av at det var ønskelig å gi en retningslinje som kan anvendes også i fremtiden, under det objektive erstatningsansvaret.<sup>410</sup>

Dersom arbeidsmiljølovens tidligere skyldkrav var beholdt, ville mindretallets tilnærming i *CHC II* kunne legges til grunn også i nyere

---

<sup>405</sup> Rt-2012-219, avsnitt 1.

<sup>406</sup> Tvisteloven § 1-3 (2) krever at saksøker har et «reelt behov» for å få kravet avgjort «i forhold til saksøkte». Høyesterett ga ikke uttrykk for at det var noe annet spørsmål enn *saksøkernes* arbeidsforhold som skulle prøves. Dermed hadde ikke Høyesterett oppfordring til å drøfte rettslig interesse. Det ville Høyesterett hatt hvis det var snakk om å avsi dom bare for fremtidige rettsforhold, sml. Rt-1998-300 *Draktreklame*.

<sup>407</sup> Rt-2012-219 premiss 26.

<sup>408</sup> Rt-2012-219 premiss 74.

<sup>409</sup> Fougner beskrev flertallets votum slik under en presentasjon av dommen i mars 2017 (Fougner 2017). Både dette og øvrige sitater fra presentasjonen er basert på mine notater. Lagmannsretten (LG-2013-167255-1) la til grunn at selskapet handlet uaktsomt ved å forholde seg til tariffavtalen, fordi det ble antatt at sikkerhetshensyn ikke alene kunne begrunne grensen når den forskriftsfestede sikkerhetsgrensen var 65 år. Lagmannsretten idømte CHC et erstatningsansvar på i overkant av 30 millioner, som var det beregnede tapet.

<sup>410</sup> I sin presentasjon fremhevet CHCs advokat at det var en del av strategien å henlede Høyesteretts oppmerksomhet til partene i arbeidslivets felles interesser, ved at NHO, Norsk Flygerforbund og arbeidsgiver sto sammen i saken for Høyesterett. Argumentasjonen ble også rettet mot tariffavtalens funksjon og betydningen av at pilotene hadde solidarisert seg med ordningen, fremfor å prosedere utelukkende på at det ikke var utvist skyld. (Fougner 2017)

saker. Å tolke et skyldkrav inn i en bestemmelse som utelukker det, der forarbeidene viser at lovgiver uttrykkelig har valgt å innføre objektivt ansvar, er vanskelig å forene med arbeidsdelingen mellom lovgiver og domstolene.<sup>411</sup> Problemet med mindretallets tilnærming er at et selskap i tilsvarende situasjon som CHC, dersom saksforholdet var nyere og skyldvurderingen irrelevant for ansvaret, etter arbeidsmiljølovens hovedregel måtte vært ilagt erstatningsansvar.

#### 4.4 Problem med objektivt ansvar for aldersdiskriminering

Innføringen av objektivt erstatningsansvar for aldersdiskriminering skaper noen særlige problemer. Som drøftelsen over har vist gjelder det spesielt dersom en tariffestet ordning senere vurderes som uberettiget forskjellsbehandling. Lovgiver har imidlertid uttrykkelig valgt denne ansvarskonstruksjonen, med henvisning blant annet til hvordan man forstår EU-rettens krav.

Etter mitt syn er forutsetningen i forarbeidene til arbeidsmiljølovens erstatningsbestemmelse, om at ansvar uten skyld uansett der diskriminering har funnet sted er «en nødvendig reaksjon etter EUs direktiver om forbud mot diskriminering i arbeidslivet», unyansert.<sup>412</sup> EU-domstolen har til sammenligning avvist et skyldkrav ved formuleringen av statlig erstatningsansvar, avgjørende etter EU-retten i denne sammenheng er om bruddet er tilstrekkelig kvalifisert. I vurderingen av om statens brudd på forpliktelser er kvalifisert, er det presumsjon for skyld.<sup>413</sup>

Som Domstolen presiserte i *Starjakob*, er medlemsstatene forpliktet til å kjenne diskriminerende bestemmelser i lov og avtaler ugyldige.<sup>414</sup> Valget av sanksjoner for privates overtredelser av nasjonal lov som gjennomfører

---

<sup>411</sup> Dette er gjort på strafferettens område, se Rt-2005-833. Her var det imidlertid uskyldspresumsjonen etter EMK som slo igjennom overfor et norsk objektivt straffbarhetsvilkår for seksuell omgang med barn. Beskyttelseshensynene er etter mitt syn ikke sammenlignbare.

<sup>412</sup> Prop. 88 L (2013) s. 97–98.

<sup>413</sup> Se punkt 4.2.1.

<sup>414</sup> *Starjakob* premiss 43.

diskrimineringsforbudet er likevel opp til medlemsstatene; de kan «frit [...] vælge mellem de forskellige løsninger, der kan opfylde det formål, som de tilstræber, afhængigt af de forskellige situationer, der kan opstå».<sup>415</sup>

EU-retten stiller krav til resultatet: Sanksjonene fastsatt i nasjonal rett må være avskrekkende, og egnet til at domstolene kan sikre faktisk og effektiv rettsbeskyttelse.<sup>416</sup> I en situasjon der en arbeidstaker forbigås ved ansettelse, har EU-domstolen vurdert at effektiv rettsbeskyttelse ikke ville oppnås dersom arbeidstaker må bevise arbeidsgivers skyld.<sup>417</sup>

Domstolen tar utgangspunkt i de konkrete spørsmålene den er forelagt. Det uttales ikke i *Dekker* at det kreves et rent objektivt ansvar i *alle* situasjoner, men at ansvar ikke kan være avhengig av at saksøker beviser at arbeidsgiver utviste skyld i en situasjon der en arbeidstaker blir forbigått på grunn av sitt kjønn i en ansettelsessituasjon.

Etter mitt syn er *Dekker* neppe til hinder for en ansvarsregel som innebærer at arbeidsgiver i enkelte tilfeller ikke er erstatningsansvarlig, for eksempel der arbeidsgiver i god tro har opptrådt i henhold til regler som er bindende for henne.<sup>418</sup> Dommen gir ikke klar veiledning for andre tilfeller enn det den tar stilling til. Kravet til effektiv håndheving av rettigheter som utledes av EU-retten krever ikke at alle krenkelser skal utløse erstatningsansvar.

EU-domstolen har ikke tatt tilsvarende stilling til krav til ansvarskonstruksjonen ved aldersdiskriminering. Det kan kanskje legges til grunn at det i sammenlignbare situasjoner må stilles like krav, men det er ikke tydelig avklart i rettspraksis.<sup>419</sup>

Det er heller ikke dekning i EU-domstolens praksis for å oppstille et krav til objektivt erstatningsansvar for alle typer overtredelse av bestem-

---

<sup>415</sup> *Starjakob* premiss 44–45.

<sup>416</sup> Se rammedirektivet artikkel 17.

<sup>417</sup> Se *Dekker* premiss 24. Uttalelsen er gjentatt i *Draehmpaehl*. Dommene dreier seg om kjønnsdiskriminering, men de generelle uttalelsene om effektivitet vil ha overføringsverdi til lignende tilfeller av diskriminering på andre grunnlag. Se også Nielsen (2010) s. 408–410.

<sup>418</sup> Som en tariffavtale.

<sup>419</sup> Slik at en arbeidstaker som forbigås ved ansettelse på grunn av sin alder, uten saklig grunn, bør ha samme rettigheter som en kvinne som forbigås fordi hun er gravid.

melser i nasjonal rett som gjennomfører aldersdiskrimineringsforbudet. Direktivet krever etter sin ordlyd at sanksjonene skal stå i rimelig forhold til *overtredelsen*, og stiller ikke uttrykkelig krav til forholdet mellom arbeidstakers tap og kompensasjonen.<sup>420</sup>

EU-domstolen har også indirekte markert enkelte forskjeller mellom diskrimineringsgrunnlagene alder og kjønn, med hensyn til situasjoner som kan gi arbeidstaker krav på økonomisk kompensasjon.<sup>421</sup>

Det er ikke tydelig avklart i rettspraksis, men forskjellige krav til erstatningssanksjoner i nasjonal rett for brudd på henholdsvis kjønnsdiskrimineringsforbudet og aldersdiskrimineringsforbudet, kan begrunnes i at direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn i utgangspunktet ikke er tillatt.<sup>422</sup> Det er en langt videre adgang til direkte forskjellsbehandling på grunn av alder som kriterium i seg selv.<sup>423</sup> Jeg mener det på denne bakgrunn bør stilles ulike krav: Det kan tenkes flere tilfeller der det er vanskelig, selv for en aktsom arbeidsgiver, å avgjøre om grensen for diskriminering er overtrådt – og der et ansvar helt uavhengig av skyld kan slå urimelig ut.

Dette kan for eksempel gjelde ved ansettelse for rekrutteringsstillinger der yngre personer søkes spesielt, eller ved nedbemanning.<sup>424</sup> Aldersgren-

---

<sup>420</sup> Se rammedirektivet artikkel 17, sammenlignet med direktiv 2006/54/EF artikkel 18, jf. punkt 4.2.2.

<sup>421</sup> Se punkt 4.2.2. og den forskjellen som synes å følge av dommene i henholdsvis *Levez* og *Specht/Starjakob*.

<sup>422</sup> Se direktiv 2006/54 om likebehandling av menn og kvinner, artikkel 14 (2). Adgang til direkte forskjellsbehandling mellom kjønn er begrenset til tilfeller hvor et kjønns-spesifikt trekk er et avgjørende yrkesmessig krav, tilsvarende rammedirektivets artikkel 4 (1). Noen adgang tilsvarende rammedirektivets artikkel 6 (1) fins ikke for kjønnsbestemt forskjellsbehandling. Se også Barnard (2012) s. 372.

<sup>423</sup> Rammedirektivet artikkel 6 (1), se nærmere punkt 3.3.3. Andre grunnlag for forskjellsbehandling mellom personer med ulik alder eller mellom kjønn krever at disse forholdene står i direkte sammenheng med et annet, relevant, krav som begrunner forskjellsbehandlingen. Se punkt 3.3.2.

<sup>424</sup> Se Rt-2011-609 SAS, se punkt 3.4.2.3. Det kan tenkes nedbemanningssituasjoner der det er vanskeligere å avgjøre om aldersbestemt forskjellsbehandling er legitim, for eksempel der eldre arbeidstakere bare har rett til en lav pensjon, og yngre ansatte har noe bedre utsikter til ny jobb enn tilfellet i SAS. Se også *Fuchs og Köhler* og *Georgiev*; det kan være legitimt for arbeidsgiver å vektlegge en balansert alderssammensetning. Hvorvidt kravene til målrettet rekruttering er oppfylt, kan være vanskelig for en arbeidsgiver å avgjøre.

ser eller systemer for avlønning eller goder kan være bygget på hensyn som senere kjennes uberettigede, selv om systemet er innført gjennom avtale med tillitsvalgte, i god tro.<sup>425</sup> På grunn av regelen i arbeidsmiljøloven § 13-9 vil arbeidsgiver likevel kunne kjennes erstatningsansvarlig, dersom det konstateres at slike bestemmelser innebærer diskriminering.

I Norge har lovgiver altså valgt å innføre én erstatningsregel, som gjelder uavhengig av hvilken situasjon som har oppstått. Erstatningsansvaret er rent objektivt.<sup>426</sup> Dette vil si at også i tilfeller der det ville være nær umulig for arbeidsgiver å handle annerledes, vil ansvar inntre. Dette illustreres av mindretallets votum i *CHC II*: Annenvoterende konstaterer at CHC var i en situasjon der det var «intet handlingsrom å operere innenfor – men et enten eller – i et usikkert rettslig farvann». Arbeidsgiver måtte velge mellom å bryte tariffavtalen ut fra en mistanke om at den var diskriminerende, og risikere streik, eller opprettholde aldersgrensen, og risikere å bli dømt for diskriminering.<sup>427</sup> På dette punktet fastslo Høyesterett enstemmig at CHC ikke handlet uaktsomt.<sup>428</sup>

I tillegg til at ansvaret i dag er objektivt, overlater arbeidsmiljøloven lite til rettens skjønn i erstatningsutmålingen; arbeidstakers fulle økonomiske tap «skal» dekkes. Der en aldersgrense håndheves, kan tapet bli stort; arbeidstakere som blir «tvangspensjonert» taper både lønn og pensjonsopptjening.<sup>429</sup> Arbeidstakere som bestrider en aldersgrense har ikke rett til å stå i stillingen til saken er avgjort ved dom, slik at tapet ikke begrenses ved at arbeidstaker mottar lønn.<sup>430</sup>

<sup>425</sup> Her er en tilleggsdimensjon ved at arbeidstvistloven § 6 fastsetter at bestemmelser i en individuell avtale som strider mot tariffavtalen, er ugyldig. Dermed kan arbeidsgiver i utgangspunktet ikke sette tariffavtalens bestemmelser til side for enkeltansatte, selv om det skulle være sannsynlig at tariffavtalen fører til aldersdiskriminering. Se også Hotvedt (2017), særlig pkt. 4.3.

<sup>426</sup> Oppreisning og erstatning kan kreves «uavhengig av om arbeidsgiveren kan bebreides», jf. § 13-9.

<sup>427</sup> *CHC II* premiss 107.

<sup>428</sup> Se flertallets votum i *CHC II*, premiss 92.

<sup>429</sup> Fra pilotenes fratreden til Høyesteretts dom i *CHC I* var tapet beregnet til rundt 30 millioner kroner totalt.

<sup>430</sup> Se kjennelsen i Rt-2011-974, premiss 25 og 32. Førstvoterende viser til forarbeidene til aml § 15-13a, Ot.prp.nr.54 (2008–2009) s. 85–86, der det legges til grunn at retten til å stå i stilling ikke gjelder. Det kom også Høyesterett til, uten at forholdet til opp-

Det må være adgang til å lempe ansvaret etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper eller skadeserstatningsloven § 5-2. Etter mitt syn har likevel innføringen av objektivt ansvar ført til en usikker rettstilstand. Det kan ikke legges til grunn at domstolene vil lempe ansvaret alene fordi rettsbruddet følger av tariffavtale i enkelttilfeller. Det er det strengt tatt ikke hjemmel for i dagens arbeidsmiljølov, og det ville innebære en uthuling av lovens regel.

Jeg mener et objektivt erstatningsansvar for aldersdiskriminering, i lys av forholdene jeg har drøftet ovenfor, burde vært tydeligere begrunnet. Dette særlig fordi begrunnelsen for regelen synes å bygge på en streng tolkning av EU-rettens krav, som det ikke er klar dekning for i EU-rettspraksis. Ettersom aldersdiskrimineringsforbudet ikke er utslag av noen EØS-rettslig forpliktelse, stiller heller ikke EU-retten krav direkte. Det er et lovgivervalg hvor strenge sanksjonene for diskriminering i norsk rett bør være, men en objektiv erstatningssanksjon er streng, og bør være grundig begrunnet fra lovgiverhold.

Et postulat om at alle som diskrimineres har samme behov for en effektiv erstatningssanksjon, som begrunnelse for en erstatningsregel som kan ha svært vidtrekkende økonomiske konsekvenser for arbeidsgivere, burde etter mitt syn vært utdypet.<sup>431</sup> Selv om arbeidsmiljøloven § 13-9 antakelig formelt gir et vern mot diskriminering «minst på høyde» med EU-retten, tilsier hensynene til rettssikkerhet og forutberegnelighet etter mitt syn at det bør være adgang til å differensiere mellom ulike former for aldersdiskriminering. Jeg mener dommen i *CHC II* – både flertallets votum og dissensen – viser at et rent objektivt ansvar på dette området er uhenksom. Lovgiver har etter mitt syn atskillig oppfordring til å revurdere utformingen av erstatningsregelen i arbeidsmiljøloven.

---

arbeidelse av et eventuelt erstatningsmessig tap drøftes. Rt-2011-964 *Gjensidige* aktualiserte ikke problemet, fordi aldersgrensen ble funnet gyldig.

<sup>431</sup> Se nærmere punkt 4.3.2. og Prop. 88 L (2012–2013) s. 97 der det direkte sitatet står.



## 4.5 Statlig erstatningsansvar for aldersdiskriminerende norsk lov?

Ettersom aldersdiskrimineringsforbudet i norsk rett ikke er utslag av en EØS-rettslig forpliktelse, er det ikke rettslig grunnlag for å kreve erstatning etter det *EØS-rettslige* erstatningsansvaret dersom man mener staten har overtrådt forbudet. Staten kan imidlertid kjennes erstatningsansvarlig for lovgivningsfeil også på andre grunnlag.<sup>432</sup>

Etter *Kystlink*-dommen fikk Fellesforbundet for sjøfolk medhold i Den europeiske sosialrettskomiteen i at 62-årsgrensen i sjømannsloven var i strid med Europarådets konvensjon om sosiale rettigheter (Sosialpakten).<sup>433</sup> Fellesforbundet, som hadde ført saken for sjømannen i Norge og for Sosialkomiteen, hevdet staten var erstatningsansvarlig for lovgivningsfeil ved at sjømannsloven § 19 var i strid med Sosialpakten.<sup>434</sup>

For Høyesterett frafalt forbundet en anførsel om at statens erstatningsansvar fulgte direkte av feilaktig inkorporering av rammedirektivet som forbyr aldersdiskriminering i arbeidslivet.<sup>435</sup> Forbundet anførte likevel at det var uten betydning at Norge ikke var forpliktet til å gjennomføre direktivet, fordi EU-domstolen allerede i *Mangold* fastslo at forbudet mot aldersdiskriminering er et alminnelig prinsipp i EU-retten.<sup>436</sup> Forbundet

<sup>432</sup> Skl. § 2-1 hjemler statens arbeidsgiveransvar, og omfatter i prinsippet også Stortingets virksomhet. Se nærmere om dette og diskusjonen om andre grunnlag for statsansvar i Arnesen (1997), særlig s. 659–660.

<sup>433</sup> HR-2016-296-A. Saken er «etteroppgjøret» etter Rt-2010-202 *Kystlink*, se nærmere om denne over i pkt. 3.4.2.2. Se European Committee of Social Rights, i klagesak 74/2011 *Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) v. Norway*. Komiteen fant at kravet til saklig grunn for oppsigelse etter Sosialpakten artikkel 24 var brutt. Den reviderte Sosialpakten er ratifisert av Norge, men ikke inkorporert i norsk rett.

<sup>434</sup> Sjømannsloven § 19 var opphevet før saken ble behandlet av Sosialkomiteen. 62-årsgrensen ble hevet til 70 år ved skipsarbeidsloven § 5-12 i 2013. Avgjørelsen i Sosialrettskomiteen fikk dermed ingen direkte praktiske følger, Europarådets ministerkomité konstaterte at det ikke var grunnlag for videre behandling.

<sup>435</sup> Direktiv 2000/78/EF. Se HR-2017-219-A avsnitt 15.

<sup>436</sup> Dommen i *Mangold* falt i 2005, året etter innføringen av aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven.

mente dette hadde betydning også for tolkningen av Sosialpakten, og dennes gjennomslag i norsk rett.<sup>437</sup>

Høyesterett avviste enstemmig at det forelå statlig erstatningsansvar. Høyesterett understreker at det generelt tilligger lovgivers kompetanse å avgjøre hvilke konvensjoner som skal inkorporeres i norsk rett og hvordan, og at en generell erstatningsplikt for folkerettsbrudd «kan bidra til å undergrave dette prinsippet».<sup>438</sup> Når erstatningsansvar kan følge av manglende eller feilaktig gjennomføring av EØS-direktiver, bygger ansvaret på at EØS-avtalen er en avtale «som i seg selv inkluderer det prinsipp at statene kan pådra seg erstatningsansvar». Dermed er det ikke lovgivers brudd på en folkerettslig forpliktelse som utgjør et eventuelt erstatningsgrunnlag, men EØS-avtalens særlige *sui generis*-karakter.<sup>439</sup> Høyesterett viser til at heller ikke dette statsansvaret er objektivt, men forutsetter en kvalifisert forsømmelse.<sup>440</sup>

Høyesterett viser til at rammedirektivet ikke oppstiller klare rammer for lovgivningen, samt at det ikke forelå avgjørelser fra EU-domstolen om adgangen til å fastsette lavere aldersgrenser for opphør av stillingsvern i sammenlignbare yrker som sjømannsyirket.<sup>441</sup> Videre fastslår førstvoterende at saksforholdet i *Mangold* skilte seg fra tilfellet i *Kystlink*, og at dommen ikke klargjorde forståelsen av direktivet på en måte som kunne overføres til *Kystlink*-saken.<sup>442</sup>

Heller ikke EU-domstolens uttalelser om et «overordnet EU-rettslig prinsipp» om forbud mot aldersdiskriminering bidrar etter Høyesteretts syn til klargjøring.<sup>443</sup> Når det ikke fremgikk klart av tolkningen av direktivet i 2010 at sjømannsloven § 19 var diskriminerende, fastslår førstvoterende at heller ikke rettstilstanden i EU var fastlagt på en slik

---

<sup>437</sup> HR-2016-296-A (*Kystlink II*), premiss 15–18. Se nærmere om prinsipp-spørsmålet i kapittel 5.

<sup>438</sup> Premiss 44–45.

<sup>439</sup> Premiss 46–48, med henvisninger til E-9/97 *Sveinbjörnsdottir og Francovich*.

<sup>440</sup> Premiss 51.

<sup>441</sup> Denne vurderingen i dommen er basert på rettstilstanden i 2007, tidspunktet for faktum i *Kystlink I*.

<sup>442</sup> Premiss 66.

<sup>443</sup> Premiss 67.

måte at det kunne bidra til forståelsen av Sosialpaktens diskrimineringsforbud i 2007.<sup>444</sup> Selv om Sosialpakten hadde vært inkorporert, fastslår førstvoterende, ville ikke erstatningsvilkårene vært oppfylt.<sup>445</sup>

Anførselen om at staten var ansvarlig fordi vedtaket om å videreføre sjømannsloven § 19 i 2006 bygget på feilaktige forutsetninger om forholdet til diskrimineringsvernet, avvises også. Høyesterett presiserer at det i alminnelighet er «opp til Stortinget å påse at det foreligger et forsvarlig grunnlag for et lovvedtak».<sup>446</sup>

Uttalelsene om at direktivet overlater et såpass vidt skjønn til statene at det skal mye til for å statuere ansvar for aldersdiskriminerende regler, kan tyde på at Høyesterett ville resonnert langs de samme linjer dersom direktivet var gjennomført som en EØS-rettslig forpliktelse. EU-domstolens uttalelser i *Specht* om betydningen av skjønnsmarginen ved uavklart rettsstilstand, tilsier etter mitt syn at det i så fall ville vært i tråd med EU-retten, og dermed også EØS-retten.<sup>447</sup>

---

<sup>444</sup> Premiss 72–73, med henvisning til at sjømannsloven § 19 ble videreført etter «implementering» av rammedirektivet.

<sup>445</sup> Premiss 75.

<sup>446</sup> Premiss 82.

<sup>447</sup> Se *Specht* premiss 102–103, og nærmere i punkt 4.2.2 ovenfor.

## 5 Forbudet mot aldersdiskriminering som europarettlig prinsipp

### 5.1 Innledning

EU-domstolen har fastslått at rammedirektivets forbud mot aldersdiskriminering bare er et uttrykk for et «alminnelig EU-rettslig prinsipp».

Domstolens bruk av «generelle prinsipper» er fremmed i nordisk juridisk tenkning. Det er ofte uklart, og omdiskutert, hvordan EU-domstolen utleder slike prinsipper, hvilken betydning den tillegger dem, og om prinsippene, brukt som rettskilder, har større vekt enn andre rettskilder.<sup>448</sup> To problemstillinger skal behandles i det følgende: Den første er hvilke rettslige konsekvenser det har i EU-medlemsstatene at en regel anses å utgjøre et alminnelig prinsipp. Den andre er om de rettskilder EU-domstolen viser til for å underbygge prinsippet, innebærer at prinsippet, med samme innhold som i EU-retten, må anses som et europarettlig prinsipp som gjelder i hele EØS.

Jeg vil først redegjøre for prinsippets rettslige grunnlag, før jeg drøfter noen særlige spørsmål knyttet til prinsippets direkte virkning. Til slutt behandles spørsmålet om prinsippets stilling i EØS.

### 5.2 Diskrimineringsforbudet som «alminnelig EU-rettslig prinsipp»

#### 5.2.1 Oversikt: EU-domstolens utvikling av prinsippet

I april 2016 fastslo EU-domstolen i storkammer i *Ajos/Rasmussen* at det alminnelige EU-rettslige prinsipp om forbud mot aldersdiskriminering skal legges til grunn også i tvister mellom private, også der nasjonal lov

---

<sup>448</sup> Fredriksen påpeker at det kan se ut til at jo lengre listen over «general principles» blir, «the less convincing the legal reasoning in which they are cited may seem to Nordic lawyers» (Fredriksen 2017, pkt. II)

ikke gir grunnlag for en løsning i tråd med direktivet.<sup>449</sup> Dommen føyer seg inn i, og videreutvikler, en linje i Domstolens praksis som begynte i *Mangold* i 2005.<sup>450</sup>

Domstolen ser det slik at forbudet, «der nu er fastsat i artikkel 21 i Den Europæiske Unions charter om grunnleggende rettigheter, skal anses for et almindeligt EU-retligt princip», og at dette innebærer at private ikke kan basere seg på nasjonal lov, dersom loven ikke overholder prinsippet.<sup>451</sup> Det rettslige grunnlaget for et slikt prinsipp med forrang over nasjonal rett er ikke umiddelbart klart.

EU-domstolen henviser i nyere praksis hyppig til Charteret som et rettslig grunnlag for at forbudet mot aldersdiskriminering utgjør et alminnelig prinsipp.<sup>452</sup> Charterets artikkel 21 er generelt utformet, og fastsetter at enhver diskriminering på ethvert grunnlag, herunder alder, skal forbys. Charteret retter seg i utgangspunktet bare mot EUs organer og medlemsstatene under gjennomføring og håndheving av EU-retten.<sup>453</sup>

Prinsippet ble imidlertid etablert i *Mangold*. Denne dommen ble avsagt i 2005, mens Charteret fortsatt var «soft law»,<sup>454</sup> og prinsippet ble dermed etablert uten den støtten Charteret i dag gir. I *Mangold* fastslo

<sup>449</sup> *Ajos/Rasmussen*-dommen og hovedsakens faktum er behandlet ovenfor under 3.3.3.6. Jeg går nærmere inn på betydningen av dommen og etterspillet i dansk Høyesteret i punkt 5.3.3.

<sup>450</sup> Utviklingen startet altså året etter at forbudet mot aldersdiskriminering var inntatt i arbeidsmiljøloven.

<sup>451</sup> *Ajos/Rasmussen* premiss 22 og 42. Jeg behandler denne direkte virkningen nærmere under 5.3.

<sup>452</sup> Se *Küçükdeveci* premiss 22 og *Prigge* premiss 38. I *Hennigs og Mai* beskriver Domstolen «prinsippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, anført i chartrets artikkel 21 og præciseret ved direktiv 2000/78». I *Felber* uttaler Domstolen at prinsippet er «forankret i chartrets artikkel 21 og konkretiseret ved direktiv 2000/78»; denne formuleringen er den klareste henvisningen til Charteret som rettslig grunnlag for prinsippet. Se også Walkila (2015) s. 181 om utviklingen i EU-domstolens forankring av prinsippet.

<sup>453</sup> Charteret skal ikke utvide EU-rettens anvendelsesområde, etablere nye oppgaver eller kompetanser for unionens organer, eller endre de eksisterende, jf. erklæring 1 i bilag til Lisboa-traktaten. Se Peers m.fl. (2014) s. 579 og Barnard (2012) s. 265 om forskjellen mellom Charteret og TEUV art. 19, kompetansebestemmelsen som hjemler rammedirektivet.

<sup>454</sup> *Mangold* er omtalt over i punkt 3.3.3.3 og 3.3.3.6. Charteret ble rettslig bindende for EUs medlemsstater først ved ikrafttreddelsen av Lisboa-traktaten i 2009.

EU-domstolen at rammedirektivet bare fastsetter en «generel ramme» for å bekjempe forskjellsbehandling på grunn av alder, og forklarte det rettslige grunnlaget for selve forbudet mot aldersdiskriminering slik:

«selve prinsippet om forbud mod disse former for forskelsbehandling, som det fremgår af betragtning 1 og 4 til direktivet, har sin oprindelse i forskellige internationale konventioner og i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner. Prinsippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder skal anses for et almindeligt fællesskabsretligt princip.»<sup>455</sup>

Domstolen la til grunn at nasjonale domstoler var forpliktet til å sette til side nasjonal lovgivning som var i strid med prinsippet om forbud mot aldersdiskriminering. EU-domstolen etablerte aldersdiskrimineringsforbudet som prinsipp med utgangspunkt i medlemsstatenes forpliktelse til å overholde det *generelle* likebehandlingsprinsippet.<sup>456</sup>

Etter *Mangold* inntok flere av generaladvokatene en kritisk holdning til et spesifisert prinsipp om forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder, med henvisning til at det etter deres oppfatning ikke fantes noe

---

<sup>455</sup> *Mangold* premiss 74–75.

<sup>456</sup> *Mangold* premiss 76. Domstolen uttalte seg her om adgangen til å gi lovgivning av den typen som var gitt i Tyskland. Generaladvokat Tizzano bygget sitt forslag på «den almindelige lighedsgrundsætning, som er klar, præcis og ubetinget». Han mente det var «hævet over enhver tvivl, at den forelæggende ret i dette tilfælde skal undlade at anvende en national bestemmelse, der er i strid med dette princip, idet det har direkte virkning» (se forslaget til avgjørelse avsnitt 101). Dette bygger på C-442/00 *Rodríguez Caballero*, der det i premiss 32 uttales at «Blandt grundrettighederne findes navnlig det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling. I henhold til dette princip må forhold, der er sammenlignelige, ikke behandles forskelligt, medmindre en sådan forskelsbehandling er objektivt begrundet». Domstolen fulgte opp i *Mangold* med å erklære forbudet mot aldersdiskriminering som et prinsipp (premiss 75).

klart rettslig grunnlag for et slikt prinsipp,<sup>457</sup> og heller ikke noen påviselig «felles» eller «forfatningsmessig» tradisjon for et slikt prinsipp.<sup>458</sup>

I *Küçükdeveci* ble utgangspunktet fra *Mangold* likevel bekreftet og videreutviklet.<sup>459</sup> Den foreleggende domstol ba EU-domstolen svare på hvorvidt en diskriminerende ordning i nasjonal rett skulle vurderes på grunnlag av prinsippet, forstått som EU-rettslig primærrett, eller rammedirektivet. *Küçükdeveci* ble avsagt etter at Charteret ved Lisboa-traktaten hadde blitt bindende for medlemsstatene, men faktum var eldre.<sup>460</sup>

Domstolen viste til *Mangold* og konstaterte at «det fremgår af artikel 6, stk. 1, TEU, at Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder har samme juridiske værdi som traktaterne. Ifølge chartrets artikel 21, stk. 1, er «[e]nhver forskelsbehandling på grund af [...] alder [...] forbudt»».<sup>461</sup> Domstolen fastslår at det følger av dette at «det er på grundlag af det almindelige EU-retlige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, således som dette princip er konkretiseret ved direktiv 2000/78, at det skal efterprøves, om EU-retten er til hinder for nationale bestemmelser som de i hovedsagen».<sup>462</sup>

Domstolen legger altså til grunn at *prinsippet* skal vurderes som EU-rettslig primærrett, og at Charteret sammen med Domstolens uttalelser i *Mangold* utgjør det rettslige grunnlaget for dette. *Rettsregelen* som skal

<sup>457</sup> Se forslag til avgjørelse fra generaladvokat Sharpston i C-427/06 *Bartsch*, avsnitt 32–39. Se også forslag til avgjørelse i sak C-13/05 *Chacón Navas* fra generaladvokat Geelhoed, avsnitt 46–56. Generaladvokaten redegjør for bakgrunnen for TEUV artikkel 19, og at EUs kompetanse etter denne ble innskrenket i traktatprosessen, som viser at regulering av disse diskrimineringsgrunnlagene ikke var ukontroversielt.

<sup>458</sup> Evju (2006), s. 144–145 viser til at det blant medlemsstatene bare var Finland som hadde grunnlovsfestet forbud mot aldersdiskriminering. Se Finlands Grunnlag artikkel 6. Generaladvokat Sharpston konkluderer i forslaget til avgjørelse i C-427/06 *Bartsch* (avsnitt 43) med at et spesifisert forbud ikke har grunnlag i noen europeisk konstitusjonell tradisjon.

<sup>459</sup> C-555/07 *Küçükdeveci* ble avsagt i storkammer i 2010, se punkt 3.3.3.5.

<sup>460</sup> Seda Küçükdeveci ble oppsagt som 28-åring i 2006. Arbeidsgiver beregnet oppsigelsestid som om hun hadde tre års ansiennitet, selv om hun hadde jobbet i bedriften i ti år, på grunn av en lovbestemmelse som fastsatte at ansiennitet fra før fylte 25 år ikke skulle medregnes. EU-domstolen fant bestemmelsen aldersdiskriminerende (se premiss 43).

<sup>461</sup> *Küçükdeveci* premiss 21–22.

<sup>462</sup> *Küçükdeveci* premiss 27.

håndheves skal likevel fastlegges ut fra direktivet, som «konkretisering» av prinsippet. Domstolen bygger i det videre hele sin vurdering på reglene slik de kan utledes av direktivet.<sup>463</sup> I *Felber* gjentar Domstolen dette i klartekst:

«Således som det følger af Domstolens praksis, skal medlemsstaterne, når de vedtager foranstaltninger, som falder ind under anvendelsesområdet for direktiv 2000/78, der [...] konkretiserer princippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder, handle i overensstemmelse med dette direktiv [...] de spørgsmål, der er forelagt i forbindelse med hovedsagen [...] behandles alene på grundlag af direktiv 2000/78.»<sup>464</sup>

I en rekke dommer etter *Mangold* og *Küçükdeveci* har EU-domstolen henvist til disse dommene, og fastslått at rammedirektivet konkretiserer et prinsipp om forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder på arbeidslivets område.<sup>465</sup> I *Ajos/Rasmussen* presiserer Domstolen at dette prinsippet «blot er et særligt udtryk for [...] det grundlæggende princip om ligebehandling».<sup>466</sup>

Rettspraksis må etter mitt syn forstås slik at Domstolen mener at prinsippet er utledet av EU-rettens generelle, bakenforliggende likebehandlingsprinsipp.<sup>467</sup> Den har likevel etablert at det spesifikke forbudet mot aldersdiskriminering skal vurderes som et prinsipp *i seg selv*, med et særskilt rettslig innhold, som kommer til uttrykk i rammedirektivets regler. Det rettslige grunnlaget EU-domstolen bygget på i *Mangold* var nok spinkelt.<sup>468</sup> I dag binder Charteret medlemsstatene, og gir dermed et mer solid rettslig grunnlag for prinsippet, slik at det ikke er samme grunnlag for kritikk som før.

---

<sup>463</sup> *Küçükdeveci* premiss 28–43.

<sup>464</sup> *Felber* premiss 16–17.

<sup>465</sup> *Prigge* premiss 38 (min utheving), og tilsvarende bl.a. C-297/10 og C-298/10 *Hennigs og Mai* premiss 47.

<sup>466</sup> *Ajos/Rasmussen* premiss 26.

<sup>467</sup> Se kapittel 2 om det generelle likebehandlingsprinsippet.

<sup>468</sup> Evju (2006) mener prinsippet sto «på sandgrunn» (s. 145). Nielsen (2006) s. 262 er mindre kritisk.



## 5.2.2 Betydning for forbudets virkeområde

Etter *Mangold* fremsto det uklart om det generelle prinsippet var av en slik art at det kunne komme til anvendelse uavhengig av om det fantes EU-rettslig regulering på det aktuelle rettsområdet.<sup>469</sup> I dag er det avklart at dette ikke er tilfelle. Domstolen legger i *Ajos/Rasmussen* til grunn at:

«for at det almindelige princip om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder kan finde anvendelse på en situation [...] skal denne situation desuden være omfattet af anvendelsesområdet for det forbud mod forskelsbehandling, der er fastsat i direktiv 2000/78.»<sup>470</sup>

Klarleggingen kom i *Bartsch* i 2008. Domstolen fastslo her at «Fællesskabsretten indeholder ikke et forbud mod forskelsbehandling på grundlag af alder, hvis beskyttelse medlemsstaternes domstole skal sikre, hvis den muligvis diskriminerende behandling ikke har nogen forbindelse med fællesskabsretten».<sup>471</sup> Tvisten gjaldt en begrensning i adgangen til å kreve enkepensjon. Regelverket innebar diskriminering, ved at det begrenset yngre enkers rettigheter, men det falt ikke under direktivets virkeområde. EU-domstolen understreket at TEUV artikkel 19 er en kompetansebestemmelse, som ikke i seg selv gir grunnlag for å bringe situasjoner i medlemsstatene inn under EU-rettens anvendelsesområde.<sup>472</sup> Avklaringen kom på oppfordring fra generaladvokat Sharpston, som hadde bedt EU-domstolen avklare den usikre rettskildesituasjonen etter *Mangold*.<sup>473</sup>

<sup>469</sup> Se Evju (2006) s. 144–146 som diskuterer dette opp mot kjønnsdiskrimineringsforbudet.

<sup>470</sup> *Ajos/Rasmussen* premiss 24.

<sup>471</sup> C-427/06 *Bartsch*, premiss 27.

<sup>472</sup> *Bartsch* premiss 18. Domstolen uttaler at det at TEF artikkel 13 (som i dag er TEUV artikkel 19) er en kompetansebestemmelse skiller den fra daværende TEF artikkel 12 (i dag TEUV artikkel 18), som i seg selv uttrykker forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling. Sistnevnte kan påberopes så lenge forholdet ligger innenfor *traktatens* anvendelsesområde, altså på alle områder EU-retten kan regulere.

<sup>473</sup> Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Sharpston i C-427/06 *Bartsch*, se avsnitt 49–60.

*Bartsch*-dommen ble avsagt før Charteret fikk bindende virkning i medlemsstatene, men det samme utgangspunktet er altså lagt til grunn i senere praksis. Prinsippet om forbud mot aldersdiskriminering kommer, på samme måte som forbudet mot kjønnsdiskriminering, bare til uttrykk på områder som er regulert av EU-rett.<sup>474</sup>

Det vil si at anvendelse av prinsippet per i dag er begrenset til arbeidslivsområdet, som er omfattet av virkeområdet til rammedirektivet. Det kreves et konkret rettsgrunnlag, for eksempel i form av et direktiv, for at prinsippet skal komme til anvendelse på andre rettsområder.

## 5.3 Prinsippetets betydning i forholdet mellom private parter

### 5.3.1 Ubetinget og presis EU-regulering som primært rettsgrunnlag

Spørsmålet videre er hvilke rettslige konsekvenser det har for private parter at aldersdiskrimineringsforbudet slik det fremgår av rammedirektivet skal anses for et alminnelig EU-rettslig prinsipp.<sup>475</sup> Fremstillingen her avgrenses til rettsvirkninger i EU-medlemsstatene.<sup>476</sup>

Det følger av fast rettspraksis at direktiver ikke i seg selv kan skape forpliktelser for private.<sup>477</sup> EU-domstolen har imidlertid funnet at direktiver på visse vilkår kan ha *direkte virkning* i den forstand at de i seg selv kan gi grunnlag for rettigheter mot offentlige myndigheter og organer: Bestemmelser som er *ubetingede* og *tilstrekkelig presise* kan påberopes av private som rettsgrunnlag direkte for nasjonale domstoler. Dette beskrives

---

<sup>474</sup> Se nærmere om dette C-149/77 *Defrenne III*, premiss 24.

<sup>475</sup> Statene er forpliktet til EU-retten som folkerett, og kan holdes ansvarlige for brudd på gjennomføringsforpliktelser. Se punkt 4.2.1.

<sup>476</sup> I kapittel 5.4 drøfter jeg om prinsippet har rettslige konsekvenser i EØS.

<sup>477</sup> Se kapittel 4.2.1. Se også *Ajos/Rasmussen* premiss 30, med henvisninger til bl.a. C-152/84 *Marshall I*. Se nærmere om direkte virkning Toth (1990) s. 166–176. Forordninger skal i motsetning til direktiver gjennomføres i nasjonal rett som sådan, og «gjelder umiddelbart i hver medlemsstat», jf. TEUV art. 288.

som «vertikal» direkte virkning, fordi direktiver bare kan påberopes av private som grunnlag for krav mot staten.<sup>478</sup>

For traktatene, som er EU-rettslig primærrett, er det derimot forutsatt at enkelte bestemmelser kan gjøres gjeldende også overfor private parter i nasjonal rett.<sup>479</sup> Såkalt «horisontal» direkte virkning innebærer at også private anses som pliktsubjekter etter EU-retten. Dette bygger på at traktatene, som EU-rettslig primærrett, er bindende i medlemsstatene på linje med nasjonal lov.<sup>480</sup> I motsetning til et prinsipp om direkte horisontal virkning for regler som følger av direktiver, skaper dette prinsippet ikke de samme problemer i nasjonal rett, siden traktatene er gjennomført i medlemsstatenes nasjonal rett i samsvar med de krav denne retten stiller. Traktatbestemmelsene er dermed operative også som nasjonal rett.

EU-domstolen synes i dag å ha etablert at *prinsipper*, selv om de ikke er kommet til uttrykk i primærretten, kan få tilsvarende horisontal direkte virkning. Dette kan illustreres med *Ajos/Rasmussen*, hvor EU-domstolen uttaler at *prinsippet* om forbud mot aldersdiskriminering skal legges til grunn også i en tvist mellom to private parter.

Tvisten i hovedsaken for danske Højesteret sto mellom Rasmussen og hans tidligere arbeidsgiver Ajos, og gjaldt Rasmussens rett til fratredelsesvederlag.<sup>481</sup> Arbeidsgiver påberopte seg den danske funksjonærlovens regel om at arbeidstakere over 60 år, som hadde rett til pensjon fra en

<sup>478</sup> Slik «vertikal» direkte virkning ble fastslått i C-41/74 *Van Duyn*. Domstolen uttaler at det må vurderes i hvert tilfelle om en direktivbestemmelses «art, oppbygning og ordvalg gjør den egnet til at have umiddelbar virkning i forholdet mellom medlemsstatene og dissers retsundergivne» (premiss 12–15). En direktivforpliktelse kan gjøres direkte gjeldende mot staten også som arbeidsgiver, som fastslått i *Marshall I* (premiss 48–51). Se Arnull (1999) s. 122–123, som drøfter følgene av vektleggingen av saksøktes status, som gjør arbeidstakeres vern avhengig av sektoren de jobber i. Se også Arnesen og Stenvik (2015) s. 140.

<sup>479</sup> Nielsen og Tvarnø (2016) beskriver dette som at traktatbestemmelser og grunnleggende rettigheter har «sterkere direkte virkning» enn direktiver. Jeg mener det er mer naturlig å bygge på at traktatene er forutsatt å gjelde som nasjonal lov *i seg selv*, slik EØS-avtalens hoveddel gjør tilsvarende i norsk rett, jf. TEUV artikkel 288 og EØS-avtalens artikkel 7.

<sup>480</sup> Se punkt 5.3.2. om horisontal direkte virkning av forbudene mot diskriminering på grunn av kjønn og nasjonalitet på dette grunnlaget.

<sup>481</sup> På det tidspunkt EU-domstolen og Højesteret behandlet saken var Rasmussen død, og boet var trådt inn i saken. Jeg omtaler for enkelthets skyld saksøker som Rasmussen.

arbeidsgiverbetalt ordning, ikke hadde rett til vederlaget. EU-domstolen hadde i *Andersen* funnet at denne bestemmelsen ble rammet av forbudet mot aldersdiskriminering.<sup>482</sup> Denne saken dreide seg imidlertid om en offentlig arbeidsgiver. For Høyesteret var spørsmålet om prinsippet også skulle anvendes direkte overfor en privat arbeidsgiver (*Ajos*), som hadde innrettet seg etter regelen i den danske funksjonærloven.<sup>483</sup>

Høyesteret spurte EU-domstolen om det EU-rettslige prinsippet om forutberegnelighet ga adgang til å la den private arbeidsgivers berettigede forventning, som hadde støtte i lovteksten og fast rettspraksis, gå foran prinsippet om forbud mot aldersdiskriminering.<sup>484</sup> Høyesteret påpekte at arbeidstakeren ville ha adgang til å kreve erstatning fra staten for manglende gjennomføring av direktivet, og spurte om dette kunne få betydning i avveiningen.<sup>485</sup>

EU-domstolen avviste Høyesterets løsning. Domstolen finner at selv om direktiver ikke kan forplikte private rettssubjekter,<sup>486</sup> må nasjonale domstoler sette til side nasjonale lovbestemmelser som ikke kan forenes med direktivet. Begrunnelsen er nasjonale domstoler må sikre borgerne den effektive rettsbeskyttelse *prinsippet* om forbud mot aldersdiskriminering skal gi.<sup>487</sup> Domstolen uttaler at:

«prinsippet om forbud mod forskelsbehandling på grund af alder tillægger private en subjektiv ret, der som sådan kan påberåbes, og som – selv i tvister mellem private – forpligter de nationale domstole til at undlade at anvende de nationale bestemmelser, der ikke

---

<sup>482</sup> C-499/08 *Andersen*.

<sup>483</sup> Nielsen og Tvarnø mener bestemmelsen kunne tolkes i overensstemmelse med direktivet, slik at sluttvederlag bare bortfalt dersom arbeidstakeren faktisk valgte å gå av med pensjon etter fylte 60 år, og ikke fortsette å jobbe. Forfatterne er kritiske til Høyesterets oppfatning av hva det innebærer å tolke *contra legem*, og finner støtte i generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i *Andersen*. Se Nielsen og Tvarnø (2016) s. 271–272. Jeg legger danske Høyesterets tolkning til grunn, siden problemet i saken ikke ville oppstått dersom domstolen hadde tolket loven slik Nielsen og Tvarnø argumenterer for.

<sup>484</sup> Se C-441/14 *Ajos/Rasmussen* premiss 28.

<sup>485</sup> Se Høyesterets dom i sak 15/2014, der spørsmålet gjengis på side 2–3.

<sup>486</sup> Se nærmere *Kücükdıvecı* premiss 46–47.

<sup>487</sup> *Ajos/Rasmussen* premiss 35.

er i overensstemmelse med det nævnte princip. I den foreliggende sag påhviler det derfor den forelæggende ret, såfremt den finder, at det er umuligt for den at sikre en overensstemmende fortolkning af den omhandlede nationale bestemmelse, at unnlade at anvende bestemmelsen.»<sup>488</sup>

EU-domstolen ga Høyesteret to alternative løsninger: Enten å fravike den etablerte tolkningen av funksjonærloven, og tolke loven i overensstemmelse med direktivet, slik at Rasmussen fikk rett på fratredelsesvederlaget, eller å sette til side lovens bestemmelse.<sup>489</sup> Domstolen fastslår at «[d]enne forpliktelse kan hverken drages i tvivl af retssikkerhedsprincippet eller princippet om beskyttelse af den berettigede forventning eller af den mulighed, som en privatperson [...] har for at drage den pågældende medlemsstat til ansvar for tilsidesættelse af EU-retten.»<sup>490</sup>

Slutningen bygger på *Kücükdeveci*, der Domstolen fastslo at nasjonale domstoler for å sikre EU-rettens fulle virkning «skal unnlade at anvende enhver national bestemmelse, der er i strid med dette princip».<sup>491</sup> *Kücükdeveci* ble presisert i *AMS*, der Domstolen uttalte at prinsippet om forbud mot aldersdiskriminering, «der er stadfæstet i chartrets artikkel 21, stk. 1, i sig selv er tilstrækkeligt til at tillægge private en subjektiv ret, der som sådan kan påberåbes».<sup>492</sup> *Kücükdeveci*, lest i lys av *AMS*, kan dermed ses som etableringen av en horisontal direkte virkning basert på Charteret.<sup>493</sup> Det var en nyvinning, idet det tidligere er lagt til grunn at Charteret utelukkende gjelder for EUs medlemsstater og EU-organene i gjennomføringen av EU-retten.<sup>494</sup> «Testen» for anvendelse av charterbestemmelser som rettsgrunnlag mellom private synes å være

<sup>488</sup> *Ajos/Rasmussen* premiss 36–37.

<sup>489</sup> Domstolen bygger på at plikten til tilsidesettelse av nasjonal rett oppstår først dersom det ikke er mulig å tolke denne i overensstemmelse med EU-retten, slik den fastslo i *C-282/10 Dominguez* premiss 23. Se *Ajos/Rasmussen* premiss 31–34.

<sup>490</sup> *Ajos/Rasmussen*, domsslutningens punkt 2.

<sup>491</sup> *Kücükdeveci* premiss 51.

<sup>492</sup> *C-176/12 AMS* premiss 47. Se nærmere Walkila (2015) s. 177–181.

<sup>493</sup> Se Walkila (2015) s. 40, og Nielsen og Tvarnø (2017) s. 223.

<sup>494</sup> Se nærmere om *AMS*, som dreide seg om retten til ansatterepresentasjon og Charterets art. 27, Peers (2014).

om bestemmelsen krever mer spesifikk regulering i nasjonal rett, eller om den i seg selv er tilstrekkelig ubetinget og «fast» til å anvendes direkte.<sup>495</sup>

Med *Ajos/Rasmussen* er det avklart at Domstolen mener en slik tilsidesettelse skal gjøres med umiddelbar virkning også i en tvist mellom private, der dette vil pålegge en privat part en positiv forpliktelse.

EU-domstolens konklusjon i *Ajos/Rasmussen* kan sies å innebære en slags «konstitusjonalisering» av prinsippet om forbud mot aldersdiskriminering: Selv om direktivet ikke kan anvendes som selvstendig rettsgrunnlag i en tvist mellom private, og selv der nasjonal rett ikke kan fortolkes på en måte som er i overensstemmelse med direktivet, kan prinsippet anvendes direkte.<sup>496</sup> Det innebærer at prinsippet, som er etablert i rettspraksis, er «oppøyet» til samme nivå som klare traktatbestemmelser.

### 5.3.2 Kontrasten til traktatfestede ikke-diskrimineringsprinsipper

Det er etablert i EU-rettspraksis at de traktatfestede bestemmelsene om forbud mot diskriminering på grunn av henholdsvis kjønn og nasjonalitet har horisontal direkte virkning.<sup>497</sup> EU-domstolen etablerte direkte virkning på disse grunnlagene med en strengere tilnærming enn den har hatt til aldersdiskrimineringsforbudet.

EU-domstolen la i *Angonese*, der dom falt i 2000, til grunn at det traktatfestede forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling av arbeidstakere var tilstrekkelig ubetinget og presist til at private kunne påberope seg denne traktatbestemmelsen som primært rettsgrunnlag også

---

<sup>495</sup> Walkila (2015) s. 40 og Peers (2014). Dette innebærer en tilsvarende «test» som ble lagt til grunn i C-281/98 *Angonese* og *Defrenne II*. Da dreide det seg om spesifikke traktatbestemmelser. Se punkt 5.3.2. Se også Nielsen og Tvarnø (2017) s. 230–231.

<sup>496</sup> Xenidis (2017) s. 6–7 omtaler Domstolens «activist stance» for å skape et grunnlag for effektiv håndheving av retten til ikke å bli diskriminert. Zaccaroni (2016) beskriver virkningen som «subsidiær» direkte virkning, ved at prinsippet kommer til anvendelse når det ikke finnes annet rettsgrunnlag, og prinsippene om forrang og direktivkonform tolkning ikke strekker til.

<sup>497</sup> Traktatbestemmelers vertikale direkte virkning, så langt de er klare og ubetingede, ble fastslått i C-26/62 *Van Gend & Loos*.

overfor en privat arbeidsgiver.<sup>498</sup> Begrunnelsen var at formuleringen av forbudet mot forskjellsbehandling på dette grunnlaget var generell, ikke rettet mot medlemsstatene som pliktsubjekt. Videre at realiseringen av fri bevegelighet, en grunnforutsetning for det frie indre marked, ville bli truet dersom forbudet ikke også ble overholdt av private.<sup>499</sup>

Domstolen etablerte at prinsippet om likelønn hadde direkte virkning i *Defrenne II* i 1976.<sup>500</sup> Roma-traktaten artikkel 119 fastsatte at statene skulle gjennomføre prinsippet om lik lønn for likt arbeid uavhengig av kjønn.<sup>501</sup> Bestemmelsen ble i utgangspunktet ikke inntatt i traktaten av likestillingshensyn, men for å hindre at selskaper skulle skaffe seg urettmessige konkurransefordeler ved å bruke billig kvinnelig arbeidskraft i uregulerte arbeidsmarkeder der diskriminerende lønnspraksis var normen.<sup>502</sup>

Flyvertinnen Gabrielle Defrenne påberopte seg bestemmelsen som grunnlag for å kreve samme lønn som mannlige kabinansatte. Belgisk rett ga ikke grunnlag for kravet. EU-domstolen la til grunn at spørsmålet om hvorvidt likelønnsbestemmelsen hadde direkte virkning, måtte vurderes ut fra prinsippets *karakter*, bestemmelsens *formål*, og *plasseringen* i traktaten.<sup>503</sup>

Domstolen fant at bestemmelsen tilla private en substansiell rett som kunne påberopes for nasjonale domstoler direkte, overfor private motparter – altså horisontal direkte virkning. Dette fordi artikkelen ga tilstrekkelig presise angivelser av begrepene lønn og arbeid til at dommeren kunne «tilvebringe alle de faktiske momenter, som kan bidrage

---

<sup>498</sup> Sak C-281/98 *Angonese*, se premiss 35–36. Arnesen og Stenvik (2015) påpeker på s. 141 at dommen innebar et brudd med en etablert oppfatning om at bestemmelsen som i dag er TEUV artikkel 45 og EØS artikkel 28 ikke kunne gjøres gjeldende mot private. Se nærmere Walkila (2015) s. 36–37.

<sup>499</sup> *Angonese* premiss 30–32. I premiss 36 finner Domstolen at forbudet «også gjelder for privatpersoner».

<sup>500</sup> C-43/75 *Defrenne II*.

<sup>501</sup> Romatraktaten (EØF-traktaten) artikkel 119. Se i dag TEUV artikkel 157.

<sup>502</sup> Se Caruso (2011) s. 312 og Barnard (2012) s. 254 flg. med henvisninger, bl.a. til bestemmelsens forarbeider.

<sup>503</sup> Sak C-43/75, premiss 7.

til at afgøre, om en kvindelig arbejdstager får lavere løn end en mandlig arbejdstager med samme arbejde». <sup>504</sup>

Tre forhold er etter mitt syn sentrale: Det dreide seg for det første om en traktatbestemmelse som klart uttrykte hvilket tidspunkt prinsippet om likelønn skulle være gjennomført i hele EU. <sup>505</sup> Ordlyden muliggjorde videre en nærmest matematisk tilnærming – påbudet om lik lønn var begrenset til de tilfeller hvor det kunne påvises at det ble utført likt arbeid. <sup>506</sup> EU-domstolen ga for det tredje ikke prinsippet generell anvendelse. Horisontal direkte virkning ble fastslått innad i én og samme bedrift, slik at konsekvensene for arbeidsgivere ikke ville bli et påbud om likebehandling på tvers av bedrifter og bransjer. <sup>507</sup>

I *Defrenne III* konkretiserte Domstolen at den la til grunn et snevert lønnsbegrep, og at det ikke var tilstrekkelig at et arbeidsvilkår, som en aldersgrense, kunne ha økonomiske konsekvenser for å favnes av Roma-traktatens artikkel 119. <sup>508</sup> Domstolen avgrenset den direkte horisontale virkningen av traktatartikkelen til det som var eksplisitt omfattet av ordlyden. Den oppstilte ikke en direkte virkning som favnet et videre likebehandlingsprinsipp, selv om et slikt videre prinsipp ble anerkjent som en del av fellesskapets «sosial- og lovgivningspolitiske program». <sup>509</sup> Begrensningen ble blant annet begrunnet med at de mer sosialpolitiske aspekter av arbeidslivslovgivningen var tillagt medlemsstatene gjennom de mer programmatisk artikkel 117 og 118. <sup>510</sup>

EU-domstolen fastslo i *Defrenne III* at forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn er en grunnleggende rettighet som hører til EU-rettens «generelle prinsipper». Likevel kunne ikke *dette* prinsippet gjøres gjeldende i nasjonal rett utover i de tilfeller som var regulert av EU-retten. <sup>511</sup>

---

<sup>504</sup> C-43/75 *Defrenne II*, premiss 23.

<sup>505</sup> Se nærmere Arnull (1999) s. 460–462.

<sup>506</sup> Dagens TEUV artikkel 157 har beholdt formuleringen om at lik lønn krever like oppgaver.

<sup>507</sup> *Defrenne II*, premiss 22.

<sup>508</sup> C-149/77 *Defrenne III*, premiss 21.

<sup>509</sup> *Defrenne III*, premiss 15–17.

<sup>510</sup> *Defrenne III*, premiss 23.

<sup>511</sup> *Defrenne III*, premiss 26–27.



Arnesen og Stenvik bemerker at det spesielle med at artikkel 157 er tillagt horisontal direkte virkning, er at bestemmelsen uttrykkelig adresserer statene som pliktsubjekter, der for eksempel konkurransereglene er ment å regulere private foretaks opptreden.<sup>512</sup>

Den klareste forskjellen mellom diskrimineringsforbudene er at med hensyn til kjønn og nasjonalitet kom «hard law» før «soft» – disse forbudene er forankret i klare traktatbestemmelser, som fastsetter forbudene i seg selv.<sup>513</sup> Hjemmel for nærmere EU-rettslig regulering av aldersdiskriminering og de andre formene for diskriminering nevnt i TEUV artikkel 19, ble ikke gitt før med Amsterdamtraktaten i 1999.<sup>514</sup> TEUV art. 19 fastsetter, som forløperen TEF artikkel 13, ikke noe forbud mot diskriminering, men gir EUs organer kompetanse til å «træffe hensigtsmæssige foranstaltninger» for å bekjempe forskjellsbehandling «på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering».<sup>515</sup>

### 5.3.3 Prinsippet om forutberegnelighet og dansk Højesterets «protest»

EU-domstolen ga i *Ajos/Rasmussen* dansk Højesteret to muligheter: Enten å fravike den etablerte tolkningen av funksjonærloven, og tolke denne i overensstemmelse med direktivet, eller å sette bestemmelsen til side i sin helhet, og anvende hovedregelen om at arbeidstakeren hadde rett til sluttvederlag. Danmarks Højesteret valgte imidlertid en tredje vei.<sup>516</sup>

<sup>512</sup> TEUV artikkel 157 tilsvarer EØS-avtalen artikkel 69, og fastsetter at «hver avtalepart skal gjennomføre prinsippet om lik lønn til kvinnelige og mannlige arbeidstagere og sørge for at dette prinsipp opprettholdes». Se Arnesen og Stenvik (2015) s. 141.

<sup>513</sup> Se Schiek (2009) s. 9 om EU-domstolens utvikling av prinsipper om grunnleggende rettigheter med utgangspunkt i kravet til likestilling mellom kjønn.

<sup>514</sup> Barnard (2012) s. 265.

<sup>515</sup> Generaladvokat Geelhoed går i forslaget til avgjørelse i *Chacón Navas* nærmere inn på tilblivelseshistorien bak artikkel 19, og påpeker at denne ble innskrenket mer og mer (avsnitt 46–56).

<sup>516</sup> Se nærmere Klinge (2016). Saken ble avgjort med et flertall på åtte av ni dommere, og jeg avgrenser fremstillingen her til flertallets votum.

Høyesterets flertall på åtte dommere konstaterer at EU-domstolen har kompetanse til å avgjøre spørsmål om tolkning av EU-retten, og også til å avgjøre at en regel skal ha direkte virkning og forrang over nasjonal lov i tvister mellom private.<sup>517</sup> Høyesteret står ved sitt utgangspunkt om at det ikke var mulig å tolke funksjonærloven i overensstemmelse med direktivet uten at dette ville innebære en tolkning *contra legem*, det vil si en tolkning som ikke har tilstrekkelige holdepunkter i nasjonal rett. Slike tolkningsresultater krever ikke EU-retten i tvister mellom private.<sup>518</sup>

For flertallet blir dermed spørsmålet om rettsgrunnlaget for Danmarks EU-medlemskap gir grunnlag for å la den regelen EU-retten krever gå foran den som følger av funksjonærloven.<sup>519</sup> Førstvoterende konstaterer at prinsippet om forbud mot aldersdiskriminering i dag er et alminnelig EU-rettslig prinsipp – men konstaterer at EU-domstolen ikke henviser til «traktater, der er omfattet af tiltrædelsesloven, som grundlag for princippet», og at det fremgår av EU-domstolens rettspraksis at prinsippet etter dommene i *Mangold*, *Küçükdeveci* og *Ajos/Rasmussen* ikke kan anses å ha sitt grunnlag i en traktatbestemmelse.<sup>520</sup> En situasjon med uskrevne prinsipper som gjøres gjeldende på traktatnivå, finner Høyesteret ikke forutsatt i den danske tiltredelsesloven.

Høyesteret viser til Charterets artikkel 51 om at dette ikke skal utvide EU-rettens anvendelsesområde, og at det er lagt til grunn i tiltredelsesloven at dette «ikke innebærer rettlige forpligtelser for borgerne».<sup>521</sup> Dermed finner flertallet at det ikke er hjemmel i dansk rett til å la det uskrevne prinsippet EU-domstolen har utviklet, fortrenge funksjonærloven så langt den er i strid med forbudet. Flertallet uttaler at «Hvis Høyesteret i denne situation skulle unnlade at anvende bestemmelsen, ville Høyesteret handle uden for rammerne af sin beføjelse som dømmende magt». *Ajos* ble dermed frifunnet for kravet.<sup>522</sup>

---

<sup>517</sup> Høyesterets dom i sak 15/2014 side 39, med henvisning til TEUV artikkel 267.

<sup>518</sup> Se *Ajos/Rasmussen* premiss 32, og Høyesterets dom side 38.

<sup>519</sup> Dommens side 40.

<sup>520</sup> Dommens side 40.

<sup>521</sup> Dommen side 41–42.

<sup>522</sup> Dommen side 43.

Det er viktig å merke seg at Høyesteret ikke reiser tvil om at det er grunnlag for å oppstille et EU-rettslig prinsipp med det innhold EU-domstolen har formulert. Dommen innebærer bare en avvisning av horisontal direkte virkning, fordi Høyesteret ikke finner at Danmark har overlatt lovgivningskompetanse til EU-domstolen på dette området, altså utenfor det som er direkte regulert i traktatene.

Høyesteret trekker dermed et skille mellom statens folkerettslige forpliktelser, herunder også Charteret, og rettsregler som kan gjøres gjeldende mellom private i nasjonal rett. I dette ligger slik jeg ser det en, om enn liten, protest mot rettsutvikling på overnasjonalt nivå, som private har dårlige forutsetninger for å innrette seg etter.<sup>523</sup> I dommen ligger også en påpekning av at det er en lovgiveroppgave å sørge for at det er internrettslig grunnlag for de rettsregler EU-retten krever.

### 5.3.4 Oppsummering og diskusjon

Aldersdiskrimineringsforbudet har ikke den samme forankringen i traktatene som prinsippene om forbud mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn og nasjonalitet.<sup>524</sup> EU-domstolen bygger tilsynelatende på at det følger av en alminnelig EU-rettslig likhetsgrunnsetning at mer spesifiserte diskrimineringsforbud også må få en særlig rettslig status – ved å benevnes som utslag av et alminnelig prinsipp.

EU-domstolens tilnærming innebærer at sekundærlovgivning, som etter fast rettspraksis ikke har direkte horisontal virkning, likevel brukes for å fastlegge det nærmere innholdet i det prinsippet som gis direkte virkning.<sup>525</sup> Dette bidrar ikke til å sikre «legal certainty», noe etterspillet

<sup>523</sup> Dommer Jens Peter Christensen, en av åtte dommere i flertallet, er i et innlegg i Jyllands-Posten i oktober 2014 tydelig kritisk til rettsutviklingen i EU. Han skriver at «Borgere og virksomheder skal kunne indrette sig på reglerne [...] et overordnet EU-retligt princip om forbud mod aldersdiskriminering, det kan man ikke sådan lige sætte sig ned og læse i en paragraf». Innlegget ble skrevet etter at Høyesteret hadde forelagt spørsmålene for EU-domstolen (Christensen 2014).

<sup>524</sup> Forskjellen mellom diskrimineringsgrunnlagene understrekes av EU-domstolen i *Bartsch* premiss 18.

<sup>525</sup> Hartley (2014) s. 240 fastslår at realiteten er at direktiver får direkte virkning om de uttrykker et generelt prinsipp.

etter *Ajos/Rasmussen* i danske Højesteret viser. Forutberegneligheten for arbeidsgivere svekkes når EU-domstolen etablerer en plikt til å gi prinsipper direkte horisontal virkning i nasjonal rett.<sup>526</sup>

Charteret artikkel 52 nr. 5 bestemmer at *prinsipper* fastsatt i Charteret skal være «judicially cognisable», altså kunne håndheves, bare som *tolkningsmoment* i en gyldighetsvurdering av medlemsstatenes lovgivning som gjennomfører EU-retten. Charterets artikkel 52 nr. 2 fastsetter at *rettigheter* som anerkjennes i Charteret «for which provision is made in the Treaties» skal kunne hevdes «under the conditions and within the limits defines by those Treaties».

Traktatenes system innebærer at det nærmere innholdet i alminnelige prinsipper som hovedregel må konkretiseres gjennom sekundærlovgivning, typisk direktiver. EU-domstolens tilnærming innebærer at der direktiver, som etter fast rettspraksis ikke har direkte horisontal virkning, brukes for å fastlegge det nærmere innholdet i prinsippet, kan disse direktivene ha direkte virkning, også i forholdet mellom private.<sup>527</sup>

Det er ingen henvisninger i Charterets artikkel 21 til rammedirektivets regler eller annen relevant lovgivning, eller til at disse i kraft av Charteret skal kunne legges til grunn direkte som rettsgrunnlag i nasjonal rett.<sup>528</sup> Slik jeg ser det, fremstår EU-domstolens henvisninger til Charteret mest som en «brekkstang» for å gi et prinsipp etablert gjennom rettspraksis direkte virkning i nasjonal rett.

Nielsen og Tvarnø mener forbudet mot aldersdiskriminering, slik det nå har kommet til uttrykk i Charteret, «klart» oppfyller det kravet til presisjon som stilles til traktatbestemmelser for at disse skal kunne gi direkte horisontal virkning.<sup>529</sup> Nielsen og Tvarnø viser til at Charterets formulering av aldersdiskrimineringsforbudet er «lige så præcist» som

---

<sup>526</sup> Barnard (2012) påpeker på s. 277 at det er paradoksalt at direktiver er avskåret fra å ha direkte virkning mellom private, av hensyn til «legal certainty» og forutberegnelighet, samtidig som prinsipper Domstolen har utviklet, «concepts which are themselves inherently uncertain», likevel tillegges slik virkning for å sikre EU-rettens effektive gjennomslag.

<sup>527</sup> Hartley (2014) s. 240 fastslår at realiteten er at direktiver får direkte virkning om de uttrykker et generelt prinsipp.

<sup>528</sup> Peers (2014).

<sup>529</sup> Nielsen og Tvarnø (2016) s. 273.

forbudet mot kjønnsdiskriminering etter traktatens bestemmelse om likelønn, som «har haft direkte horisontal virkning siden *Defrenne II*-sagen». <sup>530</sup>

Jeg er ikke enig, og mener to poenger taler for skepsis til den virkningen EU-domstolen har etablert. For det første: Likelønnsbestemmelsen er etablert i den første av EUs traktater, og EU-domstolen etablerte prinsippet med utgangspunkt i traktatteksten. <sup>531</sup> Med aldersdiskriminering er det motsatt – EU-domstolen har etablert et konkret prinsipp om forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder uten at dette hadde et tydelig grunnlag i annen EU-rettslig primærrett.

Charteret var fortsatt «soft law» da EU-domstolen etablerte aldersdiskrimineringsforbudet som prinsipp i *Mangold*, slik at det er EU-domstolens rettspraksis som utgjør det klareste grunnlaget for å tillegge aldersdiskrimineringsforbudets status som prinsipp særlige rettsvirkninger. Medlemsstatene har akseptert å slutte seg til traktatens regulering og gjøre den gjeldende som nasjonal rett. Pliktsubjektene etter Charteret er i utgangspunktet bare EUs egne organer og medlemsstatene. Selv om Domstolen nå har etablert at private på visse vilkår kan bli ansett forpliktet etter Charteret, uttrykker dette selv tydelig at unionsretten ikke skal utvides som følge av det. <sup>532</sup>

For det andre: Det som ble gitt direkte horisontal virkning i *Defrenne II* var ikke et standardpreget forbud mot kjønnsdiskriminering generelt, men det konkrete forbudet mot å lønne likt arbeid ulikt. Bestemmelsen i artikkel 119 beskrev klart hva som skulle regnes som lik lønn for likt arbeid, i motsetning til aldersdiskrimineringsforbudet, som er definert som en rettslig standard, der det nærmere innholdet kan bli utviklet gjennom skiftende tider og rettspraksis.

EU-domstolen vek tilbake for å fastslå at et generelt prinsipp om forbud mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn som sådan skulle ha direkte horisontal virkning, og fastslo at artikkel 119 i seg selv «ikke

---

<sup>530</sup> TEUV artikkel 157, Nielsen og Tvarnø (2016) s. 273, gjentatt i Nielsen og Tvarnø (2017) s. 230.

<sup>531</sup> Se drøftelsen over i 5.3.2.

<sup>532</sup> Charteret artikkel 51, se ovenfor i 5.3.3.

kan fortolkes således, at den ud over lige løn også foreskriver lighed med hensyn til andre arbejdsvilkår for mandlige og kvindlige arbeidstagerer». <sup>533</sup> Prinsippet om likebehandling av kjønn er i dag forankret i en rekke direktiver og i traktatene, og har direkte virkning i kraft av denne reguleringen. <sup>534</sup> For aldersdiskrimineringsforbudet stiller det seg annerledes, men som vi har sett bygger altså EU-domstolen på at også dette utgjør et tilstrekkelig «fast» prinsipp til å kunne tillegges direkte virkning.

## 5.4 Er prinsippet også et EØS-rettslig prinsipp?

### 5.4.1 Problemstillingen

EU-domstolen bygger som vist i økende grad på Charteret i fastleggingen av prinsippet i EU. Charteret er ikke inntatt i EØS-avtalen, men det har vært diskutert om det likevel må anses å gjelde i hele EØS. <sup>535</sup> I hvert fall i det norske juridiske miljøet er det betydelig motstand mot å trekke Charteret inn i EØS-retten ad tolkningsvei, og som Fredriksen påpeker er det vanskelig å forene en slik tolkning med EFTA-statenes suverenitet. <sup>536</sup>

I tillegg bygger EU-domstolens fastlegging av prinsippets materielle innhold fullt ut på rammedirektivet, som heller ikke har noen EØS-rettslig forankring. Problemstillingen er derfor om de folkerettslige kildene gir grunnlag for å oppstille et prinsipp med samme innhold som det Domstolen har lagt til grunn at gjelder i EU, også for EFTA-landene i EØS, slik at dette prinsippet må anses å gjelde i EØS uansett.

---

<sup>533</sup> Sak C-149/77 *Defrenne III*, premiss 24.

<sup>534</sup> Se bl.a. «samledirektivet» om likestilling mellom menn og kvinner i arbeidslivet, direktiv 2006/54/EF. Tittelen på dette inneholder en referanse til «prinsippet om likebehandling», og det er også presisert i fortalen her at det dreier seg om «et grunnleggende princip [...] i henhold til traktatens artikkel 2 og artikkel 3» (fortalens punkt 1).

<sup>535</sup> EFTA-domstolen har foreløpig vært ganske forbeholden, og ikke grepet direkte tak i spørsmålet. Se nærmere om sak E-10/14 *Deveci* nedenfor i 5.4.3.

<sup>536</sup> Fredriksen (2015) viser bl.a. til at generaladvokat Wahl mener Charteret må anses som en relevant rettskilde også i EØS, og at dette gir grunn til «bekymring» (s. 155–156).

## 5.4.2 Prinsippets folkerettslige forankring

Generelle diskrimineringsforbud fremgår av flere internasjonale konvensjoner. Retten til likhet for loven og beskyttelse mot diskriminering generelt er anerkjent som en universell menneskerettighet. I rammedirektivets fortale er det eksplisitt henvist til Verdenserklæringen om menneskerettigheter, samt FNs ulike konvensjoner om diskrimineringsvern og Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK).<sup>537</sup> I internasjonal arbeidsrett ble prinsippet knesatt i ILO-konvensjonen om diskriminering i sysselsetting og yrke i 1958.<sup>538</sup>

Direktivet ble utarbeidet mens EU planla å tiltre EMK, og de diskrimineringsforbudene som er fastsatt her og i andre internasjonale instrumenter har vært forbilder for det EU-rettslige forbudet.<sup>539</sup> EU-traktaten viser til at «grunnleggende rettigheter» skal «inngå i unionsretten som allmenne prinsipper», slik disse fremgår av EMK eller medlemsstatenes felles forfatningsmessige tradisjoner.<sup>540</sup> EFTA-domstolen har lagt til grunn at «grunnleggende rettigheter», slik de følger av EMK, «utgjør en del av de uskrevne prinsipper i EØS-retten», som «gjelder i alle situasjoner der EØS-retten kommer til anvendelse».<sup>541</sup>

EMK artikkel 14 fastsetter at utøvelse av «rettigheter og friheter som er fastlagt i denne konvensjon» skal sikres «uten diskriminering». Konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) fastsetter i artikkel 26 at «Alle er like for loven og har uten noen form for forskjellsbehandling rett til lik beskyttelse av loven. I dette øyemed skal lovgivningen forby enhver form for forskjellsbehandling». Konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter fastsetter i artikkel 2 at statene skal «garantere at de rettigheter som anerkjennes i konvensjonen, blir utøvet uten forskjellsbehandling av noe slag på grunn av rase, hudfarge, kjønn,

<sup>537</sup> Se direktiv 2000/78/EF, fortalens fjerde betraktning.

<sup>538</sup> ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke, ratifisert av Norge i 1959. Se også NOU 2003:2 s. 14. Konvensjonen er ratifisert av Island, men ikke av Liechtenstein.

<sup>539</sup> Det er lagt til grunn at Charteret skal tolkes i samsvar med EMK.

<sup>540</sup> Jf. TEU artikkel 6 (3).

<sup>541</sup> Se E-14/15 *Holship*, premiss 123, og E-28/15 *Jabbi*, premiss 81 med videre henvisninger.

språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, eiendom, fødsel eller status for øvrig».<sup>542</sup> ILO-konvensjon nr. 111 inneholder i artikkel 2 en forpliktelse for statene til å «erklære sin tilslutning til og følge en nasjonal politikk som tar sikte på å fremme, ved metoder tilpasset nasjonale forhold og praksis, like muligheter og behandling med hensyn til sysselsetting og yrkesutøving, med henblikk på å fjerne all diskriminering». Selv om EMK er en integrert del av EØS-retten, og denne må tolkes i lys av de rettighetene som er fastsatt her, er det etter mitt syn et vesentlig poeng at diskrimineringsvernet etter EMK er av generell og aksessorisk karakter. Det samme gjelder for de øvrige tre konvensjonene.

Disse bestemmelsene utgjør begrensninger i hvordan statene kan utøve sin kompetanse vis-à-vis borgerne. Bestemmelsene er, i likhet med den norske Grunnloven § 98, overordnede og generelle, og retter seg mot *statenes* sikring av grunnleggende rettigheter. Ingen av dem spesifiserer heller alder som et vernet diskrimineringsgrunnlag.<sup>543</sup> Det er derfor etter mitt syn vanskelig å se et rettslig grunnlag for å etablere EU-domstolens mer detaljerte og materielle aldersdiskrimineringsforbud som europarettlig prinsipp – og i hvert fall et prinsipp av en slik art at det skulle kunne ha betydning i private rettsforhold utenfor rammene av nasjonal regulering.

### 5.4.3 Systemtolkning av EØS-avtalen som grunnlag for et EØS-rettslig prinsipp?

EØS-avtalen inneholder et likelønnsprinsipp<sup>544</sup> og en rekke forbud mot forskjellsbehandling, samt en henvisning til et generelt ikke-diskrimineringsprinsipp.<sup>545</sup> Ved en systemorientert lesning kan det hevdes at avtalen bygger på et grunnleggende premiss om at usaklig forskjellsbehandling er forbudt i EØS.

---

<sup>542</sup> Både SP og ØSK er ratifisert av alle de tre EFTA-statene i EØS-avtalen.

<sup>543</sup> Selv om alder kanskje kan subumeres under alternativet «annen status» eller «status for øvrig».

<sup>544</sup> EØS-avtalen artikkel 69.

<sup>545</sup> EØS-avtalen artikkel 97.



EFTA-domstolen har i praksis lagt stor vekt på målsetningen om en «ensartet» utvikling i EFTA- og EU-pilaren.<sup>546</sup> I nyere praksis har EFTA-domstolen også introdusert den den beskriver som prinsippet om «reciprocity» eller gjensidighet, som «grunnleggende prinsipp» i EØS-retten.<sup>547</sup> EFTA-domstolens praksis, med *Jabbi*-saken som et ferskt eksempel, har vist vilje til å bygge bro over sprik mellom EU- og EØS-retten.<sup>548</sup> EFTA-domstolen fortolket her rettigheter som i EU følger av unionsborgerskapet, inn som en del av EØS-avtalen og unionsborgerdirektivet, selv om EU-domstolen i en tilsvarende sak hadde fastslått at direktivet ikke kom til anvendelse.<sup>549</sup> Domstolen understreket i *Jabbi* at hensynet til ensartethet i EU/EØS har «stor vekt», fordi retten til fri bevegelse er «en del av kjernen i EØS-avtalen».<sup>550</sup>

I *Deveci* var adgangen til å anvende EU-rettslige *prinsipper* i EØS-rettslig kontekst tema for EFTA-domstolen.<sup>551</sup> Arbeidsgiver anførte at virksomhetsoverdragelsesdirektivet<sup>552</sup> måtte tolkes i samsvar med Charteret, som fastsetter etableringsfriheten.<sup>553</sup> Dette ble påstått å følge av homogenitetsprinsippet, fordi direktivets artikkel 3 uttrykte samme regel som pakten, og det for øvrig ikke var noen forskjell mellom direktivets virkeområde og formål i EU- og EØS-pilaren.<sup>554</sup> Den norske regjeringen mente anvendelse av Charteret, som ikke er inntatt i EØS-avtalen og etter regjeringens oppfatning på noen områder går lenger enn EØS-retten,

<sup>546</sup> Jf. EØS-avtalen artikkel 1. Dette beskrives som homogenitetsmålsetningen.

<sup>547</sup> Sak E-12/13 *ESA mot Island*, premiss 68. Fredriksen (2017) mener karakteristikkens rettslige betydning «remains doubtful at best». Et «prinsipp» om gjensidighet har ingen forankring i EØS-avtalen ut over fjerde betraktning i avtalens fortale.

<sup>548</sup> Se E-28/15 *Jabbi*.

<sup>549</sup> Direktiv 2004/38/EF. Se også EU-domstolens dom i C-456/12 *O. og B.*, premiss 41–43.

<sup>550</sup> Se *Jabbi* premiss 60.

<sup>551</sup> Sak E-10/14 *Deveci m.fl.*

<sup>552</sup> Rådskolektiv 2001/23/EF. Direktivet er gjennomført i arbeidsmiljøloven kapittel 16.

<sup>553</sup> Jf. Charterets artikkel 16. Arbeidsgiver var Scandinavian Airlines System (SAS).

<sup>554</sup> Sak E-10/14 *Deveci* avsnitt 40. Anførselen ble fremmet av arbeidsgiver. ESA anførte til støtte for dette at EØS-avtalen i henhold til rettspraksis må tolkes i lys av grunnleggende rettigheter som gjelder i EU, fordi disse måtte anses sikret i EØS uavhengig av Charterets bestemmelser (avsnitt 52).

ville «rokke ved statenes suverenitet og prinsippet om samtykke som grunnlag for internasjonale rettslige forpliktelser».<sup>555</sup>

EFTA-domstolen går ikke inn på innvendingene om det manglende grunnlaget for å anvende Charteret direkte. Domstolen konstaterer i stedet ganske kort at EØS-avtalens formål er å knytte EFTA-statene til EUs indre marked, og videre: «Aktørene i et marked er blant annet foretak. Friheten til å opprette og drive egen virksomhet står derfor i kjernen av EØS-avtalen, og må anerkjennes i samsvar med EØS-retten og nasjonal rett og praksis».<sup>556</sup>

Jeg mener utsagnet viser at EFTA-domstolen viser vilje til å fortolke forpliktelser som følger av EØS-avtalen i lys av overordnede EU-rettslige prinsipper, når den anser at prinsippene ligger til grunn for EØS-samarbeidet. Uttalelsene tilsier at homogenitetsmålsetningen også gjør seg gjeldende når EØS-retten dermed må tolkes i lys av prinsipper som bare har kommet til uttrykk i rettsakter som er bindende i EU.

Både saksforholdet og rettsreglene i *Deveci* skiller seg imidlertid fra aldersdiskrimineringsforbudet: For det første er virksomhetsoverdragelsesdirektivet omfattet av EØS-avtalen og gjennomført i norsk rett som følge av dette.<sup>557</sup> For det andre bygget EFTA-domstolen på en betraktning om selve EØS-avtalens hovedformål, nemlig tilknytning til EUs indre marked og de like vilkår som skal gjelde i dette.<sup>558</sup>

Det er vanskelig å se noe EØS-rettslig grunnlag for et generelt forbud mot aldersdiskriminering av EØS-borgere. Det utelukker imidlertid ikke at EFTA-domstolen kan få anledning til å ta stilling til om et prinsipp som forbyr aldersdiskriminering finnes i EØS-retten. Fredriksen nevner at spørsmålet kan komme opp ved et søksmål om tolkningen av EØS-avtalens artikkel 28 om fri flyt av arbeidskraft, ved påstått aldersdiskriminering av en EØS-borger. Han mener det vil være vanskelig å rettferdiggjøre en

---

<sup>555</sup> *Deveci* avsnitt 44.

<sup>556</sup> *Deveci* avsnitt 64.

<sup>557</sup> Direktivet er innlemmet i EØS-avtalens vedlegg XVIII. Se dommens avsnitt 3.

<sup>558</sup> Direktiv 2004/38/EF (unionsborgerdirektivet), som var tema i *Jabbi*, er inntatt i EØS-avtalens vedlegg V.

nasjonal rettstilstand som innebærer at en arbeidssøkende EØS-borger diskrimineres på grunn av alder.<sup>559</sup>

Resultatet er etter mitt syn ikke opplagt, ettersom de eneste diskrimineringsgrunnlagene som er presisert som forbudte etter EØS-avtalen, er kjønn og nasjonalitet. Begge disse prinsippene er som nevnt nært knyttet til reguleringen av det indre marked, og var en etablert del av EU-retten også før inngåelsen av EØS-avtalen.<sup>560</sup> Disse forbudene har tydelig tilknytning til *markedshensyn*, som er det bærende hensyn bak EØS-avtalen. Også Fredriksen er andre steder skeptisk til en utvidende tolkning av EØS-avtalens innhold ut fra argumenter om at avtalepartenes intensjon har vært «fullstendig» homogenitet, fordi en slik innfallsvinkel kunne lede til en utvikling av EØS-avtalen i strid med både nasjonale og folkerettslige regler.<sup>561</sup> Enn så lenge er ikke aldersdiskrimineringsforbudets eventuelle stilling i EØS-retten avklart.

#### 5.4.4 Betydningen i norsk rett av å se prinsippet som en del av EØS-avtalen

Dersom EFTA-domstolen skulle finne at et alminnelig prinsipp om forbud mot aldersdiskriminering, med samme innhold som i EU-retten, inngikk i EØS-retten, er spørsmålet hvilke virkninger det ville ha i norsk rett.<sup>562</sup>

De materielle konsekvensene ville for det første være at EU-domstolens tolkning av aldersdiskrimineringsforbudet ikke bare ville utgjøre et forbilde for de norske reglene, men også et krav til innholdet i norsk rett. Gjennom prinsippet om EØS-konform tolkning, vil da norske domstoler

<sup>559</sup> Fredriksen (2013a) s. 396–397.

<sup>560</sup> Se nærmere ovenfor i punkt 5.3.2 om *Defrenne III*. EØS-avtalens art. 69 fastsetter likelønnsprinsippet, art. 70 at avtalepartene skal «fremme prinsippet om lik behandling for kvinner og menn». Se EØS-avtalen artikkel 4, og TEUV artikkel 18 om forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling.

<sup>561</sup> Fredriksen (2010b) s. 257.

<sup>562</sup> Drøftelsen er subsidiær her, men jeg vil likevel knytte noen kommentarer til spørsmålet. EFTA-domstolen har overrasket før: Arnesen (1997) konkluderte med at EØS-avtalen ikke inneholdt et prinsipp om statlig erstatningsansvar; som kjent så EFTA-domstolen annerledes på dette spørsmålet i *Sveinbjörnsdottir*.

være under en EØS-rettslig plikt til å benytte de muligheter norsk rett gir for å komme til et EØS-konformt resultat.<sup>563</sup>

Så lenge forutsetningen om at arbeidsmiljøloven skal tolkes i lys av EU-domstolens praksis opprettholdes, er det ikke sikkert dette ville medført endringer i det materielle diskrimineringsvernet innenfor arbeidsmiljølovens virkeområde. EU-domstolen har, som vi har sett i kapittel 3, lagt til grunn en vid fortolkning av hva som skal regnes som arbeidslivsområdet. Rettstilstanden i Norge og i EU er dermed ikke fullstendig overlappende i dag. Dermed kunne det, hypotetisk sett, oppstå et spørsmål om statlig erstatningsansvar for feil gjennomføring dersom det ble påvist diskriminering innenfor direktivets virkeområde.

Prinsippene om EU-rettens forrang og direkte virkning er derimot ikke en del av EØS-avtalen.<sup>564</sup> Dersom prinsippet om forbud mot aldersdiskriminering ble ansett å være en integrert del av EØS-avtalen, ville reglene likevel måtte anses omfattet av forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2. Det ville begrense domstolenes adgang til å avveie rettigheter mot hverandre i en eventuell motstridssituasjon.

---

<sup>563</sup> Sak E-1/07 A, premiss 39. Se også Sejersted m.fl. (2011) s. 207–208.

<sup>564</sup> EFTA-domstolen fastslår i sak E-4/01 *Karlsson* (premiss 28) at «EEA law does not entail a transfer of legislative powers. Therefore, EEA law does not require that individuals and economic operators can rely directly on non-implemented EEA rules before national courts». Se også Sejersted m.fl. (2011) s. 205–207. Når det gjelder forrang er det etablert en «kompromissløsning» i EØS-avtalen, som krever at forrang etableres nasjonalt. Denne skiller seg fra det forrangsprinsippet som gjelder i EU, der EU-reglene har forrang i kraft av å være EU-rett som sådan. Se Sejersted m.fl. (2011) s. 204, og nærmere om debatten om prinsippenes status Fredriksen (2017) punkt II.

## Avslutning

Alder som distinksjon i arbeidslivet reiser særlige problemstillinger. Som diskrimineringsgrunnlag skiller alder seg, som drøftelsene i avhandlingen har vist, fra mer statiske kriterier som kjønn og etnisitet. Arbeidstakers alder er oftere relevant i en arbeidssituasjon, og dette begrunner en videre adgang til forskjellsbehandling.<sup>565</sup>

Gjennomgangen i kapittel 3 viser at EU-domstolen har tilnærmet seg aldersdiskrimineringsforbudet som et relativt forbud: Domstolen har gjentatte ganger understreket statenes vide skjønnsmargin med hensyn til hvilke formål som skal forfølges med nasjonal arbeidsmarkedspolitikk, og forskjellsbehandling tillates på visse vilkår begrunnet i avveining mellom interessene til ulike arbeidstakergrupper.

I norsk arbeidsliv er det tradisjon for både lov- og tariffestede ordninger som på ulike måter bruker arbeidstakers alder som skillelinje. Bruken av alder som kriterium i lovgivningen henger nært sammen med forvaltning av økonomien, særlig pensjonssystemet. Det er en politisk målsetning å stimulere arbeidstakere til å stå lenge i arbeid. Samtidig gjør sosiale hensyn seg gjeldende som begrunnelse for forskjellsbehandling av både positiv og negativ art, som hensynene til en verdig avgang og arbeidsdeling mellom generasjonene.<sup>566</sup>

De særlige forholdene ved alder som et relativt og dynamisk diskrimineringsgrunnlag kan gjøre det vanskelig å vurdere hvor grensen går for legitim forskjellsbehandling. Utfordringene blir ikke mindre av at det er forutsatt at norsk rett skal ligge «minst på høyde» med EU-retten. For

---

<sup>565</sup> Adgangen til direkte forskjellsbehandling på grunn av alder i seg selv er fastsatt i rammedirektivet artikkel 6 (1) og i norsk rett i arbeidsmiljøloven § 13-3 (2).

<sup>566</sup> Regjeringen har igangsatt et arbeid med å vurdere heving eller fjerning av arbeidsmiljølovens grense for opphør av stillingsvern. I den forbindelse har Berg-utvalget (2016) drøftet konsekvenser av å heve innslagspunktet for enkelte særordninger, som rett til ekstra ferie og redusert arbeidstid. Utvalget påpeker bl.a. at endringer kan føre til økt sykefravær, og at de som ønsker å jobbe utover fylte 72 år, ikke nødvendigvis er de samme som har behov for redusert arbeidstid og ekstra ferie (se særlig s. 131–133 og kapittel 12). Se også Svalund og Veland (2016) som har utredet bruken av særordninger.

den jevne arbeidsgiver kan det være svært utfordrende å skulle holde seg oppdatert om rettsstillingen i EU.<sup>567</sup>

Utfordringene ved at adgangen til forskjellsbehandling på grunn av alder er situasjonsbestemt, har en side til sanksjonssiden av diskrimineringsforbudet. I dag har arbeidsgivere i Norge objektivt erstatningsansvar for aldersdiskriminering.<sup>568</sup> I et uoversiktlig rettslig landskap kan det få store økonomiske konsekvenser å feiltolke adgangen til forskjellsbehandling – også i tariffavtale. På et område hvor det kan få stor betydning for privates rettsstilling i hvilken grad EU-reglene griper inn i norsk rett, har lovgiver etter mitt syn en oppfordring til å klargjøre rettsstillingen.

Når EU-retten «kopieres» i norsk rett, slik det er gjort med aldersdiskrimineringsforbudet, utgjør det ikke en «gjennomføring» i EØS-rettslig forstand. Virkningene av at norsk rett eventuelt måtte avvike fra det EU-rettslige forbildet, er andre når det ikke dreier seg om en EØS-rettslig forpliktelse; slike avvik vil i utgangspunktet være en sak utelukkende for norske domstoler, ikke for EFTA-domstolen.<sup>569</sup> Når aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven omtales som en gjennomføring av rammedirektivet, tilsier det at lovgiver gjennomgående har hatt til hensikt at det EU-rettslige aldersdiskrimineringsforbudet, slik EU-domstolen fastlegger og utvikler det, skal være førende for norsk rettsutvikling *som om* direktivet hadde vært inntatt i EØS-avtalen.<sup>570</sup>

Drøftelsene i avhandlingen viser da også at utviklingen av aldersdiskrimineringsforbudet i EU er fulgt opp i norsk rett, selv om forbudets virkeområde er noe mer begrenset her enn i EU.<sup>571</sup> På noen områder er diskrimineringsvernet etter norsk rett skjerpet ut over de krav EU-

---

<sup>567</sup> CHC-saken illustrerer dette: Tariffavtalen knyttet en gunstig pensjonsordning til en forholdsvis lav aldersgrense for piloter. Ordningen skapte forutsigbarhet, og var ønsket av pilotenes fagforening, men ble like fullt ansett diskriminerende. Se Rt-2012-219 og HR-2017-219-A, omtalt særskilt i punkt 3.4.2.5 og 4.3.4.

<sup>568</sup> Se arbeidsmiljøloven § 13-9, og diskusjonen i kapittel 4.

<sup>569</sup> Se likevel punkt 5.4.3 om muligheten for et EØS-rettslig prinsipp om forbud mot aldersdiskriminering.

<sup>570</sup> F.eks. Prop. 48 L (2014–2015) på s. 42. Også noe teori bruker begrepet, se f.eks. Fredriksen (2013a) s. 396. Strand (2007) s. 136 beskriver løsningen som en *politisk* forpliktelse.

<sup>571</sup> Se punkt 3.2.

retten stiller: De norske reglene om begrensning i adgangen til å avtale aldersgrenser, og opphør av stillingsvern etter arbeidsmiljøloven først ved fylte 72 år, går lenger i å utelukke bruk av alder som distinksjon enn EU-domstolen har funnet at EU-retten krever.<sup>572</sup> Også det objektive erstatningsansvaret går ut over de krav som er klart oppstilt i EU-domstolens praksis. På den måten kan man hevde at målsetningen om et diskrimineringsvern som minst holder EU-rettens nivå, må være nådd. Samtidig har forbudet innskrenket avtalefriheten for partene i arbeidslivet, og skapt en mindre forutsigbar situasjon.

Lovgiver har likevel ikke gitt direkte anvisning om at forbudet mot forskjellsbehandling i arbeidslivet på de grunnlagene som er omfattet av direktivet skal stå i noen særstilling i norsk rett, slik for eksempel regler som tjener til gjennomføring av forpliktelser etter EØS-avtalen og konvensjoner nevnt i menneskerettsloven gjør.<sup>573</sup> Lovgiver har full handlfrihet på dette området, ettersom aldersdiskrimineringsforbudet ikke er utslag av en folkerettslig forpliktelse. Etter mitt syn er det gode grunner til å benytte dette handlingsrommet, og tydeliggjøre rammene for tillatt forskjellsbehandling på grunn av alder i norsk arbeidsliv.

---

<sup>572</sup> Se henholdsvis *Hörnfeldt* og *Rosenblatt*, omtalt nærmere ovenfor i kapittel 3.

<sup>573</sup> Se forrangsbestemmelsene i menneskerettsloven § 3 og i EØS-loven § 2. Sistnevnte omfatter likestillingslovgivningen der den gjennomfører forpliktelser etter EØS-avtalen. Se Halsaa og Hellum (2010) for en kritikk av det norske diskrimineringsvernets «graderte» karakter (s. 23–24).

# Litteraturliste

## Lovgivning

### Norske lover og forskrifter

- |      |  |
|------|--|
| 1814 | Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges grunnlov (Grunnloven)   |
| 1956 | Lov 21. desember 1956 nr. 1 om aldersgrenser for offentlige tjenestemenn m.fl.   |
| 1969 | Lov 13. juni 1969 nr. 26 om skadeserstatning (skadeserstatningsloven)  |
| 1975 | Lov 30. mai 1975 nr. 18 (sjømannsloven) ( <i>opphevet</i> )  |
| 1977 | Lov 4. februar 1977 nr. 4 (arbeidsmiljøloven) ( <i>opphevet</i> )  |
| 1988 | Lov 29. april 1988 nr. 21 om ferie (ferieloven)  |
| 1992 | Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)                  |
| 1999 | Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)  |
| 2004 | Lov 2. juli 2004 nr. 59 om forsvarspersonell (forsvarspersonelloven)   |
| 2005 | Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)                             |
| 2005 | Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)  |
| 2005 | Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)   |
| 2009 | Forskrift 20. november 2009 nr. 1407 om sertifisering av flygere og krav til flygetreningsorganisasjoner for fly og helikopter (JAR-FCL-forskriften) ( <i>opphevet</i> ) |
| 2012 | Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven)  |
| 2013 | Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for arbeidstakere på skip (skipsarbeidsloven)   |



- 2013 Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)
- 2013 Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)
- 2015 Forskrift 28. november 2015 nr. 1365 om sertifisering av besetningsmedlemmer
- 2017 Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) (ikke i kraft)

## Internasjonalt

- 1999 Lov 11. juni 1999 Finlands Grundlag. Svensk versjon tilgjengelig i Finlex.
- 2009 Lov 3. februar 2009 nr. 81 om retsforholdet mellem arbejdsgivere og funktionærer (den danske funksjonærlov). Sitert fra retsinformation.dk 21. mai 2017.

## Traktater og konvensjoner

- 1950 Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller (EMK). Roma 4. november 1950 (norsk og engelsk oversettelse). Sitert fra Lovdata.
- 1958 ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke. Sitert fra fn.no.
- 1966 Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter med protokoller (SP). 16. desember 1966 (norsk og engelsk oversettelse). Sitert fra Lovdata.
- 1966 Den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK). 16. desember 1966 (norsk og engelsk oversettelse). Sitert fra Lovdata.

1992	Traktat om opprettelse av Det Europeiske Fellesskap, (EF-traktaten/TEF). Tidligere EØF-traktaten, endret i Maastricht 1992 (publisert i EF-tidende 31.8.1992) Sitert fra Eur-Lex-databasen.	
1992	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) i kraft 1.1.1994. Sitert fra Lovdata.	
1996	Den reviderte europeiske sosialpakt ETS nr. 163. 3. mai 1996 (Sosialpakten). Sitert fra Lovdata.	
2000	Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter (Charteret). Konsolidert utgave publisert i Den Europeiske Unions Tidende nr. C 202, årgang 59, 7. juni 2016. Sitert fra Eur-Lex-databasen.	CELEX: 12016P/TXT
2007	Traktat om den europeiske unions virkemåte (TEUV), Lisboa 2007. Konsolidert utgave publisert i Den Europeiske Unions Tidende nr. C 202, årgang 59, 7. juni 2016. Sitert fra Eur-Lex-databasen.	CELEX: 12016E/TXT
2007	Traktaten om den europeiske union (TEU), Lisboa 2007. Konsolidert utgave publisert i Den Europeiske Unions Tidende nr. C 202, årgang 59, 7. juni 2016. Sitert fra Eur-Lex-databasen.	CELEX: 12016M/TXT

## Direktiver og forordninger

### Direktivene er sitert fra Eur-Lex-databasen.

Direktiv 76/207/EØF	Rådsdirektiv av 9. februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner for så vidt angår adgang til ansettelse, ervervsutdannelse, forfremmelse og arbeidsvilkår
---------------------	---

Direktiv 2000/43/EF	Rådsdirektiv av 29. juni 2000 om diskriminering på grunn av rase eller etnisitet
Direktiv 2000/78/EF	Rådsdirektiv av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling med hensyn til ansettelse og erverv [Rammedirektivet]
Direktiv 2001/23/EF	Rådsdirektiv av 12. mars 2001 om tilnærming av medlemsstatenes lovgivning om ivaretagelse av arbeidstakernes rettigheter i forbindelse med overføring av virksomheter eller bedrifter eller av deler av virksomheter eller bedrifter [Virksomhetsoverdragsdirektivet]
Direktiv 2004/38/EF	Parlaments- og rådsdirektiv av 29. april 2004 om unionsborgere og deres familiemedlemmers rett til å ferdes og oppholde seg fritt på medlemsstatenes territorium [Unionsborgerdirektivet]
Direktiv 2004/113/EF	Rådsdirektiv av 13. desember 2004 om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester
Direktiv 2006/54/EF	Parlaments- og rådsdirektiv av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med beskjeftigelse og erverv
Forordning (EU) nr. 1178/2011	Kommisjonsforordning av 3. november 2011 om fastsettelse av tekniske krav og administrative framgangsmåter for flygebesetning i sivil luftfart i samsvar med europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 216/2008

## Tariffavtaler

- 2015 SFS 2213 - Undervisningspersonalet i kommunal og fylkeskommunal Grunnopplæring (2015–2017). Særavtale mellom KS og Utdanningsforbundet.
- 2016 Hovedtariffavtalen i staten (2016–2018) mellom LO Stat, Unio og YS Stat og Kommunal- og moderniseringsdepartementet.

## Rettspraksis mv.

### EU-rettspraksis

**EU-domstolens praksis er sitert fra Curia-databasen. Oversikten her er sortert etter året dom falt i EU-domstolen. Et alfabetisk domsregister, sortert på det kortnavn dommene er omtalt med i teksten, er inntatt etter litteraturlisten.**

- |      |   |                    |
|------|---|--------------------|
| 1963 | <i>C-26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend &amp; Loos mot Den nederlandske finansforvaltning</i> | ECLI:EU:C:1963:1   |
| 1974 | <i>C-41/74 Yvonne van Duyn mot Home Office</i>  | ECLI:EU:C:1974:133 |
| 1976 | <i>C-43/75 Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (Defrenne II)</i>                   | ECLI:EU:C:1976:56  |
| 1978 | <i>C-149/77 Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (Defrenne III)</i>                 | ECLI:EU:C:1978:130 |
| 1980 | <i>C-810/79 Peter Überschär mot Bunderversicherungsanstalt für Angestellte</i>  | ECLI:EU:C:1980:228 |
| 1982 | <i>C-283/81 CILFIT mot Ministero della Sanità</i>   | ECLI:EU:C:1982:335 |
| 1984 | <i>C-14/83 Sabine von Colson og Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen</i>   | ECLI:EU:C:1984:153 |
| 1984 | <i>C-79/83 Dorit Harz mot Deutsche Tradax GmbH</i>  | ECLI:EU:C:1984:155 |

---

1986	<i>C-152/84 Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Marshall I)</i>	ECLI:EU:C:1986:84
1989	<i>C-109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsgiverforening (for Danfoss)</i>	ECLI:EU:C:1989:383
1990	<i>C-177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus</i>	ECLI:EU:C:1990:383
1990	<i>C-262/88 Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group.</i>	ECLI:EU:C:1990:209
1991	<i>C-6/90 og C-9/90 (forente saker) Francovich, Bonifaci m.fl. mot Italia</i>	ECLI:EU:C:1991:428
1993	<i>C-271/91 Helen Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Marshall II)</i>	ECLI:EU:C:1993:335
1996	<i>C-46/93 og C-48/93 (forente saker) Brasserie du Pêcheur SA mot Forbundsrepublikken Tyskland og The Queen mot Secretary of State for Transport. Ex parte: Factortame Ltd. m.fl.</i>	ECLI:EU:C:1996:79
1997	<i>C-180/95 Nils Draehmpaehl mot Urania Immobilienservice OHG</i>	ECLI:EU:C:1997:208
1998	<i>C-326/96 B.S. Levez mot T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd</i>	ECLI:EU:C:1998:577
2000	<i>C-158/97 Georg Badeck m.fl mot Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen</i>	ECLI:EU:C:2000:163
2000	<i>C-281/98 Roman Angonese mot Cassa di Risparmio di Bolzano SpA</i>	ECLI:EU:C:2000:296
2002	<i>C-476/99 H. Lommers mot Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij</i>	ECLI:EU:C:2002:183
2002	<i>C-442/00 Ángel Rodríguez Caballero mot Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)</i>	ECLI:EU:C:2002:752

2005	<i>C-144/04 Werner Mangold mot Rüdiger Helm</i>	ECLI:EU:C:2005:709
2006	<i>C-17/05 B. F. Cadman mot Health &amp; Safety Executive</i>	ECLI:EU:C:2006:633
2007	<i>C-341/05 Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdeling 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet</i>	ECLI:EU:C:2007:809
2007	<i>C-411/05 Félix Palacios de la Villa mot Cortefiel Servicios SA</i>	ECLI:EU:C:2007:604
2007	<i>C-438/05 International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti</i>	ECLI:EU:C:2007:772
2008	<i>C-427/06 Birgit Bartsch mot Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH</i>	ECLI:EU:C:2008:517
2009	<i>C-388/07 The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) mot Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform</i>	ECLI:EU:C:2009:128
2009	<i>C-88/08 David Hütter mot Technische Universität Graz.</i>	ECLI:EU:C:2009:381
2010	<i>C-555/07 Seda Küçükdeveci mot Swedex GmbH &amp; Co. KG</i>	ECLI:EU:C:2010:21
2010	<i>C-229/08 Colin Wolf mot Stadt Frankfurt am Main</i>	ECLI:EU:C:2010:3
2010	<i>C-341/08 Domnica Petersen mot Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe</i>	ECLI:EU:C:2010:4
2010	<i>C-499/08 Ingeniørforeningen i Danmark for Ole Andersen mot Region Syddanmark</i>	ECLI:EU:C:2010:600
2010	<i>C-568/08 Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV, De Jonge Konstruktie BV mot Provincie Drenthe</i>	ECLI:EU:C:2010:751

---

2010	<i>C-45/09 Gisela Rosenblatt mot Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH</i>	ECLI:EU:C:2010:601
2010	Forente saker C-250/09 og C-268/09 <i>Vasil Ivanov Georgiev mot Tehnicheski universitet – Sofia, filial Plovdiv</i>	ECLI:EU:C:2009:549
2011	<i>C-447/09 Reinhard Prigge, Michael Fromm og Volker Lambach mot Deutsche Lufthansa AG</i>	ECLI:EU:C:2011:573
2011	Forente saker C-159/10 og C-160/10 <i>Gerhard Fuchs og Peter Köhler mot Land Hessen</i>	ECLI:EU:C:2011:508
2011	Forente saker C-297/10 og C-298/10 <i>Sabine Hennigs mot Eisenbahn-Bundesamt og Land Berlin mot Alexander Mai</i>	ECLI:EU:C:2011:560
2012	<i>C-282/10 Maribel Dominguez mot Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre</i>	ECLI:EU:C:2012:33
2012	<i>C-141/11 Torsten Hörnfeldt v Posten Meddelande AB</i>	ECLI:EU:C:2012:421
2012	<i>C-286/12 Kommisjonen mot Ungarn</i>	ECLI:EU:C:2012:687
2014	<i>C-176/12 Association de médiation sociale (AMS) mot Union locale des syndicats CGT m.fl.</i>	ECLI:EU:C:2014:2
2014	<i>C-456/12 O. og B. mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel</i>	ECLI:EU:C:2014:135
2014	Forente saker C-501/12 – C-506/12, C-540/12 og C-541/12, <i>Thomas Specht, Jens Schombera, Alexander Wieland, Uwe Schönefeld, Antje Wilke og Gerd Schini mot Land Berlin, og Rena Schmeel og Ralf Schuster mot Tyskland</i>	ECLI:EU:C:2014:2005
2014	<i>C-416/13 Mario Vital Pérez mot Ayuntamiento de Oviedo</i>	ECLI:EU:C:2014:2371
2014	<i>C-530/13 Leopold Schmitzer v Bundesministerin für Inneres</i>	ECLI:EU:C:2014:2359

2015	C-20/13 <i>Daniel Unland mot Land Berlin</i>	ECLI:EU:C:2015:561
2015	C-417/13 <i>ÖBB Personenverkehr AG mod Gotthard Starjakob</i>	ECLI:EU:C:2015:38
2015	C-515/13 <i>Ingeniørforeningen i Danmark for Poul Landin mot Tekniq, for ENCO A/S – VVS</i>	ECLI:EU:C:2015:115
2015	C-529/13 <i>Georg Felber mot Bundesministerin für Unterricht, Kunst und Kultur</i>	ECLI:EU:C:2015:20
2015	C-276/14 <i>Gmina Wrocław mot Minister Finansów</i>	ECLI:EU:C:2015:635
2015	C-407/14 <i>María Auxiliadora Arjona Camacho mot Securitas Seguridad España SA</i>	ECLI:EU:C:2015:831
2016	C-441/14 <i>Dansk Industri (DI), som mandatar for Ajos A/S, mot Boet efter Karsten Eigil Rasmussen</i>	ECLI:EU:C:2016:278
2016	C-122/15 C	ECLI:EU:C:2016:391
2016	C-258/15 <i>Gorka Salaberria Sorondo mot Academia Vasca de Policía Emergencias</i>	ECLI:EU:C:2016:873
2016	C-548/15 <i>J.J. de Lange mot Staatssecretaris van Financiën</i>	ECLI:EU:C:2016:850

## Generaladvokatens forslag til avgjørelse

2005	C-144/04 <i>Werner Mangold mot Rüdiger Helm</i> . Forslag til avgjørelse fra generaladvokat A. Tizzano.	ECLI:EU:C:2005:420
2006	C-13/05 <i>Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA</i> . Forslag til avgjørelse fra generaladvokat L.A. Geelhoed.	ECLI:EU:C:2006:184
2008	C-427/06 <i>Birgit Bartsch mot Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH</i> . Forslag til avgjørelse fra generaladvokat E. Sharpston.	ECLI:EU:C:2008:297



2008	<i>C-388/07 The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) mot Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform. Forslag til avgjørelse fra generaladvokat J.Mazák</i>	ECLI:EU:C:2008:518
2010	<i>C-499/08 Ingeniørforeningen i Danmark for Ole Andersen mot Region Syddanmark. Forslag til avgjørelse fra generaladvokat J. Kokott.</i>	ECLI:EU:C:2010:248
2011	<i>C-447/09 Reinhard Prigge, Michael Fromm og Volker Lambach mot Deutsche Lufthansa AG. Forslag til avgjørelse fra generaladvokat P. Cruz Villalón.</i>	ECLI:EU:C:2011:321
2013	<i>Forente saker 501/12 – 506/12, C-540/12 og C-541/12 Thomas Specht, Jens Schombera, Alexander Wieland, Uwe Schönefeld, Antje Wilke og Gerd Schini mot Land Berlin, og Rena Schmeel og Ralf Schuster mot Tyskland. Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Y. Bot.</i>	ECLI:EU:C:2013:779
2015	<i>C-441/14 Dansk Industri (DI), som mandatar for Ajos A/S, mot Boet efter Karsten Eigil Rasmussen. Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Y. Bot.</i>	ECLI:EU:C:2015:776
2016	<i>C-258/15 Gorka Salaberria Sorondo mot Academia Vasca de Policía y Emergencias. Forslag til avgjørelse fra generaladvokat P. Mengozzi.</i>	ECLI:EU:C:2016:588

## Rettspraksis fra Høyesterett

1998	Rt-1998-300 <i>Draktreklame</i>
2001	Rt-2001-71 <i>Rasmussen Offshore</i>
2005	Rt-2005-833 <i>Uskyldspresumsjonen</i>
2005	Rt-2005-1365 <i>Finanger II</i>
2010	Rt-2010-202 <i>Kystlink</i>

2010	Rt-2010-944 <i>CHC</i> (kjennelse)
2011	Rt-2011-609 <i>SAS</i>
2011	Rt-2011-964 <i>Gjensidige</i>
2011	Rt-2011-974 <i>Gjensidige</i> (kjennelse)
2012	Rt-2012-219 <i>CHC I</i>
2012	Rt-2012-424 <i>Nav Smøla</i>
2013	Rt-2013-342 <i>Beredskapshjem</i>
2013	Rt-2013-354 <i>Avlasterdom I</i>
2014	Rt-2014-402 <i>Admiral</i>
2016	HR-2016-296-A <i>Kystlink II</i>
2016	HR-2016-1366-A <i>Avlasterdom II</i>
2016	HR-2016-2554-P <i>Holship</i>
2017	HR-2017-219-A <i>CHC II</i>

## Rettspraksis fra EFTA-domstolen

**Avgjørelsene er sortert kronologisk etter domstidspunkt.**

**Avgjørelsene er sitert fra <http://www.eftacourt.int/cases/>**

1998	E-9/97	<i>Erla María Sveinbjörnsdóttir mot Island</i>	1998 EFTA Ct. Rep. 95
2002	E-4/01	<i>Karl K. Karlsson hf. mot Island</i>	2002 EFTA Ct. Rep. 240
2003	E-1/02	<i>EFTA Surveillance Authority mot Norge</i>	2003 EFTA Ct. Rep. 1
2007	E-1/07	<i>A</i>	2007 EFTA Ct. Rep. 246
2010	E-2/10	<i>Þór Kolbeinsson mot Island</i>	2009–2010 EFTA Ct. Rep. 234
2014	E-12/13	<i>ESA mot Island</i>	2014 EFTA Ct. Rep. 58
2014	E-10/14	<i>Enes Deveci m.fl. mot Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden</i>	2014 EFTA Ct. Rep. 1364

- |      |  |                             |
|------|--|-----------------------------|
| 2016 | E-14/15 <i>Holship Norge AS mot Norsk Transportarbeiderforbund</i> | Upublisert, avsagt 19.04.16 |
| 2016 | E-28/15 <i>Yankuba Jabbi mot Norge</i>                             | Upublisert, avsagt 26.07.16 |

## **Annen internasjonal rettspraksis**

- |      |   |
|------|---|
| 2013 | European Committee of Social Rights, avgjørelse 2. juli 2013, klage nr. 74/2011 <i>Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) v. Norway</i> . |
| 2016 | Høyesterets dom 6. desember 2016, sak 15/2014 <i>Dansk Industri mot boet etter Karsten Eigil Rasmussen</i>                            |

## **Underrettsavgjørelser**

- |      |  |
|------|--|
| 2015 | LG-2013-167255-1 <i>CHC Helikopter Service</i> (Gulating lagmannsrett)                 |
| 2015 | LB-2014-177018 <i>Staten mot Fellesforbundet For Sjøfolk</i> (Borgarting lagmannsrett) |

## **Nemndsavgjørelser**

- |      |                                    |
|------|------------------------------------|
| 2004 | LKN-2004-10 (Universitetet i Oslo) |
| 2014 | LDN-2013-44 (X fylkeskommune)      |

## **Forarbeider mv.**

### **Norske forarbeider**

#### **Forarbeidene er sitert fra Lovdata.**

- |      |                          |  |
|------|--------------------------|--|
| 2001 | Ot.prp.nr.77 (2000–2001) | <i>Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)</i> |
| 2003 | NOU 2003:2               | <i>Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet</i>   |

2003	Ot.prp.nr.104 (2002–2003)	<i>Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.</i>
2004	NOU 2004:5	<i>Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst</i>
2004	St.prp. nr. 11 (2003–2004)	Om samtykke til godkjenning av ei avgjerd i EØS-komiteen om innlemming i EØS-avtala av fellesskaps-handlingsprogrammet om motkjemping av diskriminering (2001–2006). Tilråding fra Utenriksdepartementet av 7. november 2003, godkjent i statsråd samme dag (Regjeringer Bondevik II)
2005	Ot.prp.nr.33 (2004–2005)	<i>Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)</i>
2005	Ot.prp.nr.49 (2004–2005)	<i>Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)</i>
2006	Ot.prp.nr.85 (2005–2006)	<i>Om lov om endringer i sjømannslov 30. mai 1975 nr. 18</i>
2009	NOU 2009:14	<i>Et helhetlig diskrimineringsvern</i>
2009	Ot.prp.nr.54 (2008–2009)	<i>Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven (likestilling av arbeidstiden for skift- og turnusarbeidere mv.)</i>
2010		Foreløpig posisjonsnotat om forslaget til rådsdirektiv om likebehandling uavhengig av religion eller tro, funksjonsevne, alder eller seksuell orientering. Barne-likestillings- og inkluderingsdepartementet, 25.10.2010.
2011	Dok.nr.16 (2011–2012)	Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

2012	Dokument 12:30 (2011–2012)	<i>Grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H. Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter. Sitert fra stortinget.no.</i>
2012	NOU 2012:18	<i>Rett om bord – ny skipsarbeidslov</i>
2013	Prop.88 L (2012–2013)	<i>Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)</i>
2015	Prop. 48 L (2014–2015)	<i>Endringer i arbeidsmiljøloven og allmenngjøringsloven (arbeidstid, aldersgrenser, straff mv.)</i>
2017	Prop. 81 L (2016–2017)	<i>Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)</i>

## Internasjonalt

2000	Rådets avgjørelse 27. november 2000 om Fellesskapets handlingsprogram for bekjempelse av forskjellsbehandling (2001–2006).
2016	Forslag til rådsdirektiv om implementering av prinsippet om likebehandling mellom mennesker uavhengig av religion eller tro, funksjonsnedsettelse, alder eller seksuell orientering. Brussel, 14. desember 2016. Dokument ST_14500_2016_INIT.

## Rapporter

2016	Berg, Marianne (utvalgsleder)	<i>Seniorer og arbeidslivet – aldersgrenser og tilpasninger. Rapport fra et partssammensatt utvalg.</i>
------	----------------------------------	---

- 2016 Svalund, Jørgen og Veland, Geir *Aldersgrenser for oppsigelse og særordninger for eldre i arbeidslivet*. Fafo-rapport 2016:22.

## Annet

- 2007 Erklæringer knyttet som bilag til sluttakten fra regjeringskonferansen som vedtok Lisboatraktaten, signert 13. desember 2007.
- 2008 Press release, 2893rd Council meeting. Employment, social policy, health and consumer affairs.

## Juridisk teori mv.

### De fleste artiklene er tilgjengelige via [Idunn.no](http://Idunn.no) eller [Lovdata.no](http://Lovdata.no).

- Aristoteles *Den nikomakiske etikk*. Oversatt av Stigen, Anfinn og Rabbås, Øyvind. Vidarforlaget A/S, Oslo, 2013.
- Arnesen, Finn «Om det EØS-rettslige ekvivalensprinsippet – en refleksjon over en kommentar til noen merknader», *Lov og Rett* nr. 1 vol. 52 (2013), s. 119–122. (Sitert fra [Idunn.no](http://Idunn.no))
- Arnesen, Finn «Om statens erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, årgang 110 nr. 4 (1997) s. 633–685. Universitetsforlaget, Oslo.
- Arnesen, Finn *Statlig styring og EØS-rettslige skranker*. Universitetsforlaget, Oslo, 1996.
- Arnesen, Finn og Stenvik, Are *Internasjonalisering og juridisk metode*. 2. utgave. Universitetsforlaget, Oslo, 2015.
- Arnall, Anthony *The European Union and its Court of Justice*. Oxford University Press, Oxford, 1999.
- Bains, Rajvinder Singh «Lønn i EU-retten – Begreper, funksjoner og gjennomføring i norsk rett», *Arbeidsrett*, vol. 10 nr. 1 (2013) s. 1–81 (Sitert fra [Idunn.no](http://Idunn.no))

- Barnard, Catherine *EU Employment Law*. 4. utgave. Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Bårdsen, Arnfinn ««Equality» and «non-discrimination» – reflections on interpretation from a Norwegian perspective». Foredrag på Second Judicial Forum, Mont Fleur, 9. november 2014 (sitert fra Lovdata).
- Caruso, Daniela «Black Lists and Private Autonomy in EU Contract Law» i *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, Dorota Leczykiewicz, Stephen Weatherill (red.) Hart Publishing Ltd, Oxford (2013), s. 291–316. (Elektronisk versjon av artikkelen sitert 27.01.17 fra Google Books).
- Christensen, Jens Peter «Højesteret og EU-retten», *Morgenavisen Jyllands-Posten*, 19. oktober 2014 (aviskronikk, sitert fra PDF av papiravisen. til elektronisk versjon).
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære*. 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Universitetsforlaget, Oslo, 2001.
- Eriksen, Thomas Hylland «Finnes universelle begreper om rettferdighet?» i *Rettferdighet*. Halsaa, Beatrice og Hellum, Anne (Red.). Universitetsforlaget, Oslo, 2010, s. 254–274.
- Evju, Stein «Aldersdiskriminering, likebehandling og pensjonsalder – Om Mangold, Chacón Navas og arbeidsmiljølovens kap. 13», *Arbeidsrett*, vol. 3 nr. 3 (2006), s. 137–161.
- Evju, Stein «Aldersgrenser og aldersdiskriminering – et fortsatt minefelt», *Nytt i privatretten*, nr. 2 (2009), 11. årgang, s. 2–4.
- Fosmark, Per Racin Merknad til arbeidsmiljøloven § 1-8 på Lovdata, 28.07.16 (sitert fra Lovdata 30.05.17)

- Fredriksen, Halvard Haukeland «Best i klassen? EØS-Norge sett utenfra», *Nytt norsk tidsskrift*, nr. 2 årgang 32 (2015) s. 147–162. (Sitert fra Idunn.no)
- Fredriksen, Halvard Haukeland «EEA law in and beyond the text of the Main Part of the EEA Agreement» I *The EEA Agreement – A Commentary*. Arnesen, Finn, Fredriksen, Halvard Haukeland, Graver, Hans Petter, Mestad, Ola, Vedder, Christoph (red.) Nomos, Baden-Baden, 2017 (foreløpig upublisert).
- Fredriksen, Halvard Haukeland *EU/EØS-rett i norske domstoler*. Europautredningen, Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU. Rapport nr. 3, 2011.
- Fredriksen, Halvard Haukeland (2010a) «Mens Høyesterett venter på EU-domstolen», *Lov og Rett*, vol. 49 (2010), s. 505–506 (Sitert fra Idunn.no)
- Fredriksen, Halvard Haukeland (2010b) «Hvem avgjør tolkningen av EØS-avtalen?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 123 nr. 2 (2010) s. 247–287 (Sitert fra Idunn.no)
- Fredriksen, Halvard Haukeland (2013a) «Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten», *Jussens Venner*, vol. 48 (2013), s. 371–399 (Sitert fra Idunn.no)
- Fredriksen, Halvard Haukeland (2013b) *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen*. Fagbokforlaget, Bergen, 2013.
- Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund *EØS-rett*. 2. utgave. Fagbokforlaget, Bergen, 2014.
- Graver, Hans Petter «I prinsippet prinsipiell – om rettsprinsipper», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 119 nr. 2 (2006) s. 189–221 (Sitert fra Idunn.no)



- Hack, Melanie Regine «Etter lek med ild og vann, nå lek med luften Aldersdiskriminering, aldersgrense, tvungen pensjonering av piloter - EU-domstolens dom (storkammer) 13. september 2011, sak C-447/09 Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach mot Deutsche Lufthansa AG» *Nytt i privatretten*, nr. 4 (2011), s. 1–2.
- Hack, Melanie Regine *Taking age equality seriously: The example of mandatory retirement*. Thesis for the degree of Philosophiae Doctor (Ph.D.). Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo, no. 85, Oslo, 2015.
- Halsaa, Beatrice og Hellum, Anne «Rettferdighet – en dyd av nødvendighet» i *Rettferdighet*. Halsaa, Beatrice og Hellum, Anne (Red.). Universitetsforlaget, Oslo, 2010, s. 9–47.
- Harbo, Tor Inge «Forholdsmessighet i kontekst – Forholdsmessighetsvurderinger i norsk forvaltnings- og forfatningsrett», *Lov og Rett* nr. 9 2015 (vol. 54) s. 513–535 (sitert fra Idunn.no)
- Hartley, Trevor C. *The foundations of European Union Law*. 8. utgave. Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Hellum, Anne og Strand, Vibeke Blaker «Solberg-regjeringens forslag til reformer på diskrimineringsfeltet: Uniformering, individualisering, privatisering og avrettsliggjøring», *Kritisk Juss* nr. 1 2017 (vol. 53) s. 4–34 (Sitert fra Idunn.no)
- Holgensen, Gudrun «Aldersdiskriminering» i *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt. Søvig, Karl Harald, Schütz, Sigrid Eskeland og Rasmussen, Ørnulf* (red.). Fagbokforlaget, Bergen, 2013, s. 207–219 (Sitert fra Lovdata)

- Hotvedt, Marianne Jenum «Tariffavtaler, rettsutvikling og organisasjonsfrihet», *Lov og Rett* nr. 2 2017 (vol. 56) s. 86–109 (sitert fra Idunn.no)
- Høgberg, Benedikte Moltumyr *Forbud mot tilbakevirkende lover*. Universitetsforlaget, Oslo, 2010.
- Klinge, Sune «Dialogue or disobedience between the European Court of Justice and the Danish Constitutional Court? The Danish Supreme Court challenges the Mangold-principle» *EU Law Analysis*, 13.12.16 (bloggpost, sitert 28.05.17)
- Lehoczky, Csilla Kollonay «The Clash between Individual Rights and «Public Interest» in Age Discrimination in the CEE Countries» i *Sui Generis. Festskrift til Stein Evju*. Mulder, Bernard Johann, Hotvedt, Marianne Jenum, Nesvik, Marie, Sundet, Tron Løkken (red.). Universitetsforlaget, Oslo, 2016, s. 399–410.
- Mathisen, Gjermund «Om proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter», *Jussens Venner* nr. 2 2007 (Vol. 42), s. 80–92 (sitert fra Idunn.no)
- Nielsen, Ruth «Princippet om forbud mot forskelsbehandling pga. alder som et almindeligt EU-retlig princip», *Ugeskrift for retsvæsen/UfR Online B* (2006), s. 259–266 (sitert fra Karnov Danmark)
- Nielsen, Ruth *Civilretlige diskriminationsforbud*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2010.
- Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina «Ajos-sagens betydning for rækkevidden af EU-konform fortolkning i forhold til det almindelige EU-retlige princip om forbud mod aldersdiskrimination», *Ugeskrift for retsvæsen/UfR Online B* (2016) s. 269–275 (sitert fra Karnov Danmark)

- Nielsen, Ruth og Tvarnø, Christina «Præjudikat eller ikke præjudikat – Chartrets retsvirkning i dansk ret efter EU-domstolens og Højesterets afgørelser i Ajos-sagen» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (foreløpig upublisert, 2017)
- Numhauser-Henning, Ann, og Rönmar, Mia «Age Discrimination Law and Social Partners and Collective Bargaining» i *Sui Generis. Festskrift til Stein Evju*. Mulder, Bernard Johann, Hotvedt, Marianne Jenum, Nesvik, Marie, Sundet, Tron Løkken (red.). Universitetsforlaget, Oslo, 2016, s. 506–521.
- Peers, Steve «When does the EU Charter of Rights apply to private parties?» *EU Law Analysis*, 15.01.14 (bloggpost, sitert 10.05.17)
- Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff, Ward, Angela (red.) *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014.
- Roseth, Kai Ove og Kvalvik, Christel «Aldersgrenser og aldersdiskriminering – er det lenger rom for å fastsette eller avtale særskilte aldersgrenser i norsk arbeidsliv?», *Arbeidsrett*, vol. 9 nr. 1 (2012), s. 142–165 (sitert fra Idunn.no)
- Ross, Alf *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. Nyt nordisk forlag Arnold Busck AS, København, 1953.
- Rutherglen, George «From Race to Age: The Expanding Scope of Employment Discrimination Law» *Journal of Legal Studies* vol. 24 nr. 2 (1995) s. 491–522 (Sitert fra HeinOnline)

- Schiek, Dagmar «From European Union non-discrimination law towards multidimensional equality law for Europe» i *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*. Schiek, Dagmar og Chege, Victoria (red.). Routledge-Cavendish, New York, 2009, s. 3–27.
- Schiek, Dagmar «Age discrimination before the ECJ – Conceptual and theoretical issues», *Common Market Law Review* 48 (2011) s. 777–799. (Sisert fra HeinOnline)
- Sejersted, Fredrik, Arnesen, Finn, Rognstad, Ole-Andreas, Kolstad, Olav *EØS-rett*. 3. utgave. Universitetsforlaget, Oslo, 2011.
- Strand, Vibeke Blaker «Vern mot direkte og indirekte diskriminering etter norsk rett – et ensartet vern?» *Lov og Rett*, vol. 46 nr. 3 (2007), s. 131–153. (Sisert fra Idunn.no)
- Strand, Vibeke Blaker *Diskrimineringsvern og religionsutøvelse. Hvor langt rekker individvernet?* Gyldendal Norsk Forlag, Oslo, 2012.
- Sundby, Nils Kristian *Om normer*. 2. utgave. Universitetsforlaget, Oslo, 1978.
- Toth, A.G. *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law*. Oxford University Press, Oxford, 1990.
- Tridimas, Takis *The General Principles of EU Law*. 2. utgave. Oxford University Press, Oxford, 2006.
- Vigerust, Elisabeth *Arbeid, barn og likestilling. Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet*, Tano Aschehoug, Oslo, 1998.

- Walkila, Sonya *Horizontal Effect of Fundamental Rights in EU Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2016.
- Xenidis, Raphaële «Shaking the normative foundations of EU equality law: Evolution and hierarchy between market integration and human rights rationales» (2017). EUI Department of Law Research Paper No. 2017/04. (Lastet ned 23.05.17) Tilgjengelig via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2925110>
- Zaccaroni, Giovanni «More on the horizontal direct effect of the principle of nondiscrimination on the ground of age: Dansk Industries (DI)» *EU Law Analysis*, 14.07.16 (bloggpost, sitert 28.05.17)

## Muntlige kilder

- Fougner, Jan *Aldersdiskriminering og erstatning. Høyesterettsavgjørelse i helikoptersaken, HR-2017-219-A*. Frokostkurs, Juristenes utdanningscenter, 28.3.2017

## Vedlegg: Domsregister

Nedenfor er inntatt en alfabetisk oversikt over de dommene fra EU-domstolen jeg refererer til i forkortet form gjennom avhandlingen, sortert på kortnavn. Oversikten er ment som en hjelp til leseren. En kronologisk oversikt over dommene med fulle navn og referanser er inntatt i litteraturlisten.

<i>Age Concern</i>	2009	C-388/07 The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) mot Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform
<i>Ajos/Rasmussen</i>	2016	C-441/14 Dansk Industri mot boet etter Karsten Eigil Rasmussen
<i>AMS</i>	2014	C-176/12 Association de médiation sociale (AMS) mot Union locale des syndicats CGT m.fl.
<i>Andersen</i>	2010	C-499/08 Ingeniørforeningen i Danmark for Ole Andersen mot Region Syddanmark
<i>Angonese</i>	2000	Roman Angonese mot Cassa di Risparmio di Bolzano SpA,
<i>Badeck</i>	2000	C-158/97 Georg Badeck m.fl mot Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen
<i>Barber</i>	1990	C-262/88 Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group.
<i>Bartsch</i>	2008	C-427/06 Birgit Bartsch mot Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH
<i>Brasserie du Pêcheur</i>	1996	C-46/93 og C-48/93 (forente saker) Brasserie du Pêcheur SA mot Forbundsrepublikken Tyskland og The Queen mot Secretary of State for Transport. Ex parte: Factortame Ltd. m.fl.
<i>C</i>	2016	C-122/15 C
<i>Cadman</i>	2006	C-17/05 B. F. Cadman mot Health & Safety Executive

<i>Camacho</i>	2015	C-407/14 María Auxiliadora Arjona Camacho mot Securitas Seguridad España SA
<i>CILFIT</i>	1982	C-283/81 CILFIT mot Ministero della Sanità
<i>Danfoss</i>	1989	C-109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsgiverforening (for Danfoss)
<i>de Lange</i>	2016	C-548/15 J.J. de Lange mot Staatssecretaris van Financiën
<i>Defrenne II</i>	1976	C-43/75 Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena
<i>Defrenne III</i>	1978	C-43/75 Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena
<i>Dekker</i>	1990	C-177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus
<i>Dominguez</i>	2012	C-282/10 Maribel Dominguez mot Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de la région Centre
<i>Draehmpaehl</i>	1997	C-180/95 Nils Draehmpaehl mot Urania Immobilienservice OHG
<i>Felber</i>	2015	C-529/13 Georg Felber mot Bundesministerin für Unter-richt, Kunst und Kultur
<i>Francovich</i>	1991	C-6/90 og C-9/90 (forente saker) Francovich, Bonifaci m.fl. mot Italia
<i>Fuchs og Köhler</i>	2011	Forente saker C-159/10 og C-160/10 Gerhard Fuchs og Peter Köhler mot Land Hessen
<i>Georgiev</i>	2010	Forente saker C-250/09 og C-268/09 Vasil Ivanov Georgiev mot Tehniceski universitet – Sofia, filial Plovdiv
<i>Harz</i>	1984	C-79/83 Dorit Harz mot Deutsche Tradax GmbH
<i>Hennigs og Mai</i>	2011	Forente saker C-297/10 og C-298/10 Sabine Hennigs mot Eisenbahn-Bundesamt og Land Berlin mot Alexander Mai
<i>Hörnfeldt</i>	2012	C-141/11 Torsten Hörnfeldt mot Posten Meddelande AB

<i>Hütter</i>	2009	C-88/08 David Hütter mot Technische Universität Graz.
<i>Kommissjonen mot Ungarn</i>	2012	C-286/12 Kommissjonen mot Ungarn
<i>Küçükdeveci</i>	2010	C-555/07 Seda Küçükdeveci mot Swedex GmbH & Co. KG
<i>Laval</i>	2007	C-341/05 Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdeling 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet
<i>Levez</i>	1998	C-326/96 B.S. Levez mot T.H. Jennings (Harlow Pools) Ltd
<i>Lommers</i>	2002	C-476/99 H. Lommers mot Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij
<i>Mangold</i>	2005	C-144/04 Werner Mangold mot Rüdiger Helm
<i>Marshall I</i>	1986	C-152/84 Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority
<i>Marshall II</i>	1993	C-271/91 Helen Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority
<i>O. og B.</i>	2014	C-456/12 O. og B. mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel
<i>Palacios</i>	2007	C-411/05 Félix Palacios de la Villa mot Cortefiel Servicios SA
<i>Petersen</i>	2010	C-341/08 Domnica Petersen mot Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe
<i>Prigge</i>	2011	C-447/09 Reinhard Prigge, Michael Fromm og Volker Lam-bach mot Deutsche Lufthansa AG
<i>Rodríguez Caballero</i>	2002	C-442/00 Ángel Rodríguez Caballero mot Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)
<i>Rosenblatt</i>	2010	C-45/09 Gisela Rosenblatt mot Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH



<i>Schmitzer</i>	2014	C-530/13 Leopold Schmitzer v Bundesministerin für Inneres
<i>Sorondo</i>	2016	C-258/15 Gorka Salaberria Sorondo mot Academia Vasca de Policía Emergencias
<i>Specht</i>	2014	Forente saker C-501/12 – C-506/12, C-540/12 og C-541/12, Thomas Specht, Jens Schombera, Alexander Wieland, Uwe Schönefeld, Antje Wilke og Gerd Schini mot Land Berlin, og Rena Schmeel og Ralf Schuster mot Tyskland
<i>Spijker</i>	2010	C-568/08 Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie, Van Spijker Infrabouw BV, De Jonge Konstruktie BV mot Provincie Drenthe
<i>Starjakob</i>	2015	C-417/13 ÖBB Personenverkehr AG mot Gotthard Starjakob
<i>Tekniq</i>	2015	C-515/13 Ingeniørforeningen i Danmark for Poul Landin mot Tekniq, for ENCO A/S – VVS
<i>Überschär</i>	1980	C-810/79 Peter Überschär mot Bunderversicherungsanstalt für Angestellte
<i>Unland</i>	2015	C-20/13 Daniel Unland mot Land Berlin
<i>van Duyn</i>	1974	C-41/74 Yvonne van Duyn mot Home Office
<i>van Gend &amp; Loos</i>	1963	C-26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onder-neming van Gend & Loos mot Den nederlandske finansforvaltning
<i>Viking Line</i>	2007	C-438/05 International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti
<i>Vital Pérez</i>	2014	C-416/13 Mario Vital Pérez mot Ayuntamiento de Oviedo
<i>von Colson</i>	1984	C-14/83 Sabine von Colson og Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen
<i>Wolf</i>	2010	C-229/08 Colin Wolf mot Stadt Frankfurt am Main
<i>Wroclaw</i>	2015	C-276/14 Gmina Wrocław mot Minister Finansów

THE SCANDINAVIAN INSTITUTE OF MARITIME LAW is a part of the University of Oslo and hosts the faculty's Centre for European Law. It is also a part of the cooperation between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden through the Nordic Council of Ministers. The Institute offers one master programme and several graduate courses.

The core research areas of the Institute are maritime and other transport law as well as petroleum and energy law, but the members of the Institute also engage in teaching and research in general commercial law.

In MARIUS, issued at irregular intervals, articles are published in the Nordic languages or English.

ISSN: 0332-7868

