

KANDIDAT

XXXXXX

PRØVE

JUR1511 1 Arbeidsrett, den individuelle del (BA)

Emnekode JUR1511

Vurderingsform Individuell skriftlig prøve

Starttid 13.11.2019 08:00

Sluttid 13.11.2019 12:00

Sensurfrist 03.12.2019 22:59

PDF opprettet 04.12.2019 11:29

¹ JUR1511

Drøft arbeidsgivers adgang til å bringe arbeidsforholdet til opphør på grunn av alder etter arbeidsmiljøloven § 15-13 a.

Skriv ditt svar her...

1. Utgangspunktet i norsk rett

Utgangspunktet i norsk rett er at arbeidsgiver har styringsrett. Styringsretten er en selvstendig rettsnorm som gir arbeidsgiver adgang til å fatte beslutninger vedkommende finner hensiktsmessig for virksomheten. Dette er beslutninger som for eksempel gjelder oppsigelse av arbeidstakere og å sørge for at diskriminering ikke finner sted. Styringsretten begrenses imidlertid av den individuelle arbeidsavtalen, tariffavtale (dersom det eksisterer i bransjen) og arbeidsmiljøloven (aml.). Dermed har for eksempel Evju omtalt styringsretten som en "restkompetanse". Årsaken er at styringsretten er den kompetansen som er igjen etter å ha undersøkt begrensningene i de andre rettsgrunnlagene.

Arbeidsmiljøloven er en vernelov for arbeidstakere. Formålet med loven fremgår av § 1-1. Formålsbestemmelsen gjennomsyrrer hele arbeidsmiljøloven. De relevante formålene for denne oppgaven ut fra ordlyden i § 1-1 er å sikre et arbeidsmiljø som gir grunnlag for en helsefremmende og meningsfylt arbeidssituasjon etter bokstav a, sikre likebehandling i arbeidslivet etter bokstav b, legge til rette for tilpasninger i arbeidsforholdet etter bokstav c og å bidra til et inkluderende arbeidsliv etter bokstav e.

Poenget med å vise til formålene er for det første å illustrere den begrensningen som loven oppstiller for arbeidsgivers styringsrett. Arbeidsgiver kan for eksempel ikke si opp en arbeidstaker etter eget forgodtbefinnende. For det andre illustrerer formålene det sterke vernet som en arbeidstaker har som ansatt. Dette gjelder særlig ved oppsigelse av arbeidstaker etter aml. § 15-7 og § 15-13 a.

I denne oppgaven vil jeg drøfte arbeidsgivers adgang til å bringe arbeidsforholdet til opphør på grunn av alder etter § 15-13a. Jeg vil ta utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd. Der jeg finner det hensiktsmessig vil jeg drøfte bestemmelsens ordlyd opp mot diskrimineringsforbudet etter aml. kapittel 13 og gjennomgående illustrere sentrale poenger ved hjelp av rettspraksis og eksempler. Avslutningsvis vil jeg gi noen betraktninger de lege ferenda. Jeg avgrenser mot å ta opp oppdragstakere, midlertidig ansatte og innleide. Etter min mening faller disse kategoriene utenfor oppgaven. Det sentrale er å belyse oppsigelsen av *arbeidstakere* på grunn av alder. Avskjed vil jeg kun kort poengtere i punkt 2.3. Jeg avgrenser også mot å ta opp pensjon og pensjonsordninger.

2. Arbeidsgivers adgang til å bringe arbeidsforholdet til opphør på grunn av alder

Det rettslige utgangspunktet for oppsigelse finnes i aml. § 15-7. Etter ordlyden er det en høy terskel for å si opp arbeidstaker generelt, og bestemmelsen skal tolkes strengt jf "saklig grunn" etter første ledd. Utgangspunktet for om det er grunnlag til å si opp en arbeidstaker må bero på en konkret helhetsvurdering av virksomhetens behov og arbeidstakers behov. Virksomhetens behov kan for eksempel være driftsinnskrenkning eller rasjonalisering etter § 15-7 (2). Arbeidstakers behov er ofte begrunnet i forutberegnelighet og økonomisk trygghet. Tilsvarende synspunkter gjør seg gjeldene etter § 15-13 a.

Etter aml. § 15-13 a første ledd kan arbeidsforholdet bringes til opphør når arbeidstaker har fylt 72 år. Denne bestemmelsen er en "kan"-bestemmelse som nødvendigvis betyr at arbeidsgiver har en valgfrihet til å si opp arbeidstaker etter fylte 72 år. Arbeidstaker på sin side har en valgfrihet til selv å si opp arbeidsforholdet. Tidligere var aldersgrensen etter denne bestemmelsen lavere. Et sentralt hensyn bak at aldersgrensen har steget til 72 år er å sikre arbeidstaker en meningsfylt hverdag og en verdig avslutning på arbeidsforholdet. Disse hensynene fremgår av aml. § 1-1. Et annet poeng er at det er ønskelig å ha arbeidstakere i jobb, bidra til sysselsetting av arbeidstakere og at de skal gå av med en verdig pensjon etter fylte 72 år. Et motsatt hensyn ved å ha aldersgrensen på 72 år er at det kan gjøre det vanskeligere for

f.eks nyutdannede med å komme ut på arbeidsmarkedet. Men her har lovgiver åpnet adgangen for å gjøre det lettere for nyutdannede eller studenter med å få f.eks deltidsarbeid.

2.1 Aml. § 15-13 a andre ledd og nødvendighetskravet

Etter aml. § 15-13 a andre ledd kan lavere aldersgrense fastsettes når det er "nødvendig" av hensyn til helse eller sikkerhet. Denne bestemmelsen er også en "kan"-bestemmelse. Tilsvarende som etter første ledd betyr det at arbeidsgiver har en valgfrihet til å fastsette en lavere aldersgrense i virksomheten (enten ved tariffavtale eller individuell avtale) dersom det er "nødvendig". Valgfriheten til arbeidsgiver er et utslag av styringsretten. Men denne begrenses av selve ordlyden jf "nødvendig". Etter ordlyden er det en høy terskel for at arbeidsgiver skal ha adgang til å sette en lavere aldersgrense enn 72 år jf første ledd.

Et eksempel som gjør at arbeidsgiver kan sette en lavere aldersgrense er hvis det foreligger kvalifikasjonskrav for at arbeidstaker skal kunne utføre arbeidet. For eksempel kan dette gjelde for politiarbeid ute i felt eller for brannmenn. I disse bransjene er det et krav om god fysisk styrke, rask reaksjonsevne og godt syn. Dette tilsier at det vil være naturlig for arbeidsgiver å sette en grense for lavere oppsigelsesalder på grunn av "sikkerhet" etter andre ledd. Men denne begrensningen er antakelig kun nødvendig for arbeidstakere ute i felt. Dersom arbeidsgiver har en ledig stilling internt i virksomheten som gjør at arbeidstaker kan fortsette i jobben uten å være i felt, er arbeidsgiver pliktig til å omplassere arbeidstaker. Dette er et utslag av stillingsvernreglene i arbeidsmiljøloven.

Rt. 2011 s. 964 er her illustrerende. Saken gjaldt om en bedriftsintern aldersgrense på 67 år var i strid med diskrimineringsforbudet etter kapittel 13. Høyesterett kom til at aldersgrensen ikke var i strid med diskrimineringsforbudet fordi de fleste arbeidstakerne ønsket å gå av med pensjon ved fylte 67 år, de fikk en god tjenestepensjon og det var en etablert bransjenorm som sikret forutberegnelighet for arbeidstakerne. Dessuten var denne bransjenormen i tråd med Rådsdirektiv 2000/78/EF artikkel 6 nr 1. Nettopp fordi aldersgrensen var utbredt og anerkjent og arbeidstaker hadde gode vilkår, var det lovlig å sette ned aldersgrensen til 67 år. Tilsvarende synspunkt vil antakelig gjøre seg gjeldene i dag dersom det er en konsekvent praktisering med like vilkår for arbeidstakerne.

Et annet eksempel er for piloter. Det er et grunnleggende krav for piloter at de for eksempel har et godt syn. Derfor har det lenge vært praktisert en lavere pensjonsalder for piloter fordi synet som regel svekkes før fylte 72 år. Arbeidsgiver har adgang til å sette ned pensjonsalderen fordi det er "nødvendig av hensyn til helse og sikkerhet" etter andre ledd. En illustrerende sak her er Rt. 2012 s.219. Saken gjaldt aldersdiskriminering etter kapittel 13, og reiste spørsmål om arbeidsgiver på grunnlag av tariffavtale kan kreve at helikopterflygere fratrer ved fylte 60 år. Høyesterett viste til at arbeidsmiljølovens regler skal tolkes slik at de er forenelige med EU-direktivet 2000/78/EF om likebehandling i arbeidslivet. Høyesterett viste til C-447/09 (Prigge) hvor EU-domstolen kom til at en egen aldersgrense for flygere ikke kunne begrunnes med sikkerhetshensyn eller helse fordi sertifiktreglene tillater flyvning inntil piloten fyller 65 år. Tilsvarende regler finnes i norsk rett. Dermed kom Høyesterett til at verken helsemessige - eller sikkerhetsmessige hensyn ga grunnlag for en sekstiårsregel.

Siden til diskrimineringsforbudet

Som dommene over viser er andre ledd begrenset av en høy terskel for å si opp arbeidstakere fordi det må være "nødvendig" av hensyn til sikkerhet eller helse. Dommene som er trukket fram viser at Høyesterett har foretatt en avveining av diskrimineringsforbudet etter kapittel 13. Diskrimineringsforbudet gjennomsyrrer arbeidsforholdet. Det gjelder før ansettelsesforholdet og fram til opphøret av det.

Etter aml. § 13-1 er både direkte og indirekte diskriminering forbudt når det blant annet gjelder alder. Likestillings- og diskrimineringsloven § 7 og § 8 legaldefinerer hva direkte og indirekte diskriminering er. Poenget er at arbeidsgiver ikke har adgang til å forskjellsbehandle en arbeidstaker negativt/ stille vedkommende dårligere enn andre arbeidstakere på grunn av blant annet alder. Den direkte diskrimineringen er som utgangspunkt lettere å fastslå, mens den indirekte diskrimineringen beror på en sammenligning av den forskjellsbehandlingen som har funnet sted av arbeidstaker og den behandlingen en tilsvarende arbeidstaker i samme situasjon ville fått.

Det er altså den negative forskjellsbehandlingen som utgjør diskriminering og er ulovlig. Positiv forskjellsbehandling eller positiv særbehandling er imidlertid lovlig, men dette kommer sjeldent på spissen på grunn av alder fordi det som oftest er den ulovlige forskjellsbehandlingen som finner sted, og som det blir en sak ut av.

Det finnes imidlertid unntak fra diskrimineringsforbudet. Dersom forskjellsbehandlingen er nødvendig, forholdsmessig og legitim vil den også være lovlig. Det kan for eksempel tenkes at det vil være lovlig å

forskjellsbehandle en arbeidstaker på grunn av alder i en IT-bedrift. IT er et område som utvikler seg raskt.

Dersom arbeidstakeren ikke klarer å følge med i tråd med utviklingen, og dermed forsømmer arbeidsoppgavene sine, kan dette gi grunnlag for å si opp arbeidstaker på grunn av alder. Da vil nok oppsigelsen være lovlig ut fra vilkårene nevnt innledningsvis i avsnittet. Dessuten vil forsømmelse av arbeidspliktene være et brudd på lojalitetsplikten og isolert sett kunne gi grunn til saklig oppsigelse etter aml. § 15-7 eller § 15-13 a.

2.2 Aml. § 15-13 a tredje ledd

Etter ordlyden i første ledd kan en lavere aldersgrense enn 72 år fastsettes, men ikke under 70 år. Forutsetningen er at grensen gjøres kjent for arbeidstakerne, den praktiseres konsekvent av arbeidsgiver og arbeidstaker har rett til en tilfredstillende tjenestepensjonsordning. Bestemmelsen oppstiller dermed en rekke vilkår for at arbeidsgiver skal ha adgang til å fastsette en lavere aldersgrense. I dommen Rt. 2011 . 697 var nettopp tilfelle at en aldersgrense på 67 år var praktisert over lengre tid, gjort kjent for arbeidstakerne og at de fikk en god tjenestepensjon. Dermed var det lovlig adgang til å fastsette aldersgrensen til 67 år. I dag ville nok ikke en praktisering av en aldersgrense på 67 år blitt ansett lovlig , det ville i hvert fall vært mer tvilsomt nettopp på grunn av ordlyden i andre ledd som setter 70 år som en skranke.

Etter ordlyden i andre ledd skal arbeidsgiver drøfte lavere aldersgrense med de tillitsvalgte. Dette er en saksbehandlingsregel. Poenget med å drøfte med de tillitsvalgte er å sikre et godt arbeidsmiljø og å få til en slags demokratisering av virksomheten. Det er imidlertid viktig at arbeidsgiver drøfter med de tillitsvalgte før arbeidsgiver har bestemt seg. Drøftelsen må altså skje innen rimelig tid og gi en reell mulighet for de tillitsvalgte til å påvirke beslutningen. Dersom de tillitsvalgte ikke ønsker å fastsette grensen til 70 år, men arbeidsgiver vil ha denne aldersgrensen i virksomheten, har arbeidsgiver adgang til dette i kraft av styringsretten.

Arbeidsgiver har kun plikt til å høre på de tillitsvalgte, men må ikke innrette seg etter deres meninger. Men det kan diskuteres hva som egentlig er poenget med å ha tillitsvalgte i virksomheten og et drøftingsmøte, hvis arbeidsgiver ikke innretter seg etter deres meninger. Antakelig vil lojalitetsplikten overfor hverandre spille inn og hensynet til et godt arbeidsmiljø og ytringsklima vil tale tungt for at arbeidsgiver bør innrette seg etter de tillitsvalgte sine meninger. De tillitsvalgte representerer tross alt arbeidstakerne.

Arbeidsmiljøloven kapittel 8 omhandler arbeidsgivers drøftelse - og informasjonsplikt. Etter § 8-1 første ledd skal arbeidsgiver informere og drøfte spørsmål av betydning for arbeidstakernes arbeidsforhold med de tillitsvalgte, når virksomheten jevnlig sysselsetter minst 50 arbeidstakere. Det er på det rene at muligheten for å nedjustere aldersgrensen fra 72 år til 70 år er et forhold av betydning for arbeidstakere. Det begrenser arbeidstakernes mulighet til å være yrkesaktive, og en del arbeidstakere vil nok ikke gå av med pensjon før de må. Unntak kan naturligvis tenkes, særlig hvis arbeidstakere får en god pensjonsordning eller sluttavtale. Samtidig kan kravet om at virksomheten jevnlig sysselsetter minst 50 arbeidstakere virke noe strengt. Hva betyr det for de virksomhetene med under 50 arbeidstakere? Det virker nærmest urimelig at arbeidsgiver fritt skal kunne fastsette en lavere aldersgrense enn 72 år kun i kraft av styringsretten. Men her finnes det begrensninger for å ivareta stillingsvernet til arbeidstakere, som for eksempel diskrimineringsforbudet etter kapittel 13 eller saklighetskravet etter § 15-7 og § 15-13a (se under).

2.3 Aml. § 15-13 a fjerde ledd og saklighetskravet

Etter andre ledd må en fastsettelse av lavere aldersgrense etter andre og tredje ledd være "saklig begrunnet" og ikke uforholdsmessig inngripende jf § 13-3 andre ledd. Denne bestemmelsen er interessant fordi den oppstiller to vidtgående skranke. Den første skranken er saklighetskravet og den andre skranken er proposjonalitetsprinsippet.

Den første begrensningen for at arbeidsgiver skal kunne nedjustere aldersgrensen etter første og andre ledd er at det må være "saklig begrunnet". En tilsvarende ordlyd finnes i den generelle oppsigelsesadgangen i § 15-7. Forskjellen på disse to bestemmelsene er at § 15-7 gjelder oppsigelse i virksomheten som sådan, mens § 15-13 a tredje ledd gjelder adgangen til å nedjustere aldersgrensen for oppsigelse av arbeidstaker. Ordlydene verner derfor ulike formål, men jeg finner grunn til å peke på sentrale likheter ved saklighetskravet i bestemmelsene.

Saklighetskravet er en såkalt rettslig standard. Det betyr at den utvikler seg dynamisk. Det som kunne være en saklig oppsigelsesgrunn for femti år siden er antakelig ikke en saklig grunn nå. Saklighetskravet

ble innført i 1936. Før det hadde ikke arbeidstakere et like sterkt stillingsvern. I Rt. 1935 s. 467 uttalte førstvoterende at "i et almindelig arbeidsforhold kan efter norsk rett utvilsomt en arbeidsgiver si opp folk fra sitt arbeide efter eget skjønn(...)". Siden den gang har saklighetskravet blitt etablert i norsk rett som en skranke for arbeidsgivers adgang til å si opp arbeidstakere. I dag har arbeidstakere et sterkt stillingsvern blant annet på grunn av denne standarden.

Hva som nærmere ligger i saklighetskravet er ikke helt entydig. Utgangspunktet er at det må bero på en konkret helhetsvurdering av en rekke forhold for å fastsette om en nedjustering av aldersgrensen (og en oppsigelse) er saklig. Det sentrale er at det må foretas en avveining av virksomhetens behov for å si opp en arbeidstaker og en arbeidstakers behov for forutsigbarhet og økonomisk trygghet. Som utgangspunkt vil en arbeidsgiver kunne si opp en arbeidstaker dersom arbeidstaker forsømmer arbeidspliktene sine, bryter lojalitets - eller taushetsplikten, gjennomgående kommer for sent til arbeidet, nekter å utføre arbeidsoppgavene (ordrenekt) eller ikke imøtegår advarslene som har blitt gitt. Disse grunnlagene gjelder uavhengig av arbeidstakers alder. Arbeidsgiver har ingen plikt til å gi arbeidstaker advarsel dersom arbeidstaker bryter med en av de ovennevnte pliktene, men bruken av advarsler har lenge vært praktisert i norsk arbeidsliv. Hensynet bak er arbeidstakers forutberegnelighet for egen stilling og arbeidsgivers lojalitetsplikt overfor arbeidstakerne.

Det er grunn til å poengtere skille mellom oppsigelse og avskjed. Arbeidsgiver kan avskjedige arbeidstaker dersom arbeidstaker har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd etter aml. § 15-14. Dette kan for eksempel være tyveri, underslag, andre kriminelle forhold eller deling av taushetsbelagte opplysninger til konkurrerende virksomheter. En arbeidstaker som blir avskjediget har ikke tilsvarende stillingsvern som en arbeidstaker som blir oppsagt. Dessuten er det som oftest tilstrekkelig at arbeidstaker har begått ett grovt pliktbrudd, mens for oppsigelse vil arbeidstaker som oftest kunne ha begått flere, men som er mindre alvorlige enn det som gir grunnlag for avskjed.

Når det gjelder saklig grunn til nedjustering av alder og oppsigelse, er arbeidsgiver nødt til å vurdere utvalgskretsen og forskjellige utvalgskriterier. Utvalgskretsen er som regel lite problematisk å vurdere fordi arbeidsgiver som oftest vil vurdere hele virksomheten som sådan eller en del av denne. Utvalgskriteriene byr ofte på flere problemer fordi her er det opp til arbeidsgivers eget skjønn å vurdere de kriteriene som er relevante for å si opp en arbeidstaker. En første begrensning er at arbeidsgiver ikke kan oppstille kriterier som er eller kan være diskriminerende. Deretter har arbeidsgiver en nokså fri adgang til å oppstille kriterier. Det kan for eksempel være kompetanse, kvalifikasjoner, fysisk styrke eller andre fysiske egenskaper, alder og ansiennitet.

Alder og ansiennitet som utvalgskriterier er særlig relevante etter § 15-13 a første og andre ledd. Det er på det rene at de arbeidstakerne med størst alder også vil ha lengst ansiennitet. Hvorvidt ansiennitet skal være utgangspunktet som utvalgskriterium har vært debattert i Høyesterett over flere år. Foreløpig er det ikke et helt entydig svar på spørsmålet. HR-209-1986-A er en fersk dom fra Høyesterett, avsagt 1. november i år og er illustrerende for spørsmålet om ansiennitet. Saken gjaldt en arbeidstaker i Telenor med 32 års ansiennitet som ble oppsagt på grunn av nedbemanning jf § 15-7. Høyesterett kom til at det ikke var saklig grunn til å fravike utvalgskretsen på grunn av ansiennitet etter Hovedavtalen mellom LO og NHO § 8-2. Førstvoterende viser til flere ulike dommer fra både Høyesterett og Arbeidsretten, og i avsnitt 62 blir det uttalt at en utvalgskrets "kan være usaklig begrunnet derom ansiennitetsprinsippet helt mistet sin betydning eller blir vesentlig svekket". Det samme bør nok gjelde for ansiennitet som utvalgskriterium.

Rettskildebildet blir klarest ved å ta utgangspunkt i de nyeste dommene fra Høyesterett. Fordi denne dommen er den nyeste på området tilsier dette at den gir uttrykk for dagens rettsstilstand. Likevel har ansiennitetsprinsippet som utvalgskriterium blitt debattert både i juridisk teori og i Høyesterett. Det sentrale problemet er hvorvidt ansiennitet skal gå foran kompetanse. Noen ganger vil disse to tingene sammenfalle, men ikke alltid jf eksempelet om IT i punkt 2.1. Dersom en arbeidsgiver vil nedjustere alderen og/ eller si opp en arbeidstaker etter § 15-13 a er det - ut fra dagens rettskildebilde - grunn til å legge vekt på ansiennitetsprinsippet som et utgangspunkt.

Domstolene har full prøvingsrett i saker som handler om saklighetskravet. Likevel vil domstolene ofte være forsiktige med å overprøve arbeidsgivers skjønn. Dermed er det tilfeller hvor Høyesterett ikke overprøver saken fullt ut, mens i andre saker vil Høyesterett også overprøve arbeidsgivers skjønn. Det er særlig relevant for arbeidstakere som har blitt sagt opp på grunn av alder. Hensynet som her kan trekkes frem for at Høyesterett velger å overprøve disse sakene er ansiennitet og et annet hensyn er diskrimineringsforbudet.

Proposjonlitetsprinsippet jf § 13-3 andre ledd

Bestemmelsen oppstiller unntak fra diskrimineringsforbudet. Etter ordlyden i andre ledd er forskjellsbehandling som er "nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er

uforholdsmessig inngripende" overfor den eller de som forskjellsbehandles ikke i strid med forbudet mot indirekte diskriminering eller diskriminering på grunn av alder (...).

Denne bestemmelsen er i tråd med EMK. Norsk rett antas å være i overensstemmelse med EMK ut fra inkorporering av internasjonale regler til norsk rett. Poenget med denne bestemmelsen er at den også oppstiller et saklighetskrav i tillegg til et proposjonalitetskrav. Når det gjelder saklighetskravet kan jeg

5/7

JUR1511 1 Arbeidsrett, den individuelle del (BA) Candidate xxxxxx

hovedsakelig vise til det jeg har skrevet i punktet over om saklighetsvurderingen etter § 15-13 a og § 15-7. Det er nok de samme hensynene som her vil gjøre seg gjeldene.

Det er likevel grunn til å poengtere forskjellen mellom saklighetsvurderingene etter § 13-3 og § 15-13. Etter § 13-3 andre ledd er det forskjellsbehandlingen isolert sett som må være saklig begrunnet og dessuten nødvendig. Nøvendighetskriteriet oppstiller en ytterligere skranke for at forskjellsbehandlingen skal være lovlig. En nødvendig og saklig forskjellsbehandling på grunn av alder kan for eksempel være å omplassere en politimann fra å være ute i felt til å drive med administrativt arbeid dersom arbeidstakeren ikke lenger tilfredstiller de fysiske kravene. Et annet eksempel kan være hvis en arbeidstaker må få regulert en mer passende arbeidstid begrunnet i helsen.

Bestemmelsen oppstiller også et proposjonalitetskrav jf "ikke uforholdsmessig". Denne vurderingen må ta sitt utgangspunkt i om arbeidsgiver kan gjøre mindre inngripende tiltak for å oppnå samme formål. For eksempel vil det være uforholdsmessig å si opp en arbeidstaker som ikke lenger tilfredstiller de fysiske kravene dersom arbeidsgiver har et annet passende arbeid. Arbeidsgiver har likevel ingen plikt til å opprette en egen stilling for vedkommende arbeidstaker.

En lavere aldersgrense etter § 15-3 a kan oppstilles etter denne bestemmelsen dersom vilkårene om nødvendighet, saklighet og forholdsmessighet er oppfylt. Det sentrale er at arbeidsgiver foretar en konkret, skjønnsmessig totalvurdering hvor alle relevante forhold er av betydning. Sentrale forhold kan være arbeidsprestasjonen, hvordan resultatene av arbeidet er, om arbeidstaker kommer presist til jobb, om arbeidstaker tilfredstiller de fysiske kravene dersom det er noen slike krav også videre. Selve begrunnelsen for å nedjustere aldersgrensen må være nødvendig og saklig begrunnet, for eksempel ut fra fysiske krav. Et annet eksempel er hvis virksomheten gjennomgående opplever svært høyt trykk og mye press og det er antatt at arbeidstakere over 70 år ikke makter å prestere så godt som man bør. Hvis dette er begrunnelsen må den antakelig dokumenteres godt og dessuten drøftes med de tillitsvalgte i virksomheten. Dessuten må en lavere aldersgrense enn 72 år ikke være uforholdsmessig som motsetningsvis betyr at den må være forholdsmessig. De samme eksemplene som nevnt over kan her gjøre seg gjeldene.

Uansett vil arbeidstakere har et sterkt vern etter arbeidsmiljøloven og det skal mye til for å i det hele tatt kunne forskjellsbehandle en arbeidstaker på grunn av alder eller si opp en arbeidstaker med tilsvarende begrunnelse. Ofte vil det nok bli sett på som diskriminering, og denne vil være ulovlig. Selv om det finnes en adgang for arbeidsgiver til å nedjustere aldersgrensen, si opp en arbeidstaker på grunn av alder eller lovlig diskriminere en arbeidstaker på grunn av alder, er terskelen for dette svært høy og ordlyden skal tolkes strengt. Rettsvirkningen er nok at arbeidsgiver vil være forsiktig med å innføre slike begrensninger dersom det ikke er et godt belegg for det og slike begrensninger ivaretar formålene etter bestemmelsen.

2.4 Saksbehandlingsreglene etter § 15-13 a femte til syvende ledd

Femte ledd oppstiller et skriftlighetskrav. Bestemmelsen sier at dersom arbeidsgiver ønsker å si opp en arbeidstaker må vedkommende få skriftlig varsel om dette og at fratreden tidligst kan skje seks måneder etter at varselet har blitt gitt. Denne bestemmelsen ivaretar hensynet til notoritet (etterviselighet) og arbeidstakers forutberegnelighet for egen stilling. Dersom en arbeidstaker blir sagt opp, vil det være nødvendig med en lang oppsigelsestid dersom arbeidstaker ønsker å gå ut på arbeidsmarkedet igjen. Ofte vil det være vanskeligere for en person på 70 år å finne nytt arbeid enn en nyutdannet eller yngre arbeidstaker enn 70 år.

Det kan oppstilles et spørsmål om seks månedersfristen er lang nok, om den burde vært lenger eller kortere. Hvis en arbeidstaker først blir sagt opp når han er 70 år og fortsatt vil være yrkesaktiv, vil det være vanskelig for vedkommende å skaffe seg en ny jobb uavhengig av hvor lang oppsigelsestiden er. Hvis oppsigelsestiden hadde vært 12 måneder i stedet for seks, kunne arbeidstaker vært yrkesaktiv i hvert fall ett år til dersom det er ønskelig og vite at tjenestepensjonen kanskje blir enda litt bedre. Likevel ville det nok ikke vært hensiktsmessig med en oppsigelsestid på ett år fordi når arbeidsgiver først velger å si opp en arbeidstaker er det forutsetningsvis antatt at denne er saklig begrunnet. Dessuten har eldre arbeidstakere en dobbelt så lang oppsigelsestid som andre ansatte, og det vil være mulig å avtale en lengre oppsigelsestid enn seks måneder i den individuelle arbeidsavtalen.

Sjette ledd sier at arbeidsgiver skal innkalle arbeidstaker til et møte før varsel gis. Hensynet bak denne regelen er nok de samme som for femte ledd, nemlig å gi arbeidstakeren en forutsigbarhet for egen stilling. Dessuten vil nok arbeidstaker kunne få svar på eventuelle spørsmål eller forsøke å overtale arbeidsgiver til å beholde vedkommende i stillingen, eventuelt gi arbeidstaker en annen stilling dersom det er ønskelig. Arbeidstaker kan dessuten velge å ikke ha et møte med arbeidsgiver. Som oftest vil nok hensynet til lojalitet i kontraktsforholdet tilsi at arbeidstaker burde ha et møte med arbeidsgiver, men det er ingen plikt for arbeidstaker å gjøre dette.

Felles for femte og sjette ledd er at det er saksbehandlingsregler som arbeidsgiver plikter å overholde. Dersom arbeidsgiver ikke overholder disse pliktene, kan oppsigelsen anses som ugyldig. Da har arbeidstaker mulighet til å gå til retten og få dom for en ugyldig oppsigelse. Mens saken pågår har arbeidstaker rett til å stå i stilling, dersom retten ikke finner at dette er "åpenbart urimelig" etter § 15-12. Arbeidstaker kan følgelig kreve erstatning og/eller oppreisning.

Syvende ledd sier at arbeidstaker som ønsker å fratse stillingen må gi varsel til arbeidsgiver innen en måned, men her er det ikke et krav om skriftlighet. Denne bestemmelsen ivaretar det avtalerettslige utgangspunktet om formfrihet. Likevel kan det oppstå problemer dersom arbeidstaker ikke sier opp skriftlig, fordi det kan bli usikkerhet hvorvidt arbeidstaker faktisk har sagt opp. Etter at arbeidstaker har sagt opp gjelder det som utgangspunkt ikke et tilbakesøkskrav, og særlig ikke hvis arbeidsgiver allerede har innrettet seg etter oppsigelsen. Likevel kan arbeidstaker anvende re-integra-regelen i avtaleloven § 39 andre punktum dersom arbeidsgiver ikke har innrettet seg og dette skjer innen rimelig tid. Som oftest vil det likevel være hensiktsmessig at arbeidsgiver gjør krav om at arbeidstaker må bekrefte oppsigelsen skriftlig, men denne trenger ikke begrunnes.

3. Betragtning de lege ferenda

Utgangspunktet i norsk rett er klart: arbeidstaker har et sterkt stillingsvern. Terskelen for å si opp en arbeidstaker på grunn av alder er følgelig høy og det er en bred avveining som skal foretas. Arbeidsmiljøloven § 15-13 a oppstiller både materielle og prosessuelle skranke, blant annet et saklighetskrav, forholdsmessighetskrav, drøfting med tillitsvalgte og et skriftlighetskrav. I tillegg til diskrimineringsforbudet.

Diskrimineringsforbudet gjennomsyrrer arbeidsretten og arbeidsforholdet. Det kommer også fram etter bestemmelsen i § 15-13 a. Likevel kunne det nok vært hensiktsmessig at diskrimineringsforbudet kommer enda tydeligere fram i bestemmelsen, men dette er en oppgave som tilhører lovgiver. Lovgiver har i alle tilfelle gjort det enklere å finne fram i regelverket om diskriminering da den nye likestillings- og diskrimineringsloven kom som erstattet flere tidligere diskrimineringslover. Nå er det altså en. Dessuten er nok ikke grensen helt klar for når det foreligger en lovlig forskjellsbehandling av arbeidstaker etter § 15-13 a tredje ledd jf § 13-3 andre ledd. Denne grensen bør tydeliggjøres for å skape en rettssikkerhet for arbeidstaker fylte 70 år. Foreløpig er det ikke et entydig rettskildemateriale på området og dette kompliserer følgelig rettskildet bildet. Det rettskildematerialet som imidlertid foreligger viser at arbeidsgiver er forsiktig med å foreta seg noe som gir antydning til at diskriminering på grunn av alder har funnet sted.

Saklighetskravet i bestemmelsen er en annen faktor som bør tydeliggjøres. Her er det særlig kravet om ansiennitet og hvilken vekt dette har som bør klarlegges. Med den nye dommen i år, har nok rettskildet bildet blitt noe klarere nettopp fordi førstvoterende sier at ansiennitet skal være utgangspunktet for utvalgsriteriene. Likevel gjaldt dommen aml. § 15-7 og ikke § 15-13 a. Hvorvidt saklighetskravene i disse to bestemmelsene skal tolkes likt er ikke helt klart. Bestemmelsene har det samme kravet, men ivaretar noe ulike formål. Jeg mener at en presisering her - eventuelt flere dommer fra Høyesterett om saklighet etter § 15-13 a - vil bidra til et klarere rettskildet bilde og en bedre rettssikkerhet for arbeidstakerne. Kravet er imidlertid dynamisk. De beste grunner taler for at Høyesterett vil måtte presisere ansiennitetsprinsippet som utvalgsriterium, og hva som anses som en saklig nedjustering av alder og oppsigelse av arbeidstakere i framtiden. Det blir i alle fall spennende å følge rettsutviklingen på området.

