



# NORGES HØYESTERETT

Den 18. februar 2010 avsa Høyesterett dom i

**HR-2010-00303-A, (sak nr. 2009/1594), sivil sak, anke over dom,**

A (advokat Erik Råd Herlofsen)

Fellesforbundet for sjøfolk (partshjelper)

mot

X AS (advokat Viggo Bondi – til prøve)

## STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Tønder**: Saken gjelder spørsmål om oppsigelse på grunn av alder med grunnlag i sjømannsloven § 19 nr. 1 sjettede ledd er i strid med diskrimineringsforbudet i sjømannsloven § 33, jf. § 33 B.
- (2) X AS (heretter X) ble etablert i 2006 etter at dets forgjenger, Y AS, i mai 2006 ble tatt under konkursbehandling. Selskapet drev passasjertrafikk mellom ----, ---- og ---- – fra først av med fartøyet MS Z, og etter at skipet i september 2007 måtte legges i dokk som følge av grunnstøting, med innleid fartøy, MS Æ. Virksomheten i X ble nedlagt i oktober 2008.
- (3) Som følge av økonomiske problemer i selskapet, ble det i 2007 vurdert ulike tiltak. Det ble blant annet foretatt en gjennomgang av rutinene ved oppnådd pensjonsalder for ansatte om bord på fartøyet. Dette resulterte i at det i selskapets ”Skip operasjon manual” ble inntatt en ny bestemmelse om at ”ansatte om bord som oppnår pensjonsalder, 62 år, i tjeneste vil motta oppsigelse men om ønskelig og behov fra begge parter vil det bli gitt tilbud om tidsbestemt kontrakt eller vikar ansettelse”. Dette innebar at sjøansatte i rederiet

med henvisning til sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd som generell regel skulle sies opp når de fylte 62 år.

- (4) A ble ansatt i X 23. august 2006 som skipselektriker på MS Z. Han er født 27. februar 1944 og hadde således fylt 62 år da han ble ansatt. A ble meddelt oppsigelse 14. mars 2008. Han ble samtidig tilbudt midlertidig ansettelse.
- (5) A aksepterte ikke oppsigelsen og tok 9. mai 2008 ut stevning mot X. Sammen med A sto også en annen oppsagt arbeidstaker, B, som saksøker. Fellesforbundet for Sjøfolk var partshjelper.
- (6) Nedre Telemark tingrett avsa 8. september 2008 dom med slik domsslutning:
- ”1. X AS frifinnes.
2. A, B og Fellesforbundet for sjømenn betaler i solidarisk ansvar for saksomkostninger til X AS med kr 60 465 – sekstitusenfirehundreogsekstifem – innen 14 – fjorten – dager etter dommens forkynnelse, med tillegg av forsinkelsesrente etter forfall.”
- (7) Tingretten la til grunn at sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd innebar en aldersgrense for sjøfolk på 62 år som hjemlet oppsigelse ved oppnådd aldersgrense. Denne rettsstilstanden ble i følge tingretten ikke endret ved at det i 2007 ble tatt inn i sjømannsloven bestemmelser om forbud mot diskriminering, herunder diskriminering på grunn av alder, jf. sjømannsloven § 33, jf. § 33 B.
- (8) Etter først forgjeves å ha forsøkt å anke direkte til Høyesterett, ble anken brakt inn for Agder lagmannsrett, som 24. juni 2009 avsa dom med slik domsslutning:
- ”1. Anken fra A forkastes.
2. Oppsigelsen av B er ugyldig.
3. X AS betaler i erstatning og oppreisning til B kr 46 000 – førtisekstusen – innen 14 – fjorten – dager fra dommens forkynnelse.
4. Erstatning for saksomkostnader idømmes ikke verken for tingrett eller lagmannsrett.”
- (9) Også lagmannsretten kom til at det ikke forelå noen motstrid mellom sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd og § 33, jf. § 33 B, og at oppsigelsen derfor ikke var i strid med diskrimineringsforbudet. En subsidiær anførsel om at oppsigelsen av A stred mot ansettelsesavtalen siden han hadde fylt 62 år da han ble ansatt, ble heller ikke tatt til følge. På dette punkt var det dissens. For Bs vedkommende ble oppsigelsen ansett uhjemlet siden hun ennå ikke hadde opptjent full sjømannspensjon.
- (10) A har med Fellesforbundet for Sjøfolk som partshjelper påanket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken retter seg mot lagmannsrettens rettsanvendelse. For Bs vedkommende er lagmannsrettens dom endelig. Saken står i samme stilling som for de tidligere instanser.
- (11) Den ankende part, A, med tilslutning av partshjelperen, *Fellesforbundet for Sjøfolk*, har i hovedsak gjort gjeldende:

- (12) Lagmannsretten har tatt feil når den er kommet til at oppsigelsen av A er lovlig.
- (13) Etter sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd har det vært adgang til å si opp sjøfolk alene på grunn av alder etter fylte 62 år, forutsatt at de hadde rett til pensjon etter lov om pensjonstrygd for sjømenn. Denne adgangen falt bort 1. mars 2007, da det nye kapittel II A i sjømannsloven om forbud mot diskriminering trådte i kraft. Disse bestemmelsene må på grunnlag av forarbeidene i kollisjonstilfelle gå foran bestemmelsen i sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd.
- (14) Lovens § 33 setter forbud mot diskriminering blant annet på grunn av alder. Unntaket fra diskrimineringsforbudet i sjømannsloven § 33 B andre ledd kan ikke begrunne en slik forskjellsbehandling på grunn av alder, da vilkårene bestemmelsen setter for å gjøre unntak, ikke er til stede. Dette gjelder både vilkåret om at unntaket må ha vært nødvendig for å oppnå et saklig formål, og at det ikke må være uforholdsmessig inngripende.
- (15) Siden diskrimineringsreglene i sjømannsloven er et resultat av inkorporering av EU-direktiv 2000/78 om generelle rammebestemmelser for likebehandling i arbeidslivet, må sjømannsloven § 33 B praktiseres i samsvar med unntaksregelen på grunn av alder i artikkel 6 nr. 1 i direktivet, og slik denne er blitt fortolket av EF-domstolen. Det følger av praksis fra EF-domstolen at nasjonale domstoler må etterprøve om en regel om oppsigelse på grunn av alder tjener et legitimt formål, og om en slik oppsigelsesadgang er hensiktsmessig og nødvendig for at formålet skal oppnås. Det vises til domstolens avgjørelser i C-144/04 Mangold, sak C-411/05 Palacios de la Villa og sak C-388/07, Age Concern.
- (16) Som begrunnelse for å opprettholde sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd viser departementet i proposisjonen til ”yrkets art og de belastninger dette medfører”, jf. Ot.prp. nr. 85 (2005–2006) side 13. Dette er en begrunnelse som ikke holder med tanke på moderne sjøfart – arbeidsforholdene for sjøfolk er i dag helt annerledes enn tidligere. Hvis det er hensynet til sjøfolkenes helse og alminnelig sikkerhet om bord som er bestemmelsens begrunnelse, er dette tilfredsstillende ivaretatt på andre måter. Det vises til forskrift om helseundersøkelse av arbeidstakere på skip. Denne har til formål å sikre at arbeidstakerne er helsemessig skikket til tjeneste om bord og ikke utgjør en fare for andre eller for sikker drift av fartøyet. For arbeidstakere over 50 år er det krav om årlige helseundersøkelser. I 1984, da aldersgrensen ble hevet fra 60 til 62 år, protesterte sjømannsorganisasjonene mot 62-årsgrensen. Organisasjonene mente allerede den gang at det ikke var saklig grunnlag for å skille mellom arbeidsplasser på sjø og land med hensyn til når oppsigelsesvernet skulle opphøre, jf. Ot.prp. nr. 26 (1984–85) side 11.
- (17) Særlig urimelig er en oppsigelsesadgang ved 62 år for sjøfolk på passasjerskip i innenriksfart og i fart i Skagerrak mellom Norge, Sverige og Danmark, slik tilfellet er for A. Det er ingen saklig grunn som tilsier at han som ansatt elektriker skal ha et svakere oppsigelsesvern enn personer i samme alder i stilling som elektriker på land. Det er for øvrig ingen andre yrkesgrupper som det er naturlig å sammenligne med, som har så lav aldersgrense som 62 år. Heller ikke andre land praktiserer en så lav aldersgrense for sjøfolk.

- (18) At sjøfolk oppnår rett til sjømannspensjon ved fylte 60 år, kan ikke rettferdiggjøre oppsigelsesadgangen. For A har oppsigelsen ført til en drastisk reduksjon i inntekt, siden han før oppsigelsen hadde rett til full sjømannspensjon ved siden av lønn.
- (19) At A er tilbudt midlertidig ansettelse, viser at oppsigelsen ikke har hatt andre reelle grunner enn å endre en fast stilling til midlertidig, med de fordeler for arbeidsgiver som det innebærer.
- (20) Oppsigelsen er også i strid med internasjonale konvensjoner Norge er bundet av. Det vises til FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter artikkel 26 og Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 14, jf. artikkel 11 og første tilleggsprotokoll artikkel 1.
- (21) Subsidiært anføres at oppsigelse av A strider mot arbeidsavtalen. Rederiet var klar over at han hadde passert 62 år da han ble ansatt. Det må innebære at rederiet aksepterte at oppsigelsesadgang på grunn av alder ikke skulle gjelde.
- (22) Prinsipalt kreves erstatning for tapte lønnsinntekter fram til Høyesteretts dom, basert på det A hadde i fast lønn med tillegg av en gjennomsnittsberegnet overtidsbetaling. Subsidiært kreves erstatning basert på fast lønn.
- (23) A har, med tilslutning av Fellesforbundet for Sjøfolk, nedlagt slik påstand:
- ”1. X AS’ oppsigelse av A av 14. mars 2008 er ugyldig.
  2. X AS dømmes til å betale erstatning til A for økonomisk og ikke-økonomisk tap fastsatt etter rettens skjønn.
  3. X AS betaler sakens omkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.”
- (24) Ankemotparten, X AS, har i hovedsak gjort gjeldende:
- (25) Lagmannsretten er kommet til riktig resultat når den konkluderer med at oppsigelsen er gyldig.
- (26) Når rekkevidden av diskrimineringsforbudet skal fastlegges, er det viktig å ha for øye at EU-direktiv 2000/78 ikke er en del av EØS-avtalen, og således ikke er bindende for Norge. Det følger av lovforarbeidene at inkorporeringen er skjedd ut fra en hensiktsmessighetsvurdering. Dette må bety at man ved tolkingen kan stille seg noe friere til direktivet som tolkingsfaktor. Det samme gjelder praksis fra EF-domstolen. En slik betraktning er også lagt til grunn i NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern, side 198. Dette betyr at det må være interne norske rettskilder som blir utslagsgivende når rekkevidden skal fastlegges.
- (27) Bakgrunnen for aldersgrensen på 62 år, er de spesielle krav som stilles til sjømannsyrket som følge av et antatt større psykisk og fysisk arbeidspress enn det som er normalt ved arbeid på land. Dette ble senest framholdt i 2006 i forbindelse med innføring av diskrimineringsforbudet i sjømannsloven. Det samme har imidlertid vært poengtert også ved tidligere lovgivning helt tilbake til etableringen av sjømannspensjonen i 1948.
- (28) Ved innføringen av bestemmelser om diskrimineringsforbud i sjømannsloven fant lovgiver at aldersgrensen på 62 år i sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd kunne

oppretholdes under henvisning til ”yrkets art og de belastninger dette medfører”. Dette er en saklig begrunnelse for å gjøre unntak fra diskrimineringsforbudet på grunn av alder, jf. at tilsvarende betraktning ble lagt til grunn på generelt grunnlag i proposisjonen da direktiv 2000/78 ble inkorporert i arbeidsmiljøloven i 2004, og at dette senere er gjentatt i forbindelse med vedtakelsen av dagens arbeidsmiljølov.

- (29) Det er i Ot.prp. nr. 85 (2005–2006) side 13 vist til at retten til sjømannspensjon oppnås ved 60 år, og at sjøfolk som sies opp, derfor vil være økonomisk uavhengig. Lovgiver har derfor også vurdert at regelen ikke er uforholdsmessig.
- (30) Det ble for øvrig ikke reist innsigelse mot 62-årsregelen da forslaget om å innføre bestemmelser om diskrimineringsforbud var på høring.
- (31) Det foreligger derfor ingen motstrid mellom sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd og § 33, jf. § 33 B. Under enhver omstendighet må sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd gå foran § 33, jf. § 33 B etter prinsippet om *lex specialis*, jf. NOU 2009: 14 side 197. Lovgiver besluttet uttrykkelig å opprettholde bestemmelsen etter tilføyelsen av kapittel II A.
- (32) Det er ikke noe som taler for at 62-årsregelen strider mot direktivet eller praksis fra EF-domstolen. Både artikkel 6 nr. 1 og fortalen punkt 25 til direktivet forutsetter at det kan gis aldersdiskriminerende regler innenfor rammen av nasjonal lovgivning hvor dette fremmer legitime formål. Helse- og sikkerhetsmessige hensyn tilfredstiller et slikt krav. Dette er dessuten et område der det gjelder en vid skjønnsmargin for nasjonal lovgivning, noe som er poengtert i gjentatte avgjørelser fra EF-domstolen.
- (33) Oppsigelsesadgangen etter sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd er ikke i strid med menneskerettskonvensjoner. Retten til arbeid er ikke konvensjonsfestet i EMK og kan ikke utledes av artikkel 11 og første tilleggsprotokoll artikkel 1, slik den ankende part hevder. Siden 62-årsregelen er basert på ”reasonable and objective criteria” strider den heller ikke mot SP artikkel 26, jf. saken *Love mot Australia* fra FNs menneskerettskomité.
- (34) At A var passert 62 år da han ble ansatt, fratår ikke X retten til å benytte adgangen til å si ham opp på grunn av alder. Ansettelsesavtalen har ingen bestemmelse om at det for ham skal gjelde en bestemt aldersgrense. Lovens regel må derfor gjelde.
- (35) Subsidiært anføres at A, på linje med de øvrige ansatte, ville ha blitt sagt opp innen utgangen av november 2008, og at dette må legges til grunn ved erstatningsberegningen.
- (36) X AS har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Anken forkastes.**
  2. **A og Fellesforbundet for Sjøfolk dømmes in solidum til å betale X AS’ omkostninger for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett.”**
- (37) *Jeg er kommet til at anken ikke fører fram.*
- (38) Sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd første punktum lyder:

**”Oppsigelse med fratreden før fylte 62 år som alene skyldes at sjømannen har rett til pensjon etter lov av 3. desember 1948 nr. 7 om pensjonstrygd for sjømenn, skal ikke ansees å ha saklig grunn.”**

- (39) Bestemmelsen er forstått slik at oppsigelse av sjømann som har opptjent full sjømannspensjon, etter fylte 62 år kan skje utelukkende med henvisning til vedkommendes alder. Dette kan også uttrykkes slik at sjømann etter fylte 62 år ikke lenger nyter godt av lovens alminnelige oppsigelsesvern. Når bestemmelsen sies å angi aldersgrensen for sjøfolk, er det i denne betydningen begrepet aldersgrense benyttes.
- (40) En tilsvarende bestemmelse ble inntatt i sjømannsloven 17. juli 1953 nr. 25 da den ble vedtatt. Den gang var bestemmelsen om tap av oppsigelsesvern ikke knyttet til en bestemt alder, men betinget av at rett til full sjømannspensjon inntrådte ved fratreden. Det ble i forarbeidene poengtert at regelen tilsvarte den som gjaldt i arbeidervernloven ved oppnådd pensjonsalder.
- (41) Sjømannspensjonen hadde den gang som nå en alminnelig pensjonsalder på 60 år, mot den gang 70 år for alminnelig alderstrygd. Det var bred enighet om behovet for en særskilt pensjonsordning for sjøfolk med en lavere pensjonsalder enn det som ellers gjaldt. I forarbeidene til sjømannspensjonsloven ble det vist til at ”sjømannsyrket fører med seg forholdsvis stor påkjenning og risiko for utøverne og setter særlige krav til dem både med omsyn på fysisk og psykisk utrustning. ... Sjømenn blir forholdsvis hurtig konkurrert ut av yngre som kommer til. Sjømannsyrket er derfor ikke noe yrke for eldre arbeidstakere, men et yrke som krever lavere pensjonsalder enn de fleste andre yrker”, jf. utvalgsinnstilling om pensjonsordning for sjømenn, avgitt 6. november 1946 side 18.
- (42) Bestemmelsen ble – med en noe annen ordlyd – videreført i gjeldende sjømannslov av 1975. Nåværende ordlyd kom inn ved lovendring i 1985. Om behovet for en særskilt aldersgrense for sjøfolk het det i Ot.prp. nr. 26 (1984–85) side 11:
- ”Forholdene til sjøs og til lands er ikke fullt ut sammenlignbare på dette punkt. 24-timers samfunnet til sjøs, med antatt større psykisk og fysisk arbeidspress enn til lands, har begrunnet de spesielt strenge helseforskrifter. Videre følger av sjømannslov og folketrygdlovens bestemmelser at en person kan ansees arbeidsufør som sjømann, uten at han derfor ville vært ufør for yrke i land. Ufra denne bakgrunn opererer Lov om pensjonstrygd for sjømenn med en normal pensjonsalder på 60 år, men med mulighet til å opparbeide rettigheter inntil 62 år. Departementet er enig med Direktoratet for sjømenn i at oppsigelsesvern frem til fylte 62 år da vil være passende og i samsvar med prinsippet i arbeidsmiljøloven om 67 og 70 år.”**
- (43) Ved lov 16. februar 2007 nr. 8 ble sjømannsloven gitt et nytt kapittel II A med overskrift Forbud mot diskriminering. Lovendringen trådte i kraft 1. mars 2007. Ved denne lovendringen fikk sjømannsloven tilsvarende bestemmelser om diskriminering som dem som i 2004 var blitt innført som nytt kapittel X A i arbeidsmiljøloven av 1977, og som var blitt videreført i kapittel 13 i arbeidsmiljøloven 17. juni 2005 nr. 62.
- (44) Av lovens § 33 følger at ”(d)irekte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering, funksjonshemming eller alder er forbudt”. Av lovens § 33 A første ledd bokstav d framgår at bestemmelsen også gjelder ved opphør av arbeidsforholdet. Paragraf 33 B gjelder unntak fra forbudet mot diskriminering. I andre ledd er inntatt en særbestemmelse om unntak fra

diskrimineringsforbudet som blant annet gjelder diskriminering på grunn av alder, og som går lenger enn det alminnelige unntaket som er inntatt i første ledd. Bestemmelsen lyder:

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

- (45) Spørsmålet som saken reiser, er om innføringen av bestemmelsene om forbud mot diskriminering i sjømannsloven har medført at § 19 nr. 1 sjette ledd ikke lenger gir rettslig grunnlag for å si opp sjøfolk utelukkende på grunn av alder når de har passert 62 år.
- (46) Før jeg går inn på dette, skal jeg se nærmere på bakgrunnen for innføringen av disse reglene i arbeidsmiljøloven og sjømannsloven. Denne er å finne i EUs rådsdirektiv 2000/78 (heretter direktiv 2000/78) om gjennomføring av prinsippet om likebehandling i arbeidslivet – også kalt rammedirektivet. Direktivet er hjemlet i EF-traktaten artikkel 13 om likestilling uavhengig av kjønn, rase, etnisk opprinnelse, religion, tro, handikap, alder eller seksuell legning. Denne artikkelen har ikke noen parallell bestemmelse i EØS-avtalen, noe som innebærer at EFTA-landene ikke er rettslig forpliktet til å inkorporere direktivet i sin lovgivning. Norge valgte likevel å implementere direktivet som ordinær lovgivning uavhengig av forpliktelsene etter EØS-avtalen.
- (47) I Ot.prp. nr. 85 (2005–2006) side 13 foretar departementet en vurdering av om sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd strider mot direktivets diskrimineringsforbud. Departementet uttaler:
- ”Sjømannslovens § 19 nr. 1 sjette ledd forstås slik at en sjømann er vernet mot oppsigelse på grunn av alder før fylte 62 år. Rett til sjømannspensjon oppnås allerede ved fylte 60 år. Det foreligger imidlertid ingen pliktmessig avgangsalder etter sjømannsloven. Til sammenligning kan nevnes at Arbeids- og sosialdepartementet i forhold til den generelle aldersgrense på 70 år konkluderte med at den kan videreføres uten å stride mot diskrimineringsforbudet. Det er hensyn som taler for at det samme skal legges til grunn i forhold til sjømannslovens grense på 62 år. På 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. Forskjellsbehandling på grunn av alder før fylte 62 år vil derimot være et brudd på direktivets diskrimineringsforbud.”**
- (48) Departementet konkluderte altså med at det på grunn av ”yrkets art og de belastninger dette medfører”, fortsatt er berettiget å operere med en lavere aldersgrense for sjøfolk enn det som ellers gjelder, og at retten til sjømannspensjon fra fylte 60 år tilsa at bestemmelsen ikke stred mot direktivet.
- (49) Departementets forslag til lovendringer fikk tilslutning fra stortingskomiteen, blant annet under henvisning til at det var stor enighet blant høringsinstansene om de endringer som ble foreslått.
- (50) Som påpekt var Norge ikke forpliktet til å inkorporere direktivet. Stortinget sto således fritt til om og i hvilken grad reglene som følger av direktivet, skulle innføres som norsk lov. Ut fra en slik betraktning kan det anføres at direktivet som sådan ikke her kan få betydning som rettskilde når lovgiver ved lovens vedtakelse konkluderte med at

sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd skulle videreføres ved siden av de nye lovbestemmelsene om forbud mot diskriminering. Her gjelder prinsippet om *lex specialis*.

(51) Det kan imidlertid reises spørsmål om lovgiver ikke bare har ønsket å implementere direktivets bestemmelser, men også har forutsatt at direktivet, med det innhold det måtte ha etter EF-domstolens praksis, uten reserverasjoner skal legges til grunn ved tolking og praktisering av lovens regler. Hvis dette er tilfelle, vil ikke lovgivers konklusjon om at sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd kan videreføres, uten videre være avgjørende. Proposisjonen må i så fall forstås slik at konklusjonen bare er basert på en formodning om hva som kan godtas av aldersdiskriminering ved oppsigelse av sjøfolk, men at noe annet skal gjelde dersom det skulle vise seg at en slik formodning ikke holder – det vil si at bestemmelsen strider mot det som følger av direktivet.

(52) Jeg finner det noe uklart hva som egentlig har vært forutsetningen på dette punkt. Forarbeidene gir ikke noe entydig inntrykk. Ved inkorporeringen i arbeidsmiljøloven i 2004 uttalte departementet om forholdet til lover og avtaler som gjelder aldersgrenser, jf. Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) side 30:

**”Departementet legger imidlertid til grunn at en innføring av et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av alder *ikke* skal rukke ved dagens rettstilstand. Forbudet mot aldersdiskriminering er således ikke ment å innebære et forbud mot å innføre eller opprettholde bestemmelser og avtaleklausuler som fastsetter en bestemt avgangsalder.”**

(53) I fortsettelsen uttaler departementet at dette skal gjelde inntil forholdet til direktivet er utredet og konsekvensvurdert, og bebuder at et slikt arbeid skal igangsettes. Uttalelsen peker i retning av at bestemmelser i loven er ment å gjelde uavhengig av hva som måtte følge av direktivet, noe Norge, som nevnt, sto fritt til å bestemme.

(54) Senere har imidlertid departementet uttalt i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 196–197, som ligger til grunn for arbeidsmiljøloven av 2005, at:

**” Dersom det oppstår tvist om bestemmelser i lovgivningen, tariffavtaler eller individuelle avtaler inneholder bestemmelser om aldersgrenser som er i strid med lovens forbud mot aldersdiskriminering, må saken prøves rettslig og det vil være opp til domstolene i hvert enkelt tilfelle å foreta en konkret vurdering av hvorvidt en aldersgrense har et saklig formål i samsvar med betingelser for unntak i arbeidsmiljøloven § 54 D nr. 3.”**

(55) Her forutsettes det at domstolene skal avklare forholdet mellom lovbestemmelser om aldersgrenser og lovens regel om unntak fra aldersdiskriminering dersom det oppstår tvist om spørsmålet – det vil si om aldersgrenseregelen formål kan forsvares sammenholdt med unntaksbestemmelsens kriterier. Det er vanskelig å forstå denne uttalelsen annerledes enn at domstolene da forutsettes å skulle henholde seg til direktivet når det skal fastlegges hvilke krav unntaksbestemmelsen stiller for at en aldersgrenseregulering skal kunne opprettholdes.

(56) Jeg er på denne bakgrunn blitt stående ved at det ikke er tilstrekkelig å konstatere at departementet med tilslutning av stortingskomiteen ved innføringen av diskrimineringsbestemmelsene i sjømannsloven, konkluderte med at § 19 nr. 1 sjette ledd var forenlig med direktivet. Domstolene må som utgangspunkt vurdere spørsmålet på



selvstendig grunnlag på bakgrunn av de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EF-domstolen.

(57) Før jeg går inn på en slik vurdering, skal jeg se nærmere på de aktuelle bestemmelsene i direktivet.

(58) Forbudet mot diskriminering følger av artikkel 2 nr. 1, sammenholdt med artikkel 1. Artikkel 2 nr. 1 lyder (i dansk oversettelse):

**”I dette direktiv betyr prinsippet om likebehandling, at ingen må utsættes for nogen form for direkte eller indirekte forskjelsbehandling af nogen af de i artikel 1 anførte grunne.”**

(59) Artikkel 1 lyder:

**”Formålet med dette direktiv er, med henblikk på at gjennomføre prinsippet om likebehandling i medlemsstaterne, at fastlegge en generell ramme for bekæmpelsen af forskjelsbehandling med hensyn til beskæftigelse og erhverv på grund af religion eller tro, handicap, alder eller seksuell orientering.”**

(60) I artikkel 2 nr. 2 gis det regler for når ulovlig forskjellsbehandling foreligger, både direkte og indirekte.

(61) I direktivets fortale pkt. 25 er forskjellsbehandling på grunn av alder særskilt omtalt. Her heter det:

**”Ulige behandling på grunn af alder kan dog være berettiget under visse omstændigheder og kræver derfor særlige bestemmelser, der kan variere alt efter situationen i medlemsstaterne. Det er afgørende at skelne mellem ulige behandling, der er berettiget, især under hensyn til legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og forskjelsbehandling, der skal forbydes.”**

(62) Det forutsettes her at det kan foreligge et særskilt behov for å tillate ulik behandling på grunn av alder ”alt efter situationen i medlemsstaterne”. Det åpnes med andre ord for en noe videre adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder enn det som ellers gjelder der forskjellsbehandlingen er gjort ut fra de grunner som er oppregnet i artikkel 1. Dette har kommet direkte til uttrykk i direktivets artikkel 6 nr. 1 om berettigelse av ulik behandling på grunn av alder, som er den sentrale direktivbestemmelsen som sjømannslovens § 19 nr. 1 sjette ledd må vurderes mot. Det er den innledende del av artikkel 6 nr. 1 som har interesse. Denne lyder:

**”Uansett artikkel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskjelsbehandling, hvis den er objektivt og rimeligt begrundet i et legitimt formål inden for rammerne af den nationale ret, bl.a. legitime beskæftigelses-, arbejdsmarkeds- og erhvervsuddannelsespolitiske mål, og hvis midlerne til at opfylde det pågældende formål er hensigtsmæssige og nødvendige. ...”**

(63) I avgjørelser som gjelder artikkel 6 er det av EF-domstolen slått fast at det gjelder en vid skjønnsmargin for nasjonalstatene på dette området. Dette gjelder både med hensyn til å fastlegge de formål som man vil fremme innenfor sosialpolitikk og arbeidsliv, og med hensyn til hvilke midler som kan fremme slike målsetninger, herunder bestemmelser som innebærer aldersdiskriminering. Dette er også i samsvar med punkt 25 i fortalen som uttrykkelig viser til behovet for særbestemmelser ut fra varierende behov i

medlemsstatene. Det samme følger av artikkel 6 nr. 1 som tillater forskjellsbehandling på grunn av alder hvis dette er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål ”inden for rammerne af den nationale ret.” På den annen side poengterer EF-domstolen at skjønsmarginen ikke kan være så vid at det gjør forbudet mot aldersdiskriminering illusorisk. Jeg viser til sak C-144/04 Mangold, premiss 63, sak C-411/05 Palacios de la Villa, premiss 68 og sak C-388/07, Age Concern, premiss 51.

- (64) Det er også en problemstilling om direktivet er slik å forstå at spørsmålet om diskrimineringsforbudet er overtrådt må vurderes for hver enkelt ansatt eller om det kan foretas en gruppebetraktning. Dette er vurdert av departementet i Ot.prp. nr. 54 (2008–2009), som blant annet tar opp spørsmålet om gjeldende aldersgrense for oppsigelsesvernet på 70 år i arbeidsmiljøloven bør beholdes. I forbindelse med drøftelsen av adgangen til å ha denne type aldersbasert forskjellsbehandling drøfter departementet problemstillingen på side 60. Her uttales:

**”Adgangen til gruppetenkning i forhold til unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 13-3 annet ledd finner etter departementets syn støtte i sak C-411/05 (*de la Villa*), hvor domstolen kommer til at den lovmessige adgangen til å opprette tariffavtaler med pliktmessig avgangsalder i forbindelse med pensjon ikke er i strid med direktivet såfremt det kan knyttes til et saklig formål vedrørende sysselsettingspolitikk og arbeidsmarkedet, og heller ikke er uforholdsmessig inngripende. I dette ligger det implisitt at man åpner for en gruppetilnærming.”**

- (65) Jeg er enig i det departementet her uttaler. Vurderingen av om aldersdiskrimineringen er i samsvar med direktivets artikkel 6 nr. 1 må kunne skje ut fra en gruppetilnærming.
- (66) Jeg ser så på de generelle prinsipper for domsstolskontroll med aldersdiskriminerende bestemmelser som kan utledes av EF-domstolens praksis. Jeg tar utgangspunkt i saken Age Concern.
- (67) Av premiss 35 følger at det er kriteriene i artikkel 6 nr. 1 som vil være avgjørende for om ulik behandling på grunn av alder er en ulovlig forskjellsbehandling. Det følger videre av premiss 45, 47 og 52 at det tilkommer den nasjonale domstol å etterprøve om aldersdiskriminerende bestemmelser fastsatt av nasjonale myndigheter, har legitime formål, og er hensiktsmessige og nødvendige, jf. kriteriene i artikkel 6 nr. 1. Av dommens premiss 44 og 46 framgår at de formål som kan anses legitime, er sosialpolitiske formål, og at oppregningen i artikkel 6 nr. 1 i sysselsettings-, arbeidsmarkeds- og yrkesutdanningspolitiske formål ikke er ment å være uttømmende. Endelig nevner jeg at det i premiss 67 pålegges medlemsstatene bevisbyrden for at formålet som angis som begrunnelse, er i samsvar med direktivet, og det presiseres at det stilles strenge krav.
- (68) Jeg går så over til å se nærmere på de hensyn som begrunner 62-årsregelen i sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd. Som jeg allerede har redegjort for, er det i forarbeidene ved flere anledninger vist til de ansattes helse og sikkerhet. Begrepet sikkerhet må her tas i vid forstand. Foruten hensynet til de sjømenn som har passert 62 år, siktes det her også til skipets sikkerhet så vel som det øvrige mannskap. Det kan ikke være tvil om at dette er formål som ligger innenfor det som etter direktivets artikkel 6 nr. 1 kan begrunne forskjellsbehandling i form av lavere aldersgrense for oppsigelsesvernet enn det som ellers gjelder i samfunnet. Det må videre i all hovedsak være opp til lovgiver å vurdere om disse formålene er sterke nok til å begrunne regelen, jf. det jeg har vist til fra EF-domstolens praksis om den vide skjønsmarginen for nasjonalstaten.

- (69) A har med tyngde anført at forholdene innen sjøfarten har forandret seg, og at den helse- og sikkerhetsmessige situasjonen for sjøfolk ikke lenger atskiller seg fra normalsituasjonen på land. Man finner heller ikke – hevdes det – tilsvarende lav aldersgrense i andre land. Det er videre holdt fram at forholdene på hotellskip som går i nære farvann, slik som tilfellet er for fartøyet til X, gjør det særlig urimelig med en særregel som også omfatter sjøfolk på båter av denne kategori. Endelig er det argumentert med at sjømannspensjonen, på grunn av den betydelige inntektsreduksjonen som vil inntre ved en alder av 62 år, ikke kan gjøre ordningen berettiget.
- (70) Jeg er enig i at de forhold som den ankende part her har trukket fram, gjør at det ut fra en forholdsmessighetsvurdering kan reises spørsmål om en særaldersgrense på 62 år for sjøfolk er forenlig med direktiv 2000/78. Den vide skjønnsmargin som gjelder på dette området, tilsier imidlertid at avveiningen av de kryssende hensyn her i hovedsak må høre under lovgivers løpende vurdering. Jeg minner i den forbindelse om at regelen beror på lovgivers bevisste valg, både om at grensen skal gå ved 62 år, og at den skal gjelde som en generell ordning for næringen, både innenriks og utenriks skipsfart. Den omstendighet at det her er tale om et direktiv som Norge ikke var folkerettslig forpliktet til å inkorporere, men hvor dette berodde på en hensiktsmessighetsvurdering fra lovgivers side, tilsier etter mitt syn at det i tvilstilfelle, slik som i vår sak, bør vises en særlig tilbakeholdenhet med å sette til side den vurdering som lovgiver ved samme anledning gjorde da bestemmelsen i § 19 nr. 1 sjette ledd ble besluttet opprettholdt.
- (71) Jeg er på denne bakgrunn kommet til at aldersgrensen for oppsigelsesvernet for sjøfolk på 62 år ikke strider mot artikkel 6 nr. 1 i direktiv 2000/78.
- (72) A har også anført at sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd strider mot menneskerettskonvensjoner som Norge er bundet av, og som ved menneskerettsloven § 3 er gitt forrang foran norsk lov.
- (73) For det første anføres at bestemmelsen strider mot diskrimineringsforbudet i EMK artikkel 14. Diskrimineringsforbudet i artikkel 14 knytter seg til utøvelsen av rettigheter og friheter som er fastlagt i konvensjonen. Den rettighet som A hevder diskrimineringen angår, er retten til arbeid. A mener denne retten kan utledes av konvensjonens artikkel 11 om forsamlings- og foreningsfrihet og konvensjonens første tilleggsprotokoll artikkel 1, også kalt P 1-1.
- (74) Jeg nøyer meg med å bemerke at jeg ikke kan se at det foreligger praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol som kan underbygge en slik forståelse av konvensjonen. Etter min mening må det, i et tilfelle som dette, være en forutsetning for at en slik regel skal kunne legges til grunn og gjøres gjeldende som intern norsk rett, at den kan forankres i en slik praksis, jf. Rt. 2000 side 996 Bøhler side 1008-1009.
- (75) A har videre anført at sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd strider mot artikkel 26 i FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP). I sak Love mot Australia for FNs menneskerettskomité, communication No. 983/2001, vurderte komiteen hvorvidt en tvungen aldersgrense på 60 år for piloter var i strid med diskrimineringsforbudet i artikkel 26. Etter å ha slått fast at artikkel 26 også beskytter mot aldersdiskriminering, konkluderer den likevel med at artikkel 26 ikke var overtrådt i dette tilfellet. Det ble vist til at aldersgrensen var satt ut fra sikkerhetshensyn, og at dette var et legitimt formål. Ettersom

komiteen ikke kunne se at aldersgrensen på 60 år ikke var basert på objektive og rimelige grunner, ble denne ikke ansett å stride mot artikkel 26, jf. premiss 8.2 og 8.3.

- (76) Etter min mening må det samme bli konklusjonen i vår sak. Slik direktiv 2000/78 er formulert, antar jeg at det går lenger i å beskytte mot diskriminering enn det som kan utledes av den mer generelt formulerte artikkel 26 i SP. Jeg legger også til grunn at det for SP, på et område som dette, vil gjelde en tilsvarende vid skjønnsmargin for nasjonalstatene som for direktiv 2000/78.
- (77) A har subsidiært anført at siden han ble ansatt etter å ha fylt 62 år, og uten å ha blitt varslet om at oppsigelsesretten etter sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd likevel kunne bli gjort gjeldende, må ansettelseskontrakten forstås slik at X dermed har frasagt seg retten til å si ham opp.
- (78) Anførselen kan etter min mening ikke føre fram. Loven er generelt formulert uten noen særbestemmelse for ansettelse etter fylte 62 år. Den må derfor gjelde selv om A hadde fylt 62 år da han ble ansatt. Og selve ansettelsen av A etter fylte 62 år kan ikke tolkes slik at arbeidsgiver på avtalerettslig grunnlag hadde bundet seg til noen annen aldersgrense.
- (79) Anken har etter dette ikke ført fram. Den har imidlertid reist prinsipielle spørsmål der løsningen ikke har vært opplagt. Jeg er derfor kommet til at sakskostnader ikke bør tilkjennes for noen instans, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.
- (80) Jeg stemmer for denne

#### D O M :

1. Anken forkastes.
  2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.
- (81) Dommer **Bårdsen**: Jeg er kommet til at anken fører frem, ettersom oppsigelsen av A må anses aldersdiskriminerende.
- (82) Forbudet mot aldersdiskriminering i sjømannsloven § 33 og § 33 B må tolkes og anvendes i tråd med direktiv 2000/78/EF, slik dette er forstått i EF-domstolens praksis. Jeg nevner i denne forbindelse mandatet for det regjeringsoppnevnte Arbeidslivsutvalget – inntatt i NOU 2003: 2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet side 7 – hvor det blant annet heter:

**”Rådsdirektiv 2000/78/EF om gjennomføring av prinsippet om likebehandling i arbeidslivet ... inngår i EUs ikke-diskrimineringspakke. Implementering av EUs ikke-diskrimineringspakke inngår som et viktig element i arbeidet med å verne utsatte gruppers rettstilling, som står sentralt i Regjeringens politikk.**

**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. Vi legger opp til at direktivet om ikke-diskriminering i arbeidslivet skal implementeres i norsk rett innen 2. desember 2003, som er implementeringsfristen for direktivet.”**

- (83) Formuleringen om et vern ”minst på høyde med EU” er ikke uttrykkelig gjentatt senere, og det er usikkert hvor langt dette rekker med hensyn til et sterkere vern enn det som følger av direktivet. Men jeg har ikke funnet holdepunkter for at lovgiver så for seg at de nye regler om vern mot blant annet aldersdiskriminering ikke skulle være på høyde med direktivet. Jeg viser til Ot.prp. nr. 85 (2005–2006) side 5, hvor departementet uten reservasjoner fremhever at direktiv 2000/78/EF foreløpig ikke er hjemlet i EØS-avtalen, men at det ”likevel er gjennomført i norsk rett”, jf. også side 7 i proposisjonen, hvor det fremheves at direktivet ”allerede er gjennomført”. Da man valgte å opprettholde aldersgrensen i § 19 nr. 1 sjette ledd var dette – slik jeg leser forarbeidene i sammenheng – altså basert på den forutsetning at en generell grense på 62 år for sjøfolk ville være forenlig med direktivets diskrimineringsforbud og sjømannsloven § 33 og § 33 B. Jeg har ikke funnet holdepunkter for at man ønsket denne aldersgrensen opprettholdt også dersom den skulle vise seg i strid med direktivet.
- (84) Det er etter mitt syn ikke tvilsomt at domstolene i en konkret sak om oppsigelse må ta stilling til om vilkårene for å tillate aldersbasert forskjellsbehandling er oppfylt. Dette gjelder enten den aktuelle aldersgrensen følger av lov, tariffavtale eller individuell arbeidskontrakt. Jeg viser i denne forbindelse til direktivet artikkel 9 nr. 1. Dette er også lagt til grunn i Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 196–197, hvor man for den alminnelige bestemmelsen om aldersdiskriminering i arbeidsmiljøloven 1977 § 54 D nr. 3 fremhever at ”det vil være opp til domstolene i hvert enkelt tilfelle å foreta en konkret vurdering av hvorvidt en aldersgrense har et saklig formål i samsvar med betingelsene for unntak”. Det samme må gjelde for de særskilte regler i sjømannsloven.
- (85) For domstolene vil prøvingen knytte seg til om det kan påvises legitime grunner som gjør den aktuelle aldersbaserte forskjellsbehandlingen til et egnet, nødvendig og forholdsmessig tiltak, jf. EF-domstolens dom 5. mars 2009 i sak C-388/07 (Age Concern), særlig avsnitt 47–52. Dette er i grove trekk de samme rammene som FN's Menneskerettskomité har lagt til grunn når det gjelder diskrimineringsforbudet i SP artikkel 26, jf. uttalelse 28. april 2003 i sak 983/2001 Love mfl. mot Australia avsnitt 8.2. Slik saken står går jeg ikke inn på de forskjeller som likevel kan tenkes å foreligge. I det følgende har jeg fokus på direktivet, jf. også sjømannsloven § 33 og § 33 B.
- (86) I vår sak foreligger det *direkte* forskjellsbehandling, jf. artikkel 2 nr. 2 bokstav a og artikkel 1: Sjøfolk over 62 år nyter et svakere stillingsvern enn yngre sjøfolk, og et svakere vern enn det som i alminnelighet gjelder for andre yrkesgrupper. Spørsmålet er om denne forskjellsbehandlingen er berettiget etter direktivets artikkel 6 nr. 1 og sjømannsloven § 33 B. Jeg antar at denne vurderingen i vår sak kan basere seg på en gruppertilnærming, slik også førstvoterende har lagt til grunn.
- (87) Det er etter mitt syn klart at den lavere pensjonsalder for sjøfolk i sin tid var velgrunnet, og at den i noen grad nok også måtte oppfattes som et gode for sjøfolkene selv. Jeg viser til det førstvoterende har sagt om dette. Og da man for 25 år siden utvidet oppsigelsesvernet fra 60 til 62 år, var det i hvert fall ingen strid om aldersgrensen, jf. Ot.prp. nr. 26 (1984–1985) side 33. Men direktivets og sjømannslovens diskrimineringsvern vil etter mitt syn – om det skal ha den nødvendige rekkevidde og realitet – innebære at forskjellsbehandlingen også må kunne begrunnes under nåtidige forhold, og at domstolene må påse at det foreligger et tilstrekkelig oppdatert og aktuelt grunnlag. Forskjellsbehandling som ikke lenger er nødvendig eller forholdsmessig, bør ikke lovlig kunne opprettholdes under henvisning til fortidens behov.

- (88) A har vist til de betydelige endringer som har funnet sted innenfor sjøfartsnæringen, og fremhevet at disse har påvirket nettopp de helse- og sikkerhetsmessige forhold som i sin tid tilsa den lave aldersgrensen. Det er i så måte illustrerende at han selv først ble ansatt etter fylte 62 år, og fikk tilbud om fortsatt – men midlertidig – ansettelse umiddelbart etter oppsigelsen.
- (89) Også jeg legger til grunn at det over tid har funnet sted en vidtgående utvikling, og jeg er enig i at det nå er rimelig å spørre om aldersgrensen på 62 år er velgrunnet. Det er i en slik situasjon nærliggende å undersøke hvilke overveielser lovgiver gjorde da man for ganske få år siden valgte å opprettholde grensen på 62 år i § 19 nr. 1 sjette ledd, samtidig som man implementerte direktiv 2000/78/EF i sjømannsloven § 33 og § 33 B.
- (90) Førstvoterende har allerede sitert de sentrale delene av Ot.prp. nr. 85 (2005–2006) side 13, hvor det bærende synspunktet er at ut fra ”yrkets art og de belastningene dette medfører, synes det naturlig at det opereres med en lavere aldersgrense”. Ut over dette sies det lite som kan kaste lys over hvordan man i 2005 oppfattet behovet for denne aldersgrensen. Vurderingen som gis er svært kort, generell og overfladisk. Og det er så langt jeg har kunnet se heller ikke i de øvrige forarbeidene til denne lovendringen noe som tyder på at man forholdt seg til at rammebetingelsene for sjøfolk var ganske andre enn bare 20 år tidligere, og eventuelt tilsa en ytterligere heving av aldersgrensen siden den forrige endringen i 1985.
- (91) Jeg har – ikke minst ut fra den betydelige frihet lovgiver må ha på dette feltet – vært i atskillig tvil. Men jeg finner å måtte legge avgjørende vekt på at man ved lovendringen i 2007 ikke foretok en oppdatert og samlet vurdering av behovet for en så lav grense som 62 år. Det foreligger da ikke noe tilfredstillende grunnlag for å kunne konkludere med at aldersgrensen også i dag tjener legitime hensyn, og er egnet, nødvendig og forholdsmessig.
- (92) Oppsigelsen av A må etter dette kjennes ugyldig.
- (93) Da jeg etter rådslagningen vet at jeg er i mindretall, går jeg ikke inn på erstatningsspørsmålet.
- (94) Dommer **Flock**: Jeg er kommet til samme resultat som førstvoterende.
- (95) Selv om Norge ikke har vært forpliktet til det, har man valgt å gjennomføre EUs rådsdirektiv 2000/78 i lovgivningen, slik førstvoterende har redegjort for. Jeg kan imidlertid ikke se at det er tilstrekkelige holdepunkter for at lovgiveren har forutsatt at direktivet skal supplere bestemmelsen i sjømannsloven § 19 nr. 1 sjette ledd, som ble besluttet opprettholdt ved gjennomføringen av direktivet. Slik jeg ser det, må saken derfor avgjøres ved at denne bestemmelsen anvendes. Jeg kan da ikke se at oppsigelsen av A er ugyldig, og viser til førstvoterendes votum.
- (96) Når det gjelder de øvrige spørsmål, om forholdet til bestemmelser i EMK og FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter, samt om oppsigelsesvernet ved ansettelse etter fylte 62 år, er jeg enig med førstvoterende og viser til hans votum.

- (97) Dommer **Stabel:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med tredjevoterende, dommer Flock.
- (98) Dommer **Tjomsland:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Tønder.
- (99) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans.

Riktig utskrift bekreftes: