



# NORGES HØYESTERETT

Den 5. mai 2011 avsa Høyesterett dom i

**HR-2011-00910-A, (sak nr. 2010/1676), sivil sak, anke over dom,**

Sven Vidar Bottolvs

Tore Inge Erlandsen

Harald Glebo

Jon Hovring

Einar Åsmund Nordhagen

Viggo Sivertsen

Per Harald Hanssen

Glenn Olaf Lyche

(advokat Alex Borch – til prøve)

Per Steinar Horne

Hans Oddvar Tofterå

(advokat Jon Gisle – til prøve)

mot

SAS Scandinavian Airlines Norge AS

Næringslivets Hovedorganisasjon

(partshjelper)

(advokat Tron Dalheim – til prøve)

## STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Normann**: Saken gjelder gyldigheten av oppsigelsene av ti flygere i SAS Norge AS (SAS Norge). Hovedspørsmålet er om det skjedde ulovlig aldersdiskriminering ved utvelgelsen av dem som ble oppsagt.

- (2) Morselskapet i SAS-konsernet, SAS AB, eier datterselskapene SAS Danmark A/S, SAS Norge AS og SAS Sverige AB. Flyvirksomheten ble opprinnelig drevet gjennom et konsortium eid av datterselskapene kalt Scandinavian Airlines System Denmark Norway Sweden (SAS-konsortiet). I 1989 ble SAS Commuter etablert som et søsterkonsortium til SAS-konsortiet. I 2001 overtok SAS AB aksjene i Braathens ASA. I 2002 ble Widerøe en del av SAS-konsernet, og i 2004 ble SAS Commuter innlemmet i SAS-konsortiet.
- (3) Med virkning fra 1. januar 2005 ble den norske virksomheten i SAS-konsortiet skilt ut og slått sammen med Braathens ASA til SAS Braathens AS. Selskapet endret senere navn til SAS Scandinavian Airlines Norge AS, og var de ankende parters arbeidsgiver på oppsigelsestidspunktet.
- (4) I forbindelse med implementeringen av de felles europeiske flysertifikatbestemmelsene ble den øvre grensen for ervervsmessig flysertifikat hevet fra 60 til 65 år, jf. forskrift 20. desember 2000 som trådte i kraft 1. juli 2001. De første årene etter dette praktiserte SAS fortsatt en aldersgrense på 60 år, men i 2003 åpnet SAS Sverige for at piloter kunne fortsette i tjenesten etter fylte 60 år. På bakgrunn av denne endringen, og fordi aldersdiskrimineringsreglene ble innført i arbeidsmiljøloven 1. mai 2004, besluttet SAS Norge våren 2005 med enkelte begrensninger å tillate piloter som fylte 60 år å fortsette å fly.
- (5) Hevingen av aldersgrensen innebar at det ble mulig å fortsette i tjeneste frem til 65 år, selv om pensjonsordningen fortsatt var rettet inn mot at pensjonsalderen var 60 år.
- (6) Ved etableringen av SAS Braathens AS ble det gjennomført forhandlinger om lønns- og arbeidsvilkår for pilotene, som førte til inngåelsen av den såkalte "Trepartsavtalen" 15. desember 2004. Denne tariffavtalen ble inngått mellom SAS-konsortiet og de to flygergruppene fra SAS og Braathens. Fagforeningene og SAS Braathens (senere SAS Norge) avtalte i Trepartsavtalen å slutte seg med noen endringer til de kollektivavtaler som gjaldt i henholdsvis SAS og Braathens med noen endringer før virksomhetsoverdragelsen. Det følger videre av Trepartsavtalen at:
- "2.1 For samtlige flygere i SKBU opprettes en felles norsk liste (FNL). Flygerne innplasseres på FNL i tidsrekkefølge basert på siste ansettelsestidspunkt i SK eller BU i henhold til norsk rettspraksis. Ved konstruksjon av listen benyttes hele kombilisten fra SK og BUs ansiennitetsliste. Piloter fra SK tas ut fra denne listen og settes deretter inn igjen i den interne SK-rekkefølgen fra den fellesskandinaviske kombilisten.**
- ...
- 2.2 Dersom intet annet avtales skal FNL følges ved ev. senere nedbemanning i SKBU.**
- ..."
- (7) Mer enn 95 prosent av flygerne i SAS Norge er fagorganisert i Norske SAS-flygeres forening (NSF) og ScanNor Flygerforening (SNF). SAS har inngått tariffavtaler med disse foreningene, betegnet som henholdsvis Grønn og Rød bok. Den tredje fagforeningen, Scandinavian Pilot Union (SPU), representerer en liten andel av flygerne i SAS Norge, og har ingen egen tariffavtale. Medlemmene i SPU er imidlertid omfattet av tariffavtalen for NSF. SNF og SPU er tilsluttet arbeidstakerorganisasjonen Parat, som er et forbund i Yrkesorganisasjonenes Fellessammenslutning.

- (8) I 2008 oppsto det store økonomiske problemer for SAS, og det var nødvendig å redusere kostnadene. Personalkostnadene er den største kostnaden for et flyselskap etter drivstoff. Til forskjell fra kapitalkostnader og kostnader til drivstoff er personalkostnadene i stor grad påvirkbare. Kostnadene for SAS' flygende personell var i 2008 cirka syv milliarder svenske kroner. Det ble på grunn av disse problemene besluttet å sette 13 fly – hvorav fem norske – på bakken.
- (9) Etter at frivillige løsninger var forsøkt, var det fortsatt en betydelig overtallighet i den norske delen av SAS frem til desember 2009. På grunn av ressursbehovet sommeren 2008 og tregheten med å rekruttere nye piloter, sto man igjen med en overtallighet for den norske delen av virksomheten på tolv piloter.
- (10) Overtalligheten som oppsto, ble gjenstand for drøftelser og forhandlinger mellom SAS, SAS Norge, NSF og SNF. I perioden fra 7. juli til 29. august 2008 holdt SAS møter med de store fagforeningene, NSF, Dansk Pilotforening og Svensk Pilotforening (disse tre er gitt samlebetegnelsen Pfor) og SNF. Det fremgår av protokollene at piloter som i henhold til kollektivavtale hadde nådd pensjonsalder og dermed var pensjonsberettiget, skulle sies opp før øvrige piloter. Partene avtalte å gjøre unntak fra det ansiennitetsprinsippet som følger av Trepartsavtalen punkt 2.2, jf. forhandlingsprotokollene 21. og 29. august 2008. I begge protokollene heter det at: "Partene er enige om, i forbindelse med nedbemanningene høsten 2008, å ta avsteg fra Trepartsavtalen pkt. 2.2". Det ble også laget en liste over de pilotene som lå an til å bli sagt opp.
- (11) Av disse tolv valgte to selv å avslutte arbeidsforholdet. De ti pilotene det etter dette var aktuelt å gå til oppsigelse av, ble innkalt til individuelle drøftelsesmøter. I perioden 10. til 19. september ble det avholdt individuelle drøftelsesmøter med ni av disse. En ønsket ikke å delta i drøftelsesmøte.
- (12) SAS innkalte i e-post 9. september 2008 SPU til møte angående nedbemanningsprosessen. SPU avslo samme dag tilbudet om et møte, under henvisning til at det allerede var planlagt drøftelsesmøter med tre medlemmer 10. september 2008. Den 11. september sendte SAS Norge en ny e-post til SPU med forslag om at det ble avholdt møte for å drøfte nedbemanningsprosessen. Et møte hvor problemstillingene vedrørende oppsigelsene ble berørt, ble avholdt 23. september 2008.
- (13) De ti pilotene ble oppsagt ved brev 24. september 2008. Oppsigelsestiden ble beregnet fra 1. oktober 2008 med fratreden 31. mars 2009. Alle de oppsagte hadde på oppsigelsestidspunktet fylt 60 år. Oppsigelsene var begrunnet med overtallighet på grunn av markedsutviklingen og selskapets økonomi.
- (14) Det ble avholdt individuelle forhandlingsmøter med de oppsagte pilotene i perioden 24. oktober til 19. november 2008.
- (15) SAS hadde etter oppsigelsene fortsatt store økonomiske problemer. Selskapet innhentet ny egenkapital gjennom en emisjon vinteren 2009 og en ny emisjon noe senere. I tillegg ble det gjennomført en rekke rasjonaliseringstiltak. Den 18. desember 2008 ble det inngått en overenskomst vedrørende produktivitet kalt "GM-avtalen" (Group Management-avtalen) med NSF, DPF og SPF. Det ble gitt tilbud om førtidspensjonering og mulighet til å søke om permisjon uten lønn. I en e-post fra de tre skandinaviske fagforeningene (Pfor)

20. mai 2009 fremgår blant annet om frivillige tiltak, Leave of Absence (LOA) og overtallige årsverk, Full Time Equivalent (FTA) at:

**”De frivillige tiltak, avgang til førtidspensjon og frivillig LOA er nå avsluttet, og det har gjennom dette lyktes å håndtere en overtallighet i den imponerende størrelsesorden 365 FTE.**

**Likevel står vi igjen med en overtallighet i størrelsesorden 65 FTE, som det ikke har lyktes å avvikle. 65 FTE kan medføre mer enn 100 oppsigelser, såfremt overtalligheten ikke håndteres.”**

- (16) Etter forhandlinger med fagforeningene i Norge, Sverige og Danmark ble det 4. og 8. juni 2009 sagt opp ytterligere 73 piloter. Dette var de resterende pilotene som hadde fylt 60 år og flygere nederst på ansiennitetslisten.
- (17) De ankende parter nummer 1 til 8 – Sven Vidar Bottolvs, Tore Inge Erlandsen, Harald Glebo, Jon Hovring, Einar Åsmund Nordhagen, Viggo Sivertsen, Per Harald Hanssen og Glenn Olaf Lyche – og de ankende parter 9 til 10 – Per Steinar Horne og Hans Oddvar Tofterå – tok ut stevning for Asker og Bærum tingrett henholdsvis 18. og 19. desember 2008 med påstand blant om at oppsigelsene var ugyldige og med krav om erstatning. Sakene ble senere forent til felles behandling.
- (18) Asker og Bærum tingrett avsa 15. juli 2009 dom og kjennelse med slik slutning:
- ”1. SAS Scandinavian Airlines Norge AS frifinnes.**
  - 2. Sven Vidar Bottolvs, Tore Inge Erlandsen, Harald Glebo, Jon Hovring, Einar Åsmund Nordhagen, Viggo Sivertsen, Per Harald Hanssen, Glenn Lyche, Per Steinar Horne fratrer sine stillinger i SAS Scandinavian Airlines Norge AS under sakens behandling fra 1. september 2009.**
  - 3. Sven Vidar Bottolvs, Tore Inge Erlandsen, Harald Glebo, Jon Hovring, Einar Åsmund Nordhagen, Viggo Sivertsen, Per Harald Hanssen, Glenn Lyche, Per Steinar Horne og Hans Tofterå betaler 899 802 – åttehundreogtittitusenåttehundreogto – kroner i sakskostnader til SAS Scandinavian Airlines Norge AS.”**
- (19) De ti flygerne anket tingrettens dom til lagmannsretten. Horne og Tofterå hadde fratrudd sine stillinger, og deres anke var derfor begrenset til å gjelde krav om erstatning som følge av ugyldig oppsigelse.
- (20) Domsslutningen punkt 2 innebar at de ankende parter måtte fratrudd stillingene under sakens behandling. De åtte pilotene anket på dette punkt tingrettens kjennelse til lagmannsretten, som 5. januar 2010 avsa kjennelse for at de skulle stå i sine stillinger under sakens behandling. SAS Norge anket til Høyesterett og begjærte oppsettende virkning, som ble innvilget. Høyesteretts ankeutvalgt forkastet anken 9. februar 2010.
- (21) Borgarting lagmannsrett avsa 17. august 2010 dom med slik domsslutning:
- ”I hovedsaken:**
- 1. Anken forkastes.**
  - 2. Scandinavian Airlines Norge AS frifinnes for kravet om at selskapet er forpliktet til å stille Sven Vidar Bottolvs, Tore Inge Erlandsen, Harald Glebo,**

**Jon Hovring, Einar Åsmund Nordhagen, Viggo Sivertsen, Glenn Lyche og Per Harald Hanssen økonomisk som om de hadde fortsatt i sine stillinger i perioden september 2009 til 9. februar 2010.**

3. **I sakskostnader for lagmannsretten betaler Sven Vidar Bottolvs, Tore Inge Erlandsen, Harald Glebo, Jon Hovring, Einar Åsmund Nordhagen, Viggo Sivertsen, Glenn Lyche, Per Harald Hanssen, Per Steinar Horne og Hans Tofterå en for alle, alle for en til Scandinavian Airlines Norge AS 700 000 – syvhundretusen – kroner innen to uker fra forkynnelse av denne dom.”**

(22) Det ble samtidig avsagt slik kjennelse i fratredelsessaken:

- ”1. **Viggo Sivertsen, Einar Åsmund Nordhagen, Tore Inge Erlandsen, Harald Glebo, Glenn Lyche og Per Harald Hanssen står i stillingene til saken er rettskraftig avgjort.**
2. **I sakskostnader for lagmannsretten betaler Scandinavian Airlines Norge AS til Viggo Sivertsen, Einar Åsmund Nordhagen, Tore Inge Erlandsen, Harald Glebo, Glenn Lyche og Per Harald Hanssen i fellesskap 18 500 – attentusenfemhundre – kroner innen to uker fra forkynnelse av denne kjennelse.”**

(23) De ti flygerne har anket lagmannsrettens dom til Høyesterett. Anken gjelder i hovedsak lagmannsrettens rettsanvendelse og på enkelte punkter også lagmannsrettens bevisbedømmelse. I ankene gjøres gjeldende at oppsigelsene er ugyldige, og at de ankende parter har krav på erstatning for ikke-økonomisk tap. For de ankende parter 1 til 8 gjøres dessuten gjeldende at de har krav på erstatning for økonomisk tap i den perioden de var utestengt under sakens gang.

(24) Høyesteretts ankeutvalg tillot ved beslutning 9. desember 2010 ankene fremmet. I prosesskriv 16. februar 2011 erklærte Næringslivets Hovedorganisasjon partshjelp til støtte for SAS Norge, jf. tvisteloven § 15-7. Det er innhentet enkelte utenrettslige forklaringer og fremlagt noen nye dokumenter i saken. Selv om partene for Høyesterett i noen grad synes å ha endret sine anførsler, står saken i hovedsak i samme stilling som for lagmannsretten.

(25) De ankende parter – *Sven Vidar Bottolvs, Tore Inge Erlandsen, Harald Glebo, Jon Hovring, Einar Åsmund Nordhagen, Viggo Sivertsen, Per Harald Hanssen og Glenn Olaf Lyche, Per Steinar Horne og Hans Oddvar Tofterå* – har i hovedsak anført:

(26) Oppsigelsene er usaklige og må kjennes ugyldige. Det bestrides ikke at SAS Norge lovlig kunne foreta nedbemanninger i 2008, men utvelgelsen av de som skulle sies opp, er i strid med arbeidsmiljøloven. Oppsigelsene innebærer ulovlig aldersdiskriminering.

(27) Fordi oppsigelsene innebærer brudd på diskrimineringsforbudet, er tariffavtalen om å fravike ansiennitetsprinsippet ugyldig, jf. arbeidsmiljøloven § 13-9 tredje ledd.

(28) Arbeidsmiljølovens bestemmelser om aldersdiskriminering må tolkes i samsvar med EUs rådsdirektiv 2000/78 (rammedirektivet) og EU-domstolens praksis, jf. Rt. 2010 side 202 (Kystlink). Selv om rammedirektivet ikke er en del av EØS-avtalen, følger det av lovens forarbeider at Norge har valgt å følge direktivet. Det er en svakhet ved lagmannsrettens dom at rammedirektivet ikke trekkes inn ved fortolkningen av arbeidsmiljøloven § 13-3.

- (29) Lagmannsretten har uriktig lagt til grunn at det foreligger indirekte diskriminering. Det dreier seg i denne saken om direkte diskriminering. Men selv om diskrimineringen skulle bli ansett å være indirekte, er den klart i strid med direktivet.
- (30) Villkårene for å gjøre lovlig unntak fra forbudet mot aldersdiskriminering i arbeidsmiljøloven § 13- 3 andre ledd, er ikke oppfylt. Det foreligger ikke et nasjonalt lovgrunnlag som kan hjemle forskjellsbehandlingen. Det følger av EU-domstolens praksis at tiltak som innebærer aldersdiskriminering, må ha et sysselsettings-, arbeidsmarkeds- eller yrkesutdanningspolitisk formål, og at disse må være forankret i nasjonale lovregler, jf. sak C-411/05 (Palacios de la Villa), de forente sakene C-250/09 og 268/09 (Georgiev) og dom av 5. mars 2009 i sak C-388/07 (Age Concern). I dette tilfellet var utvelgelsen i strid med det nasjonalpolitiske formål i Norge om å få flere til å stå lenger i arbeid, jf. blant annet St.meld. nr. 6 (2006–2007) side 5. Det er ingen tradisjon i norsk rett for at arbeidstakers økonomi skal tillegges vekt ved nedbemanning. Sosiale hensyn gir et vern mot oppsigelse, men kan ikke begrunne oppsigelse av andre arbeidstakere, jf. Rt. 1986 side 879.
- (31) Selv om utvelgelsen hadde fremmet et saklig formål, er den uansett ugyldig fordi målet kunne vært nådd med mindre inngripende tiltak. Lagmannsretten har ikke foretatt den forholdsmessighetsvurdering loven krever, jf. arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd.
- (32) Oppsigelsene er også ugyldige fordi vurderingen mangler tilstrekkelig bredde, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd jf. § 15-12 første ledd og Rt. 1984 side 1058. Det vises til at SAS Norge utelukkende har benyttet oppnådd pensjonsalder som utvelgelseskriterium, og ikke har vurdert hvem som ville klare seg best etter en oppsigelse. Det fremheves særlig at SAS også skulle ha vurdert de flygerne som hadde fylt 55 år, og som hadde anledning til å søke om førtidspensjon.
- (33) Det kan ikke tillegges særlig vekt at det er inngått avtale med de større fagforeningene. Tariffavtalen her gjelder ikke utvelgelseskriterier, men er i realiteten en avtale om hvem som skal sies opp.
- (34) Oppsigelsestiden for Bottolvs, Hovring, Sivertsen, Nordhagen, Erlandsen og Glebo er ett år og ikke seks måneder. Disse har tidligere hatt ansettelsesforhold i SAS Commuter, og etter arbeidsavtalene der er oppsigelsestiden 12 måneder. Å innrømme en lengre oppsigelsesfrist enn den som er fastsatt i tariffavtalen, medfører ikke at det er motstrid mellom den individuelle arbeidsavtalen og tariffavtalen. Arbeidstvistloven § 3 nr. 3 kommer derfor ikke til anvendelse. Det er en mangel ved de vurderinger som lå bak oppsigelsene at dette forholdet ikke ble hensyntatt.
- (35) Saksbehandlingen oppfyller ikke kravene i arbeidsmiljøloven § 15-1. Det mangler derfor et helt sentralt element i saklighetsvurderingen som må føre til at oppsigelsene er ugyldige. Lagmannsretten har uriktig lagt til grunn at den fremgangsmåten arbeidsmiljøloven krever ved masseoppsigelser er fulgt, jf. arbeidsmiljøloven § 15-2. Møtet med SPU den 23. september 2008 var et informasjonsmøte, og oppfyller ikke lovens krav til drøftinger.
- (36) De oppsagte har som følge av at oppsigelsene er ugyldige, krav på oppreisning for ikke-økonomisk skade etter arbeidsmiljøloven § 15-12 andre ledd. Det er grunnlag for å

tilkjenne større oppreisningsbeløp enn ellers. Det vises særlig til at det har funnet sted trakassering over tid både av den enkelte og av piloter som hadde fylt 60 år som gruppe.

- (37) De ankende parter 1 til 8 krever å bli holdt økonomisk skadesløse for det tapet de ble påført ved at de måtte fratru på grunn av tingrettens kjennelse 15. juli 2009. Dersom de får medhold i at oppsigelsene er ugyldige, følger det av arbeidsmiljøloven § 15-12 andre ledd at de har krav på erstatning. Men selv om SAS Norge får medhold i at oppsigelsene er gyldige, har de krav på erstatning for det tapet de ble påført som følge av at tingretten traff kjennelse om at de skulle fratru sine stillinger. Arbeidsmiljølovens system er at man har rett til å stå i stilling til oppsigelsessaken er endelig avgjort. Erstatningskravet følger også av en analogisk anvendelse av tvisteloven § 32-11.
- (38) De ankende parter 1 til 8 – Svein Vidar Bottolvs, Tore Inge Erlandsen, Harald Glebo, Jon Hovring, Einar Åsmund Nordhagen, Viggo Siversten, Per Harald Hanssen og Glenn Olaf Lyche – har nedlagt slik påstand:

- ”1. SAS Scandinavian Airlines Norge AS oppsigelser av Svein Vidar Bottolvs, Tore Inge Erlandsen, Harald Glebo, Jon Hovring, Einar Åsmund Nordhagen, Viggo Siversten, Per Harald Hanssen og Glenn Lyche kjennes ugyldige.
2. SAS Scandinavian Airlines Norge AS dømmes til å betale til Sven Vidar Bottolvs, Tore Inge Erlandsen, Harald Glebo, Jon Hovring, Einar Åsmund Nordhagen, Viggo Siversten, Per Harald Hanssen og Glenn Lyche erstatning fastsatt etter rettens skjønn med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
3. SAS Scandinavian Airlines Norge AS er forpliktet til å stille Sven Vidar Bottolvs, Tore Inge Erlandsen, Harald Glebo, Jon Hovring, Einar Åsmund Nordhagen, Viggo Siversten, Per Harald Hanssen og Glenn Lyche økonomisk som om de hadde fortsatt i sine stillinger i perioden september 2009 til 9. februar 2010.
4. SAS Scandinavian Airlines Norge AS dømmes til å betale til Sven Vidar Bottolvs, Tore Inge Erlandsen, Harald Glebo, Jon Hovring, Einar Åsmund Nordhagen, Viggo Siversten, Per Harald Hanssen og Glenn Lyche sakskostnader for tingretten, lagmannsretten og Høyesterett.”

- (39) De ankende parter 9 og 10 – Per Steinar Horne og Hans Oddvar Tofterå – har nedlagt slik påstand:

- ”1. SAS Scandinavian Airlines Norge AS oppsigelser av Per Steinar Horne og Hans Tofterå kjennes ugyldige.
2. SAS Scandinavian Airlines Norge AS dømmes til å betale Per Steinar Horne og Hans Tofterå erstatning fastsatt etter rettens skjønn med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.
3. SAS Scandinavian Airlines Norge AS dømmes til å betale Per Steinar Hornes og Hans Tofterås sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.”

- (40) Ankemotparten – SAS Scandinavian Airlines Norge AS – har i hovedsak anført:

- (41) Oppsigelsene er saklig begrunnet, og saksbehandlingen har vært forsvarlig. Bestemmelsene er ikke i strid med rammedirektivet.

- (42) Utvelgelsen av de oppsagte bygger på anerkjente prinsipper og er saklig begrunnet, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7. Den har også den nødvendige bredde i vurderingen til å oppfylle lovens krav. Tariffavtalen forfølger i denne saken et legitimt formål – å komme frem til saklige utvelgelseskriterier.
- (43) Det følger av lovens forarbeider og rettspraksis at konsekvensen av en oppsigelse for den enkelte arbeidstakeren er nært knyttet til saklighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Alder og mulighet til forsørgelse, og dermed størrelsen på pensjonsytelsene, er relevante utvelgelseskriterier.
- (44) Hensyn knyttet til arbeidstakeren kan ikke bare begrunne at oppsigelse ikke gis. Dette kriteriet kan også begrunne utvelgelsen.
- (45) Kriteriet for utvelgelsen oppfylder vilkårene for å gjøre unntak fra aldersdiskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd. Bestemmelsen må tolkes i samsvar med rammedirektivet og EU-domstolens praksis. Arbeidsgiveren har en viss skjønnsmargin ved utvelgelsen, jf. EU-domstolens avgjørelse 12. oktober 2010 i sak C-499/08 (Andersen) avsnitt 35.
- (46) Oppsigelsene i denne saken er ikke uforholdsmessig inngripende. De oppsagte, som har meget gunstige pensjonsordninger, er ikke fratatt muligheten til å søke annet arbeid, og det kriteriet SAS har benyttet ved utvelgelsen, er ikke stigmatiserende. De pilotene som var fylt 55 år og kunne søkt om førtidspensjon, stod i en annen stilling enn de som var fylt 60 år, og det kan ikke sies å være en mangel at oppsigelse av disse ikke ble vurdert.
- (47) Det må tillegges vekt at utvelgelseskriteriet er etablert ved kollektive forhandlinger, jf. kravet i arbeidsmiljøloven § 15-2, EU-domstolens avgjørelse 12. oktober 2010 i sak C-45/09 (Rosenblatt) avsnitt 49 og 68 og Rt. 2001 side 71.
- (48) Saksbehandlingen har vært forsvarlig, jf. § 15-1. SAS har oppfylt sin forpliktelse etter arbeidsmiljøloven § 15-2 til å drøfte masseoppsigelsen med de tillitsvalgte. Det var forsvarlig å nøye seg med drøftelser med de fagforeningene som representerte minst 95 % av pilotene. Subsidiært anføres at et brudd på arbeidsmiljøloven § 15-2 uansett ikke har hatt betydning for utfallet.
- (49) Det følger av tariffavtalen at oppsigelsestiden er 6 måneder. Tidligere inngåtte avtaler må settes til side, jf. lov om arbeidstvister § 3 nr. 3, og tvisten på dette punkt er under enhver omstendighet uten betydning for gyldigheten av oppsigelsene.
- (50) Dersom oppsigelsene kjennes ugyldige, må det ved erstatningsutmålingen tillegges vekt at kriteriene for utvelgelse ikke var stigmatiserende. SAS kan ikke bebreides for den trakassering de oppsagte er blitt utsatt for.
- (51) De ankende parter 1 til 8 har ikke krav på erstatning for at de i en periode var utestengt fra arbeidet. SAS Norge har forholdt seg til tingrettens kjennelse, og det er ikke grunnlag for å kreve erstatning for andre krav enn de som er hjemlet i arbeidsmiljøloven. Tvisteloven § 32-11 kan ikke anvendes analogisk.
- (52) SAS Scandinavian Airlines Norge AS har nedlagt slik påstand:



**”1. Ankene forkastes.**

**2. De ankende parter betaler en for alle, alle for en SAS Scandinavian Airlines Norge AS’ sakskostnader for Høyesterett.”**

(53) Partshjelperen – *Næringslivets Hovedorganisasjon* – slutter seg til ankemotpartens anførsler. Det understrekes at det følger av Hovedavtalen § 9-12 at ansiennitetsprinsippet kan fravikes ved nedbemanning dersom det foreligger saklig grunn. Utvelgelsen i denne saken er skjedd etter en bred vurdering av ulike momenter. Sosiale hensyn skal alltid tillegges vekt. Både NHO, LO og YS oppfordrer bedriftene til å inngå avtaler med arbeidstakernes organisasjoner i en nedbemanningsprosess.

(54) *Næringslivets Hovedorganisasjon* har nedlagt slik påstand:

**”1. Ankene forkastes.**

**2. De ankende parter betaler en for alle, alle for en *Næringslivets Hovedorganisasjons* sakskostnader for Høyesterett.”**

(55) *Mitt syn på saken:*

(56) Hovedspørsmålet i saken er om oppsigelsene av de ti pilotene i SAS Norge som hadde fylt 60 år, er ugyldige som følge av ulovlig aldersdiskriminering.

(57) Jeg finner det hensiktsmessig først å se på om oppsigelsene er usaklig begrunnet etter lovens alminnelige regler om vern mot usaklig oppsigelse.

(58) Arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd lyder:

**”Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.”**

(59) Oppsigelsene er begrunnet i arbeidsgiverens forhold. Det er ikke bestridt at det var behov for nedbemanning i SAS høsten 2008, og heller ikke at det var en overtallighet på tolv flygere i den norske delen av virksomheten. I utgangspunktet foreligger det da en lovlig adgang til å gå til oppsigelse, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7.

(60) Også utvelgelseskriteriene i en nedbemanningsprosess må være saklige, jf. Fanebust, Oppsigelse i arbeidsforhold 4. utgave side 166 flg., og Fougner/Holo Arbeidsmiljøloven, Kommentarutgave 2006 side 804. Spørsmålet blir derfor om det utvelgelseskriteriet som er benyttet her, er saklig.

(61) Det følger av tariffavtalene mellom SAS og de to dominerende fagforeningene for pilotene (NSF og SNF) at ansiennitet skulle benyttes som utvelgelsesprinsipp ved nedbemanning, jf. Trepartsavtalen punkt 2.2. Som ledd i nedbemanningsprosessen høsten 2008 inngikk imidlertid tariffpartene avtale om å fravike dette prinsippet, jf. protokollene fra møter med SNF 7. juli og 21. august 2008 og med de tre fagforeningene NSF, DPF og SPF (Pfor) 29. august 2008. Partene ble enige om at gjenstående overtallighet skulle løses ved å si opp flygerne som var pensjonsberettiget før piloter nederst på ansiennitetslisten. Dette innebar at piloter som hadde fylt 60 år, ble oppsagt. At en tariffavtale kan endres dersom avtalepartene er enige, er uten videre klart.

Trepartsavtalen åpner forøvrig også etter sin egen ordlyd for at ansiennitetsprinsippet bare skulle gjelde dersom ”intet annet avtales”, jf. punkt 2.2.

- (62) At man i en konkret situasjon velger å basere utvelgelsen på andre kriterier enn ansiennitet, kan ikke *i seg selv* føre til at oppsigelsene er usaklig begrunnet, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7.
- (63) SAS la ved utvelgelsen avgjørende vekt på at de pilotene som ble sagt opp, var berettiget til å motta alderspensjon. Konsekvensene oppsigelsen får for den enkelte arbeidstaker, må utvilsomt kunne trekkes inn ved saklighetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Hensynet til arbeidstakeren har gradvis fått større plass i denne vurderingen, jf. Ot.prp. nr. 41 (1975–76) side 18–19. At denne type hensyn er relevant, fremgår også av rettspraksis, jf. Rt. 1986 side 879.
- (64) De ankende parter har anført at slike sosiale hensyn bare kan benyttes som begrunnelse for unnlattelse av å gå til oppsigelse. Jeg er ikke enig i dette. De er etter mitt syn også relevante i en utvelgelsesprosess som den foreliggende, hvor arbeidsgiveren må velge mellom ansatte.
- (65) Jeg er etter dette kommet til at utvelgelsen av de oppsagte pilotene er basert på hensyn som er saklige etter arbeidsmiljøloven § 15-7. Utvelgelsen vil likevel være usaklig dersom den innebærer ulovlig aldersdiskriminering av de oppsagte pilotene, og jeg går over til å drøfte dette spørsmålet.
- (66) Det følger av arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd at ”[d]irekte og indirekte diskriminering på grunn av ... alder er forbudt”. Paragraf 13-3 andre ledd åpner adgang til å gjøre unntak fra forbudet:
- ”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.”**
- (67) Forskjellsbehandlingen må altså ha et *saklig formål*, og den må ikke være *uforholdsmessig inngripende* overfor de som sies opp.
- (68) Før jeg går inn på den konkrete vurderingen av om utvelgelseskriteriet i denne saken innebærer ulovlig aldersdiskriminering, skal jeg se nærmere på bakgrunnen for innføringen av disse reglene. Denne er å finne i EUs Rådskdirektiv 2000/78 om gjennomføring av prinsippet om likebehandling i arbeidslivet – det såkalte rammedirektivet.
- (69) Direktivet er hjemlet i EF-traktatens artikkel 13 om likestilling uavhengig av kjønn, rase, etnisk opprinnelse, religion, tro, handicap, alder eller seksuell legning. Artikkelen har ingen parallell bestemmelse i EØS-avtalen, noe som innebærer at EFTA-landene ikke er rettslig forpliktet til å gjennomføre rammedirektivet i sin lovgivning. Norge valgte likevel å implementere dette ved lov uavhengig av sine forpliktelser etter EØS-avtalen, jf. Rt. 2010 side 202 (Kystlink) avsnitt 46.

- (70) Direktivet ble opprinnelig implementert i 2004 ved et nytt kapittel Xa i arbeidsmiljøloven 1977, jf. 54B og § 54D. Tilsvarende bestemmelser er nå inntatt i arbeidsmiljøloven 2005 kapittel 13.
- (71) I Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), som ligger til grunn for arbeidsmiljøloven 2005, uttalte departementet 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.”**
- (72) Det er lagt til grunn at domstolene må vurdere om oppsigelsene innebærer ulovlig aldersdiskriminering på selvstendig grunnlag ut fra de samme rettskilder som ville gjelde dersom spørsmålet hadde blitt forelagt EU-domstolen, jf. Kystlink-dommen avsnitt 55 og 56.
- (73) Jeg bemerker for øvrig at både Kystlink-dommen og praksis fra EU-domstolen gjelder oppsigelser på grunn av oppnådd aldersgrense. Disse sakene er derfor ikke uten videre sammenlignbare med vår sak, hvor vi står overfor spørsmålet om lovligheten av et utvelgelseskriterium ved nedbemanning. Denne forskjellen kan få en viss betydning ved forholdsmessighetsvurderingen, som jeg vil komme tilbake til.
- (74) Etter rammedirektivet artikkel § 16 b) skal medlemsstatene sørge for at bestemmelser i blant annet kollektivavtaler som strider mot prinsippet om likebehandling, blir ugyldige eller endres. Dette følger også av arbeidsmiljøloven 13-9 tredje ledd. Jeg har tidligere nevnt at SAS og NSF og SNF ble enige om å gjøre unntak fra ansiennitetsprinsippet i Trepartsavtalen punkt 2.2. Det er ikke reist formelle innsigelser mot denne ”avstegsavtalen”. Gyldigheten av de materielle vilkår som ble lagt til grunn for utvelgelsen, må likevel prøves mot forbudet mot ulovlig aldersdiskriminering, jf. arbeidsmiljøloven § 13-9 tredje ledd.
- (75) Det utvelgelseskriteriet som ble benyttet, hadde – slik jeg ser det – et annet formål enn å forskjellsbehandle på grunn av alder. Kriteriet er likevel så nært knyttet til alder, at det etter mitt syn ikke er tvilsomt at ordningen innebærer aldersdiskriminering. Spørsmålet blir derfor om vilkårene for å gjøre unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av alder er oppfylt.
- (76) Rammedirektivet artikkel 6 punkt 1 bokstav a gir adgang til å fastsette unntak fra forbudet mot aldersdiskriminering:
- ”1) Uanset artikel 2, stk. 2, kan medlemsstaterne bestemme, at ulige behandling på grund af alder ikke udgør forskelsbehandling, 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.**

**Der kan bl.a være tale om følgende former for ulige behandling:**

- a) **tilvebringelse af særlige vilkår for adgang til beskæftigelse og erhvervsuddannelse, beskæftigelse og erhverv, herunder betingelser vedrørende afskedigelse og aflønning, for unge, ældre arbeidstagere og personer med forsørgerpligt med henblik på at fremme deres erhvervsmæssige integration eller at beskytte dem.”**

- (77) De ankende parter har gjort gjeldende at artikkel 6 punkt 1 bokstav a stiller vilkår om at de mål som søkes oppnådd ved aldersbasert forskjellsbehandling i det konkrete tilfellet, må være hjemlet i en nasjonal regel som fastsetter konkrete grenser, for eksempel en bestemt aldersgrense slik som i Kystlink-saken. Når utvelgelseskriteriet i denne saken ikke er fastsatt på denne måten i lovgivningen, har diskrimineringen ikke et legitimt formål.
- (78) Jeg er ikke enig i dette. Direktivets ordlyd gir ikke støtte for en slik oppfatning, og den er heller ikke kommet til uttrykk i lovforarbeidene. I Arbeidslivsutvalgets innstilling er det uttalt at medlemsstatene i henhold til rammedirektivet artikkel 6 kan fastsette at forskjellsbehandling ikke er ulovlig, dersom den er objektivt og rimelig begrunnet i et legitimt formål etter nasjonal rett, og hvis midlene til å oppfylle det aktuelle formålet er hensiktsmessige og nødvendige. At målet som søkes oppnådd med forskjellsbehandlingen må være legitimt innenfor den nasjonale rett, innebærer ifølge innstillingen at målet må være *i samsvar med gjeldende rettslige normer og regler*, jf. NOU 2003: 2 side 47.
- (79) I EU-domstolens avgjørelse 5. mars 2009 i sak C-388/07 (Age Concern) avsnitt 42 og 43 er det også uttalt at direktivet ikke oppstiller krav om at formålet konkretiseres i detalj. Også nasjonale regler som åpner for forskjellsbehandling på grunn av alder ut fra mer generelle kriterier, vil kunne være tilstrekkelige. I dette tilfellet er det arbeidsmiljøloven § 15-7 – slik den er forstått og praktisert – som er den aktuelle bestemmelsen. Jeg har tidligere redegjort for at de hensyn som her ligger til grunn for oppsigelsen, er lovlige etter arbeidsmiljøloven § 15-7, og at det derfor foreligger en nasjonal hjemmel.
- (80) Spørsmålet blir deretter om den aldersbaserte forskjellsbehandlingen er lovlig innenfor rammene av arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd, slik bestemmelsen må tolkes på bakgrunn av rammedirektivet og EU-domstolens praksis.
- (81) I rammedirektivets fortale punkt 25 er forskjellsbehandling på grunn av alder uttrykkelig omtalt. Her heter det:
- ”Ulige behandling på grund 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 forskjellsbehandling, der skal forbydes.”**
- (82) I Rt. 2010 side 202 avsnitt 62 vises det til at rammedirektivet åpner for en noe videre adgang til forskjellsbehandling på grunn av alder enn det som gjelder der forskjellsbehandlingen skjer ut fra de andre grunner som er oppregnet i direktivets artikkel 1. Dette har kommet direkte til uttrykk i artikkel 6 nr. 1. I Age Concern-dommen avsnittene 59 –62 synes adgangen til en slik forskjellsbehandling å være knyttet til sondringen mellom indirekte og direkte diskriminering. De ankende parter har gjort gjeldende at det i denne saken foreligger direkte aldersdiskriminering, og at adgangen til å gjøre unntak derfor er snevrere enn i de tilfellene hvor det dreier seg om indirekte diskriminering.

- (83) Paragraf 13-1 skiller ikke mellom direkte og indirekte diskriminering. Det følger av forarbeidene at forbudet likevel fortsatt omfatter både direkte og indirekte aldersdiskriminering, og at disse begrepene har samme innhold som etter arbeidsmiljøloven 1977 § 54 C nr.1, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 325. Lagmannsretten har ansett det slik at det her foreligger indirekte diskriminering. Mye taler for at det på bakgrunn av nyere praksis fra EU-domstolen, er treffende å anse det kriteriet som er benyttet, som et kriterium ”der er uadskillelig forbundet med arbeidstagerens alder”; jf. EU-domstolens avgjørelse 12. januar 2010 i sak C-499/08 (Andersen) avsnitt 23, og dermed som direkte diskriminering. Men rubriseringen er ikke avgjørende for mitt syn på saken.
- (84) Jeg tar så stilling til om tariffavtalen som ble inngått i forbindelse med nedbemanningen høsten 2008, forfølger et legitimt formål innenfor rammene av unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd.
- (85) Formålet med avtalen var å finne frem til hvilke arbeidstakere som en oppsigelse ville virke minst inngripende overfor. Det fremgår i protokollen fra forhandlingene 19. august 2008 mellom SAS og Pfor at:
- ”SK-bolagen och fackföreningarna har diskuterat olika möjligheter och kriterier för att hantera övertaligheten. Bla har beaktas vad som är bäst för SK-bolagen avseende t ex driftsmässiga och operationella förhållanden, omskolningskostnader (balansen mellan antal kaptener och styrmän), demografi för pilotgruppen i SK-bolagen och lönekostnader samt vilken lösning som tar hänsyn til den enskilde piloten vad gäller framtida försörjningsmöjligheter.”**
- (86) Ifølge protokollen foretok partene en bred vurdering hvor ulike hensyn ble tillagt vekt, herunder hvordan den enkelte arbeidstaker ville bli rammet av en oppsigelse. For meg er det klart at det er et legitimt formål innenfor rammene av norsk rett å legge vekt på sosialpolitiske hensyn som den enkeltes muligheter til forsørgelse etter en eventuell oppsigelse. Jeg viser her til det jeg tidligere har sagt om dette ved drøftelsen av arbeidsmiljøloven § 15-7. Jeg bemerker at jeg ikke kan se at Avtale om et mer inkluderende arbeidsliv (IA-avtalen) eller andre politiske tiltak for å få eldre arbeidstakere til å stå lengre i jobb, medfører at dette formålet ikke lenger anses som legitimt. Jeg finner det heller ikke tvilsomt at dette er et legitimt formål etter rammedirektivet artikkel 6. Jeg kan i denne sammenheng vise til EU-domstolens avgjørelse 12. januar 2010 i sak C-341/08 (Petersen) avsnitt 67 og 68.
- (87) Det er imidlertid ikke tilstrekkelig å fastslå at aldersdiskrimineringen har et lovlig formål. Oppsigelsene må heller ikke være i strid med forholdsmessighetskravet, jf. arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd.
- (88) I Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) side 41 uttalte departementet at:
- ”Kravet om at forskjellsbehandlingen må være nødvendig og hensiktsmessig innebærer ..... [f]or det annet .... et krav om proporsjonalitet, dvs. om at de midler som tas i bruk må stå i forhold til det resultat som oppnås. Det må i denne forbindelse undersøkes om målet kan nås på en måte som ikke bryter med ikke-diskrimineringsinteresser.”**

- (89) Dette er i samsvar med forholdsmessighetsvurderingen som er lagt til grunn i EU-domstolens praksis, jf. blant annet Andersen-saken avsnitt 32 hvor det vises til dom 16. oktober 2007, sak C-411/05 (Palacios de la Villa) og Rt. 2010 side 202.
- (90) Problemstillingen i vår sak er – som nevnt – en noe annen enn i saker om aldersgrenser. Her gjelder det utvelgelsen av arbeidstakere som skal sies opp grunnet overtallighet, og en avveining mellom ulike grupper ansatte. Selv om det i forhold til direktivet ikke kan foretas en ren interesseavveining mellom ulike grupper ansatte, må vurderingen nødvendigvis bli preget av hva som er alternativet til å si opp de pilotene som har nådd pensjonsalder.
- (91) Jeg bemerker også at den vurderingen domstolen skal foreta, ikke er en vurdering av hvilket utvelgelseskriterium SAS burde ha kommet frem til som optimalt ut fra en ideell standard, men om den valgte løsningen var uforholdsmessig, jf. Andersen-dommen avsnitt 35.
- (92) Jeg finner støtte i fortalen til rammedirektivet punkt 25 og EU-domstolens praksis for å tillegge det en viss vekt at den valgte løsningen ble fremforhandlet gjennom en kollektiv avtale med organisasjoner som representerte mer enn 95 % av pilotene i SAS, jf. Rosenblatt-dommen avsnitt 49.
- (93) Tilsvarende synspunkt er lagt til grunn i norsk rettspraksis, jf. Rt. 1992 side 776 (på side 778) og Rt. 2001 side 71. I dommen fra 2001 er det på side 82 uttalt at ”domstolene bør vise stor tilbakeholdenhet med å tilsidesette avtaler som er blitt til ved forhandlinger mellom arbeidsgiver og tillitsmannsapparatet”. Dette bør til en viss grad også gjelde når domstolen som her skal prøve om den inngåtte avtalen materielt sett strider mot forbudet mot ulovlig aldersdiskriminering.
- (94) Jeg fremhever videre at utvelgelseskriteriet var objektivt – det var ikke prestasjonsrettet og heller ikke stigmatiserende for de eldre arbeidstakerne, jf. Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) side 41 og EU-domstolens avgjørelse i sak C-109/88 nr. 20 (Danfoss). Kriteriet er direkte knyttet til den pensjon de oppsagte har krav på fra arbeidsgiveren.
- (95) Det er her tale om en meget gunstig pensjonsordning. De oppsagte hadde nådd pensjonsalder, og var på vanlig måte berettiget til pensjon hvor størrelsen på denne var avhengig av tjenestetid. SAS-pilotene er medlemmer av en alminnelig ytelsesbasert tjenstepensjonsordning etter lov om foretakspensjon (LOF-ordningen), og av en supplerende ordning som gir pensjonsopptjening også for den lønn som overstiger 12 G inntil 18 G.
- (96) Ettersom pilotenes rett til alderspensjon etter folketrygden først inntreder ved fylte 67 år, dekker disse pensjonsordningene hele pensjonsytelsen frem til fylte 67 år, og supplerer ytelsene fra Folketrygden livslangt fra fylte 67 år.
- (97) Seks av de ankende parter i denne saken har avkortninger i pensjonen, fordi de ikke har full opptjeningstid. Pensjonsordningen er innrettet slik at arbeidsgivers pensjonsforpliktelse er fullt innbetalt fra arbeidsgiveren når piloten når pensjonsalderen i ordningen, dvs. 60 år. Dersom en pilot fortsetter å arbeide utover pensjonsalderen og ikke har full opptjeningstid, tas det likevel hensyn til arbeid etter fylte 60 år ved beregningen av hans rett til pensjon. Piloter som fortsetter å fly, mottar dessuten ordinær lønn uten at

det gjøres avkortning i pensjonsytelsen. Også for piloter uten full opptjening ved fylte 60 år, er pensjonsytelsene betydelige.

- (98) I den konkrete avveiningen har SAS vurdert situasjonen for de eldste flygerne mot situasjonen for de yngre. I vurderingen er det tillagt stor vekt at de eldste flygerne, dersom de ble oppsagt, hadde rett til betydelige pensjonsytelser. Det følger av EU-domstolens praksis at dette er et argument som kan veie tungt i forholdsmessighetsvurderingen, jf. Rosenblatt-dommen avsnitt 48 og Palacios de la Villa-dommen avsnitt 73. Synspunktet har fått tilslutning i Ot.prp. nr. 54 (2008–2009) side 62. Jeg tilføyer at de oppsagte pilotene kunne ta annet lønnet arbeid uten at dette ville medføre avkortning i retten til å motta pensjon, noe som er relevant i vurderingen, jf. Rosenblatt-dommen avsnitt 75–76.
- (99) De ankende parter har fremhevet at det å ha et arbeid har en verdi utover den rent økonomiske. Sett i et slikt lys, må det imidlertid tillegges vekt at gruppen over 60 år uansett ville ha relativt kort tid igjen til de nådde øvre aldersgrense for trafikkflygere på 65 år. Jeg bemerker også at pilotene i mesteparten av sin ansettelsestid i SAS har vært innstilt på at de ikke kunne fortsette å fly etter fylte 60 år. Som jeg har nevnt tidligere, ble ikke aldersgrensen for norske piloter hevet til 65 år før våren 2005.
- (100) SAS kom til at pilotene nederst på ansiennitetslisten etter en samlet vurdering burde prioriteres foran pilotene som hadde nådd pensjonsalder. Basert på opplysninger som forelå sommeren og tidlig høst 2008, la SAS til grunn at det var vanskelig for piloter som ble oppsagt å få nytt arbeid. Risikoen var derfor stor for at de som ble oppsagt, ville gå ut i arbeidsløshet som kunne komme til å vare over tid. I en slik situasjon ville det være vanskelig å opprettholde flysertifikatet, og oppsigelsene kunne dermed få store yrkesmessige og økonomiske konsekvenser for yngre piloter.
- (101) De ankende parter har gjort gjeldende at SAS burde foretatt nærmere undersøkelser – blant annet i Widerøe – om muligheten for nyansettelser av piloter.
- (102) Jeg finner det klart at man må legge til grunn situasjonen slik den fremsto på oppsigelsestidspunktet. Pilotsjef i SAS, Eivind Bjurstrøm, har i forklaring fremlagt for Høyesterett uttalt at det etter SAS' oppfatning ikke var grunn til å tro at det svake arbeidsmarkedet for piloter var av forbigående karakter. Høsten 2008 hadde det inntrådt en finanskrisen, og det var vanskelig å forutsi hvor lenge denne ville vare. Det kom da også til to nye runder med oppsigelser i SAS i juni 2009, hvor et ytterligere antall piloter ble sagt opp.
- (103) Det er gjort gjeldende at SAS hadde mulighet til å foreta nedbemanningen ved også å vurdere oppsigelse av de pilotene som hadde fylt 55 år, og som dermed hadde rett til å søke om førtidspensjonering. SAS burde etter de ankende parters syn foretatt en konkret vurdering av hvilke piloter som ville vært berettiget til å motta den høyeste pensjonen.
- (104) En slik tilnærming ville imidlertid ha ført til at besparelsene for SAS ville blitt betydelig redusert, fordi selskapet måtte ha dekket pensjonene for pilotene som ikke hadde nådd pensjonsalder, over driften. Å gå til oppsigelse av piloter som kan søke om førtidspensjonering, er også noe annet enn å si opp piloter som allerede har nådd pensjonsalder. Forskjellen er ikke bare formell, men det er også reelt sett en forskjell på

situasjonen for de to grupper. Jeg kan ikke se at det her anførte medfører at ordningen kommer i strid med forbudet mot aldersdiskriminering.

- (105) På denne bakgrunn er jeg kommet til at den ordningen som ble fremforhandlet med tariffpartene ikke er i strid med diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven kapittel 13 jf. Rådsdirektiv 2000/78.
- (106) De ankende parter har gjort gjeldende at oppsigelsene likevel ikke er saklige, fordi vurderingen som er foretatt ikke er tilstrekkelig bred i forhold til arbeidsmiljøloven § 15-7. Det er både gjort gjeldende innsigelser begrunnet i at den materielle vurdering som er foretatt er for snever, og at saksbehandlingen ikke oppfyller lovens krav.
- (107) Etter min mening kan heller ikke dette føre frem. Det valgte utvelgelseskriterium ligger, som det vil ha fremgått, klart innenfor arbeidsmiljølovens ramme. Jeg er, som nevnt, også kommet til at det ikke var en mangel ved vurderingene at muligheten til å trekke inn piloter over 55 år, ikke er nærmere vurdert. At individuelle forhold for den enkelte flyger ikke ble trukket frem i vurderingen da "avstegsavtalen" ble inngått, kan heller ikke føre til at denne mangler tilstrekkelig bredde. Disse forhold hørte under de individuelle drøftingsmøtene.
- (108) Det følger av kravet til saksbehandling ved masseoppsigelser i arbeidsmiljøloven § 15-2, at det "så tidlig som mulig" skal innledes drøftinger med de ansattes tillitsvalgte. Forhandlingene mellom SAS og de to tariffpartene NSF og SNF var grundige, og oppfylte klart lovens krav.
- (109) SPU deltok ikke i disse drøftelsene, fordi denne foreningen ikke var tariffpart. Seks av de oppsagte pilotene var imidlertid medlemmer av SPU på oppsigelsestidspunktet. SPU ble riktignok innkalt til møte med SAS i begynnelsen av september, men mye kan tale for at foreningen burde vært innkalt før inngåelsen av "avstegsavtalen" i august. Det er likevel ikke grunn til å tro at dette ville fått betydning for utvelgelsen. SAS var vel kjent med hva de tillitsvalgte i SPU mente, og med at det var ulike oppfatninger blant de aktuelle grupper piloter. Dette kom også frem i de individuelle drøftelsesmøtene.
- (110) Arbeidsmiljøloven § 15-1 pålegger arbeidsgiver så langt det er praktisk mulig å gjennomføre individuelle drøftelser med de som ligger an til å bli oppsagt. De ankende parter har anført at de individuelle drøftelsene ikke hadde noen realitet.
- (111) Jeg er ikke enig i at kravene i arbeidsmiljøloven § 15-1 ikke er oppfylt. Det er fremlagt kopi av protokoller fra de individuelle forhandlingsmøtene som ble avholdt med de pilotene som ønsket dette. I møtene ble lovligheten av den valgte ordningen og individuelle forhold drøftet uten at dette førte til noen endring. At det skulle mye til før individuelle forhold kunne begrunne en annen løsning enn den ordningen som var fremforhandlet, kan ikke i seg selv føre til at de individuelle forhandlingene ikke hadde noen realitet. Det er heller ikke for Høyesterett anført at det foreligger individuelle forhold knyttet til noen av de oppsagte som ville ha medført at oppsigelsene ikke hadde blitt gjennomført.
- (112) Anførselen om at oppsigelsestiden for Bottolvs, Hovring, Siversten, Nordhagen, Erlandsen og Glebo er ett år på grunn av sitt tidligere ansettelsesforhold til SAS Commuter, kan ikke føre frem. Tariffavtalens oppsigelsestid på 6 måneder går foran,



jf. arbeidstvistloven § 3 nr. 3, og anførselen kan under ingen omstendighet tillegges betydning i vurderingen av om oppsigelsene har den tilstrekkelig bredde.

- (113) De ankende parter hevder at det må tillegges vekt at de oppsagte pilotene ble utsatt for til dels omfattende trakassering av yngre kolleger, og at SAS ikke med tilstrekkelig tyngde grep inn for å forhindre dette. Jeg går ikke nærmere inn på dette, da forholdet må være uten betydning for vurderingen av om utvelgelsen her var lovlig.
- (114) De vurderingene som ligger til grunn for oppsigelsene, fyller etter dette kravet til tilstrekkelig bredde etter arbeidsmiljøloven § 15-7.
- (115) Jeg er på denne bakgrunn kommet til at oppsigelsene er gyldige, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 jf. § 13-3 andre ledd, og da også slik at de er innenfor rammedirektivet. Spørsmålet om erstatning for ikke-økonomisk skade etter arbeidsmiljøloven § 15-12 andre ledd, oppstår da ikke.
- (116) De ankende parter 1 til 8 har nedlagt påstand om fastsettelsesdom for at de skal holdes økonomisk skadesløse som følge av at de etter at tingretten avsa kjennelse om fratreden, ikke har stått i stillingene fra september 2009 til februar 2010. Det er vist til at de er påført tap som følge av at de i denne perioden ikke mottok lønn og ikke opptjente pensjon. Selv om SAS får medhold i at oppsigelsene er gyldige, viser de til at arbeidsmiljøloven § 15-11 andre ledd har som utgangspunkt at et ansettelsesforhold består inntil rettskraftig avgjørelse foreligger. Tvisteloven § 32-11 første ledd fordeler risiko der den ene parten lider tap som følge av midlertidig avgjørelse som i ettertid viser seg å være uriktig, og bestemmelsen må få analogisk anvendelse her, hevdes det.
- (117) Da jeg er kommet til at oppsigelsene er gyldige, er vilkårene for erstatning i arbeidsmiljøloven § 15-12 ikke oppfylt. Etter arbeidsmiljøloven § 15-11 annet ledd kan arbeidstaker som utgangspunkt fortsette i stillingen dersom søksmål er reist. Etter krav fra arbeidsgiver kan retten likevel bestemme at arbeidstaker skal fratru under sakens behandling. En slik avgjørelse traff tingretten i sin kjennelse 15. juli 2009. De oppsagte hadde da ikke krav på å stå i stillingene før denne avgjørelsen ble endret. Noe grunnlag for erstatning for tapet flygerne har lidt ved ikke å være i arbeid i dette tidsrommet, kan jeg ikke se foreligger. At tingrettens avgjørelse senere ble endret etter anke, kan ikke etablere et slikt krav. Et erstatningskrav kan heller ikke begrunnes i en analogi fra tvisteloven § 32-11.
- (118) SAS Norge har etter dette fått fullt medhold i saken, og avgjørelsen har ikke budt på tvil. Jeg er likevel kommet til at sakskostnader ikke bør tilkjennes for noen instans, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Saken har reist prinsipielle spørsmål som er lite behandlet i norsk rett.
- (119) Jeg stemmer for denne

#### D O M :

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

- (120) Dommer **Bårdsen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (121) Dommer **Falkanger:** Likeså.
- (122) Dommer **Noer:** Likeså.
- (123) Dommer **Tjomsland:** Likeså.

(124) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

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

Riktig utskrift bekreftes: