



NORGES HØYESTERETT

Den 30. januar 2017 avsa Høyesterett dom i

HR-2017-219-A, (sak nr. 2016/512), sivil sak, anke over dom,

CHC Helikopter Service AS

(advokat Jan Fougner)

Norsk Flygerforbund (partshjelper)
Helikopter Service AS Flygerforening
(partshjelper)

(advokat Tarjei Thorkildsen)

Næringslivets Hovedorganisasjon

(advokat Margrethe Meder – til prøve)

mot

Bjørn Nybø
Paul Ringheim
Arne Bråten
Øyvind Friis-Ottesen
Anders Auen
Olav Vik
Colin Roy ter Braak
Anders Nonstad
Oddbjørn Hagen
Kristian Bjerkestrand Lians dødsbo

(advokat Kjell M. Brygfeld)
Rettslig medhjelper:
advokat Bent Endresen)

S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Kallerud**: Saken gjelder krav fra helikopterflygere om erstatning etter at Høyesterett i Rt. 2012 side 219 – heretter ofte omtalt som "2012-dommen" – kom til at det var i strid med forbudet mot aldersdiskriminering, jf. arbeidsmiljøloven kapittel 13, når arbeidsgiveren i samsvar med tariffavtale, krevde at pilotene fratrådte ved fylte 60 år.
- (2) CHC Helikopter Service AS – heretter omtalt som Helikopter Service – leverer helikoptertjenester til virksomheten i Nordsjøen. Selskapet er organisert i Landsforeningen for Luftfart, som ligger under Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO).

- (3) Ankemotpartene har vært flygere i Helikopter Service. De var alle organisert i Helikopter Service AS Flygerforening, som er medlem av Norsk Flygerforbund. Jeg omtaler dem i det følgende som flygerne.
- (4) Mellom Næringslivets Hovedorganisasjon/NHO Luftfart og Helikopter Service på den ene siden og Norsk Flygerforbund/Helikopter Service AS Flygerforening på den andre, er det inngått tariffavtale. Tariffavtalens § 11 har overskriften "Pensjon". De relevante delene av bestemmelsen lyder:
- "11.1 Pensjon**
Pensjonsalder: 58 år
 ...
11.2 Arbeid utover pensjonsalder
11.2.1 Flyger har rett til å fortsette som flyger over 58 år til fylte 60 år, under forutsetning av at de nødvendige sertifikater og kvalifikasjoner foreligger. ..."
- (5) Da aldersgrensen i tariffavtalen i sin tid ble fastsatt, var også grensen i det offentligrettslige regelverket for å drive ervervsmessig lufttransport 60 år. Det fremgår av avsnitt 62 i Høyesteretts avgjørelse fra 2012 at tariffavtalens pensjonsbestemmelse opprinnelig var en refleks av den offentligrettslige grensen, "som det er grunn til å tro at var begrunnet i flysikkerheten".
- (6) Tariffavtalens grense på 60 år ble beholdt også etter at den myndighetsfastsatte aldersgrensen ble hevet til 65 år. Slik saken er opplyst for Høyesterett, legger jeg til grunn at sikkerhet fortsatt var en ikke uvesentlig del av begrunnelsen for tariffavtalens aldersbestemmelse da tvisten oppstod i 2008.
- (7) Hensynet til sikkerhet er for det første sterkt betont av flygernes fagforeninger. I en høringsuttalelse fra Norsk Flygerforbund fra mai 2005 ble det for eksempel argumentert mot et forslag om økt internasjonal aldersgrense for flygere ut fra helse- og sikkerhetshensyn. Også fra arbeidsgiversiden ble sikkerhetshensyn trukket frem. Jeg viser her særlig til forklaringen for Høyesterett fra forhandlingssjefen i NHO Luftfart, Odd Nymoen. Siden det offentligrettslige regelverket fastsatte at bare en av flygerne kunne være over 60 år, måtte også myndighetene etter hans syn ha ment at det var en viss økt risiko med flygere over 60 år. Det er ikke lagt frem dokumentasjon for Høyesterett som viser at det i 2008 ikke var grunnlag for antakelsen om at sikkerhetsrisikoen økte dersom piloten var eldre enn 60 år.
- (8) Hvordan Helikopter Service så på sikkerhetsspørsmålet, og hvorvidt selskapet så det som ønskelig at flygerne fortsatte etter fylte 60 år, er her av mindre betydning. Det er de overordnede tariffparter som står for tolkingen av tariffavtalen, og det er først og fremst deres oppfatning av avtalen som er av interesse. Bedriften er som det klare utgangspunkt bundet av dette.
- (9) Sikkerhetshensyn var imidlertid ikke det eneste som motiverte særaldersgrensen. Også hensynene til helsebelastningen, en verdig avslutning av arbeidslivet, ønske om å la yngre flygere rykke opp til kaptein og en gunstig pensjonsordning var viktige, se også avsnitt 63 og 64 i Høyesteretts dom fra 2012.

- (10) I brev 3. september 2007 til Helikopter Service meddelte en av flygerne i selskapet, Bjørn Nybø, at han ønsket å fortsette i sin stilling etter fylte 60 år. Han viste blant annet til forbudet mot aldersdiskriminering i arbeidsmiljøloven.
- (11) Selskapet var i utgangspunktet positivt til å la Nybø bli i stillingen. Norsk Flygerforbund og Helikopter Service AS Flygerforening mente imidlertid at selskapet ikke hadde adgang til å la flygere fortsette etter 60 år. På denne bakgrunn vurderte selskapet sammen med NHO spørsmålet på nytt. Konklusjonen ble at Nybø likevel ikke kunne fortsette å fly etter oppnådd pensjonsalder. De overordnede tariffpartene var altså enige om at det ikke var anledning til å la flygerne fortsette etter at de hadde passert den tariffestede aldersgrensen.
- (12) Nybø og ni andre flygere tok deretter ut stevning mot Helikopter Service med påstand om at de fortsatt var ansatt i selskapet etter fylte 60 år. De gjorde prinsipielt gjeldende at oppsigelsen var i strid med diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven kapittel 13.
- (13) Stavanger tingrett avsa 16. januar 2009 dom hvor Helikopter Service ble frifunnet. Tingretten var satt med arbeidskyndige meddommere. Dommen er enstemmig. De ti flygerne anket til Gulating lagmannsrett, som 6. november 2009 enstemmig forkastet anken. Tingrettens og lagmannsrettens begrunnelser er sammenfattet i Høyesteretts dom fra 2012 i avsnitt 9 og 11.
- (14) Flygerne anket til Høyesterett. Etter begjæring fra de ankende parter besluttet forberedende dommer å stanse ankebehandlingen i Høyesterett til det forelå avgjørelse i sak C-447/09 – Prigge mfl. mot Lufthansa – ved EU-domstolen. Etter EU-domstolens avgjørelse 13. september 2011 ble saken umiddelbart brakt i gang igjen for Høyesterett.
- (15) Ved Høyesteretts dom 14. februar 2012 fikk flygerne medhold. Høyesterett kom til at tvungen avgang ved fylte 60 år utgjør en forskjellsbehandling av arbeidstakere på grunn av alder, omfattet av forbudet mot diskriminering i arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd. Forskjellsbehandlingen falt ikke inn under unntaket i arbeidsmiljøloven § 13-3. Slutningen i Høyesteretts dom, punkt 1 lyder slik:

"[Flygerne] er fortsatt ansatt i CHC Helikopter Service AS etter fylte 60 år."

- (16) Jeg kommer tilbake til premissene i dommen og dens betydning for saken her.
- (17) Etter Høyesteretts avgjørelse var det kontakt mellom partene med sikte på å tilbakeføre flygerne til arbeid i selskapet. Flygerne krevde også erstatning for lønnstap og oppreisningserstatning. Partene kom til enighet om rett til gjeninntreden i stillinger med kapteins lønn, men blant annet ikke om erstatningsspørsmålene. Flygerne tok ut stevning for Stavanger tingrett med krav om at selskapet, med virkning fra utestengelsen ved fylte 60 år, pliktet å innplassere dem i stillinger med samme stillingsinnhold som ved utestengelsen. De krevde også erstatning for tapt lønn og fremtidig tap i pensjonsutbetalinger samt oppreisning.
- (18) Stavanger tingrett avsa 21. mai 2013 dom for at selskapet pliktet å innplassere seks av flygerne i stillinger med samme stillingsinnhold som ved utestengingen. For tre av flygerne var kravet om gjeninntreden i stillingene frafalt under hovedforhandlingen, og for en av flygerne (Nybø) kom retten til at det ikke var grunnlag for kravet om gjeninntreden.

- (19) Tingretten tilkjente Nybø og Roy ter Braak henholdsvis 1 500 000 og 1 000 000 kroner i erstatning, jf. arbeidsmiljøloven § 13-9. Retten la blant annet vekt på at Høyesterett i 2012 kom til at det var rettsstridig av arbeidsgiveren å stå på tariffavtalens bestemmelse om at de ansatte pliktet å fratruke ved fylte 60 år, og at selskapet måtte bære risikoen for egen uriktig rettsoppfatning. Retten fant ikke at det var grunnlag for å fritta for ansvar ut fra en anførsel om at Høyesteretts dom var utslag av rettsutvikling etter at flygerne ble nektet å fortsette i stillingen. Når det gjaldt erstatningskravene fra de øvrige flygerne, som ikke møtte under hovedforhandlingen, fant retten at kravene ikke var sannsynliggjort.
- (20) Selskapet ble videre dømt til å betale oppreisningserstatning med 10 000 kroner til hver av de ti flygerne etter arbeidsmiljøloven § 13-9 første ledd.
- (21) Flygerne anket til Gulating lagmannsrett, som 20. november 2015 avsa dom med slik domsslutning:
- "1. Anken avvises for så vidt gjelder krav om erstatning etter arbeidsmiljøloven kapittel 15.
 2. Anken avvises for så vidt gjelder krav om at CHC Helikopter Service AS pliktet å innplassere Bjørn Nybø i stilling med samme stillingsinnhold som ved utestengningen med virkning fra tidspunkt for utestengningen.
 3. CHC Helikopterservice AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 10 000 – titusen – kroner til henholdsvis Bjørn Nybø, Paul Ringheim, Oddbjørn Hagen, Øyvind Friis-Ottessen, Arne Bråten, Kristian B. Lians dødsbo, Colin Roy ter Braak, Olav Vik, Anders Auen og Anders Nonstad, som oppreisningserstatning etter arbeidsmiljøloven § 13-9 første ledd.
 4. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 2 713 583 – tomillionersyvhundreogtrettentusenfemhundreogåttitre – kroner til Colin Roy ter Braak som erstatning etter arbeidsmiljøloven § 13-9 andre ledd.
 5. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 3 437 253 – tremillionerfirehundreogtrettisyvtusentohundreogfemttitre – kroner til Anders Nonstad som erstatning etter arbeidsmiljøloven § 13-9 andre ledd.
 6. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 3 885 532 – tremillioneråttehundreogåttifemtusenfemhundreogtrettito – kroner til Bjørn Nybø som erstatning etter arbeidsmiljøloven § 13-9 andre ledd.
 7. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 3 877 137 – tremillioneråttehundreogåttisyvtusenettusentohundreogtrettisyv – kroner til Øyvind Friis-Ottessen som erstatning etter arbeidsmiljøloven § 13-9 andre ledd.
 8. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 1 369 365 – enmilliontrehundreogsekstinitusentrehundreogsekstifem – kroner til Anders Auen som erstatning etter arbeidsmiljøloven § 13-9 andre ledd.
 9. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 2 560 333 – tomillionerfemhundreogsekstitusentrehundreogtrettitre

– kroner til Olav Vik som erstatning etter arbeidsmiljøloven § 13-9 andre ledd.

10. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 1 806 484 – enmillionåttehundreogsekstusenfirehundreogåttifire – kroner til Oddbjørn Hagen som erstatning etter arbeidsmiljøloven § 13-9 andre ledd.
11. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 2 047 156 – tomillionerogførtisyv tusenett hundreogfemtiseks – kroner til Arne Bråten som erstatning etter arbeidsmiljøloven § 13-9 andre ledd.
12. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 1 121 682 – enmillionett hundreogtjue tusensekshundreogåttito – kroner til Kristian B. Lians dødsbo som erstatning etter arbeidsmiljøloven § 13-9 andre ledd.
13. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 3 500 000 – tremillionerfemhundretusen – kroner til Paul Ringheim som erstatning etter arbeidsmiljøloven § 13-9 andre ledd.
14. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 364 238 – trehundreogsekstifire tusentohundreogtrettifem – kroner til Colin Roy ter Braak med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 15. oktober 2015 og til betaling skjer.
15. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 311 506 – trehundreogellevetusenfemhundreogseks – kroner til Anders Nonstad med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 15. oktober 2015 og til betaling skjer.
16. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 914 249 – nihundreogfjortentusentohundreogførtini – kroner til Bjørn Nybø med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 15. oktober 2015 og til betaling skjer.
17. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 1 011 144 – enmillionogellevetusenett hundreogførtifire – kroner til Paul Ringheim med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 15. oktober 2015 og til betaling skjer.
18. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 1 025 956 – enmillionogtjuefemtusennihundreogfemtiseks – kroner til Øyvind Friis-Ottessen med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 15. oktober 2015 og til betaling skjer.
19. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 341 005 – trehundreogførtientusenogfem – kroner til Anders Auen med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 15. oktober 2015 og til betaling skjer.
20. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 645 527 – sekshundreogførtifemtusenfe hundreogtjuesyv – kroner til Olav Vik med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 15. oktober 2015 og til betaling skjer.
21. CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 164 035 – hundreogsekstifire tusenogtrettifem – kroner til Oddbjørn Hagen med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 15. oktober 2015 og til betaling skjer.

22. **CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 255 989 – tohundreogfemtifemtusennihundreogåttini – kroner til Arne Bråten med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 15. oktober 2015 og til betaling skjer.**
23. **CHC Helikopter Service AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen 75 884 – søttifemtusenåttehundreogåttifire – kroner til Kristian B. Lians dødsbo med tillegg av lovens forsinkelsesrente fra 15. oktober 2015 og til betaling skjer.**
24. **I erstatning for sakskostnader for tingretten betaler CHC Helikopter Service AS til Bjørn Nybø, Paul Ringheim, Oddbjørn Hagen, Øyvind Friis-Ottessen, Arne Bråten, Kristian B. Lians dødsbo, Colin Roy ter Braak, Olav Vik, Anders Auen og Anders Nonstad i fellesskap 369 000 – trehundreogsekstinitusen – kroner og i tillegg utgiftene til rettsgebyret for tingretten innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen.**
25. **I erstatning for sakskostnader for lagmannsretten betaler CHC Helikopter Service AS til Bjørn Nybø, Paul Ringheim, Oddbjørn Hagen, Øyvind Friis-Ottessen, Arne Bråten, Kristian B. Lians dødsbo, Colin Roy ter Braak, Olav Vik, Anders Auen og Anders Nonstad i fellesskap 689 149 – sekshundreogåttinitusenett hundreogførtini – kroner og i tillegg utgiftene til ankegebyret for lagmannsretten innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dommen."**

- (22) Nybøs krav om innplassering i stilling med samme innhold som ved utestengingen ble avvist av lagmannsretten, fordi han ikke lenger hadde rettslig interesse i en slik avgjørelse etter at han hadde fylt 65 år. Lagmannsretten avviste videre kravet om erstatning etter arbeidsmiljøloven kapittel 15 – erstatning som følge av ugyldig oppsigelse – fordi det ved Høyesteretts dom fra 2012 var avgjort at arbeidsavtalen falt bort uten oppsigelse ved den tariffestede aldersgrensen.
- (23) Flertallet i lagmannsretten – alle unntatt tingrettsdommer Tønning – la til grunn at det etter dagjeldende arbeidsmiljølov § 13-9 andre ledd kreves at skadevolderen hadde opptrådt uaktsomt. Dommer Tønning mente det gjaldt et objektivt ansvar, men var enig med flertallet i at selskapet også måtte hefte på skyldgrunnlag. De tre juridiske dommerne i lagmannsretten kom til at selskapet hadde opptrådt uaktsomt. De viste blant annet til at selskapet selv opprinnelig ønsket å heve aldersgrensen og mente at sikkerhetshensyn ikke var til hinder for dette. Etter dette flertallets oppfatning var det for selskapet i 2008 "god grunn til å regne med at tariffbestemmelsen var i strid med arbeidsmiljølovens bestemmelse om aldersdiskriminering".
- (24) De to arbeidslivskyndige meddommerne i lagmannsretten kom til at arbeidsgiveren ikke hadde opptrådt uaktsomt. De viste blant annet til at selskapet – etter grundige undersøkelser – opptrådte i henhold til det som ble ansett som gjeldende rett når det fulgte tariffavtalens bestemmelse om aldersgrense.
- (25) Etter en konkret vurdering av de ti flygernes forhold tilkjente lagmannsretten dem til sammen ca. 31,5 millioner kroner i erstatning, jf. arbeidsmiljøloven § 13-9. Som i tingretten ble de også tilkjent 10 000 kroner hver i oppreisningserstatning.
- (26) Helikopter Service har anket til Høyesterett. Anken gjelder i det vesentlige lagmannsrettens rettsanvendelse ved idømmelse av erstatningsansvar. Subsidiært er det

akseptert at lagmannsrettens beregning av flygernes tap kan legges til grunn dersom Høyesterett skulle komme til at det er grunnlag for erstatningsansvar, dog slik at et eventuelt ansvar må lempes. Anken omfatter også lagmannsrettens idømmelse av oppreisningserstatning.

- (27) Flygerne har inngitt en avledet anke, men Høyesteretts ankeutvalg tillot ikke denne anken fremmet.
- (28) Norsk Flygerforbund, Helikopter Service AS Flygerforening og NHO har vært partshjelpere for den ankende part for Høyesterett.
- (29) For de spørsmål som er til behandling i Høyesterett, står saken i det vesentlige i samme stilling som for lagmannsretten.
- (30) Den ankende part – *CHC Helikopter Service AS* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (31) Arbeidsgiveren var bundet av tariffavtalen og hadde plikt til å etterleve den inntil det ble slått fast at dens bestemmelse om aldersgrense var ugyldig. Det skjedde først ved Høyesteretts dom i 2012, eller i alle fall tidligst da Prigge-dommen fra EU-domstolen kom høsten 2011. Tariffavtalens aldersgrense var lovlig i 2008. Da arbeidsgiveren i 2008 nektet flygerne å fortsette, var dette derfor i tråd med en gyldig tariffavtale. Dermed foreligger intet rettsbrudd. Dessuten er flygerne, som medlemmer i en tariffbundet fagforening, ikke i en erstatningsrettslig vernet posisjon.
- (32) Under enhver omstendighet kan ikke arbeidsgiveren bebreides for å ha etterlevd tariffavtalen og har ikke opptrådt uaktsomt. I alle fall har ikke arbeidsgiveren opptrådt kvalifisert klanderverdig, noe som må være kravet når feilen skyldes etterlevelse av en tariffavtale. Det vises særlig til at rettsstilstanden i 2008 var høyst uklar, og at arbeidsgiveren hadde plikt til å følge tariffavtalen.
- (33) Objektivt ansvar – som gjelder for oppreisningserstatning og som fra 2014 også gjelder for ordinær erstatning – er ikke forenlig med vernet av organisasjonsfriheten etter Grunnloven § 101, jf. Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 11.
- (34) Retroaktiv ileggelse av erstatningsansvar – som er realiteten i lagmannsrettens dom – er i strid med foreningsfriheten og forbudet mot tilbakevirkning i Grunnloven § 97.
- (35) Under enhver omstendighet skulle erstatningsansvaret vært lempet, og det er ikke grunnlag for oppreisningserstatning.
- (36) *CHC Helikopter Service AS* har lagt ned slik påstand:
- "1) **CHC Helikopter Service AS frifinnes.**
- Subsidiært:**
- 2) **Erstatning fastsettes etter rettens skjønn.**
- I begge tilfeller:**
- 3) **CHC Helikopter Service AS tilkjennes sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett."**

- (37) Partshjelperne – *Norsk Flygerforbund, Helikopter Service AS Flygerforening og Næringslivets Hovedorganisasjon* – har særlig fremhevet tariffavtalenes betydning i et overordnet samfunnsperspektiv. Tariffavtalenes helhetlige og balanserte regulering ville bli forrykket om den ene tariffparten kunne pådra seg erstatningsansvar ved å følge avtalen. Særlig tungtveiende blir dette hensynet dersom et eventuelt ansvar, som her, oppstår på grunn av etterfølgende rettsutvikling. Partshjelperne har for øvrig vist til anførselene fra den ankende part og har ikke lagt ned påstand.
- (38) Ankemotpartene – *flygerne* – har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (39) Høyesteretts dom fra 2012 slo rettskraftig fast at flygerne er ulovlig aldersdiskriminert. Dermed er også grunnvilkåret for erstatningsansvar oppfylt, jf. arbeidsmiljøloven § 13-9, som bestemmer at "[d]en som er blitt diskriminert", kan kreve oppreisning og erstatning.
- (40) Det har ingen betydning at arbeidsgiveren handlet i tråd med tariffavtalen siden det er uttrykkelig fastsatt i arbeidsmiljøloven § 13-9 at bestemmelser i strid med kapittel 13 er ugyldige. Det følger direkte av Høyesteretts dom at tariffbestemmelsen var ugyldig.
- (41) I tråd med mindretallsvotumet fra tingrettsdommer Tonning gjør flygerne gjeldende at arbeidsgiveren også før lovendringen i 2014 hadde objektivt erstatningsansvar for brudd på forbudet mot diskriminering. Det er dermed klart at Helikopter Service må betale både erstatning og oppreisning. Et slikt ansvar hindres ikke av organisasjonsfriheten, blant annet fordi diskrimineringsforbudet har samme trinnhøyde.
- (42) Under enhver omstendighet er det ikke grunnlag for å kreve at det må foreligge en kvalifisert forsømmelse. Alminnelig uaktsomhetsansvar er tilstrekkelig.
- (43) Arbeidsgiveren forsto – eller burde i alle fall ha forstått – at den diskriminerende tariffbestemmelsen var lovstridig. Ingen av de hensyn som etter arbeidsmiljøloven § 13-3 kan begrunne unntak fra diskrimineringsforbudet, gjorde seg gjeldende. Dette måtte være klart for bedriften allerede i 2008. Det er dermed ikke tale om noen form for "retroaktiv" erstatningsansvar slik Helikopter Service anfører.
- (44) At det forelå en i utgangspunktet bindende tariffavtale, blir helt underordnet i aktsomhetsvurderingen når det var så klart som her at bestemmelsen er ugyldig. Uansett må bedriften bære ansvaret for egen rettsvillfarelse. Bedriften valgte å følge fagforeningene og tok med det en kalkulert risiko som den selv må ta følgene av. Selv om flygerne var medlemmer av fagforeningen, kan de ikke miste sitt erstatningsrettslige vern når den bestemmelsen fagforeningen holder seg til, er ugyldig. En fagforening kan ikke binde sine medlemmer til en ugyldig avtalebestemmelse.
- (45) Det er ikke grunnlag for å fritta for oppreisningsansvar og heller ikke for å lempe erstatningsansvaret.
- (46) Flygerne har lagt ned slik påstand:
- "1. Anken forkastes.
 2. CHC Helikopter Service AS, Norsk Flygerforbund, Helikopter Service AS Flygerforening og Næringslivets Hovedorganisasjon NHO plikter en for alle og alle for en å erstatte Bjørn Nybø, Paul Ringheim, Oddbjørn Hagen, Øyvind

Friis-Ottesen, Arne Bråten, Kristian B. Lian v/hans dødsbo, Colin Roy ter Braak, Olav Vik, Anders Auen og Anders Nonstad deres sakskostnader for Høyesterett."

- (47) *Jeg er kommet til at anken fører frem.*
- (48) Arbeidsmiljøloven § 13-1 første og andre ledd lyder:
- "(1) **Direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder er forbudt.**
- (2) **Trakassering og instruks om å diskriminere personer av grunner nevnt i første ledd anses som diskriminering."**
- (49) Unntak fra forbudet mot diskriminering fremgår av § 13-3, hvor det i første ledd er fastsatt:
- "(1) **Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven her."**
- (50) Også § 13-3 andre ledd inneholder et unntak fra diskrimineringsforbudet som har mye til felles med første ledd. Det er ikke nødvendig for saken her å gå inn på nyansene i de to bestemmelsene.
- (51) For at det skal foreligge ansvarsgrunnlag, må det være begått et rettsbrudd. Her er det mulige rettsbruddet at flygerne ikke fikk fortsette i arbeid etter fylte 60 år. Dette er bare ansvarsbetingende dersom arbeidsgiveren brøt diskrimineringsforbudet, jf. arbeidsmiljøloven § 13-9, som fastsetter at "[d]en som er blitt diskriminert", kan kreve erstatning.
- (52) Vilkårene for å ilegge erstatningsansvar må være oppfylt på handlingstidspunktet. I saken her blir dermed spørsmålet om flygerne ble aldersdiskriminert da de ble nektet å fortsette i stillingen etter fylte 60 år.
- (53) Dette leder til neste problemstilling: Er det rettstilstanden på domstidspunktet eller på handlingstidspunktet som skal legges til grunn ved avgjørelsen av om det foreligger ansvarsgrunnlag? Som jeg straks kommer til, er det god støtte i rettspraksis for at *rettskildebildet på handlingstidspunktet* er avgjørende i en erstatningssak som vår.
- (54) Jeg viser først til Rt. 2011 side 609 (SAS-dommen). Her var det spørsmål om gyldigheten av oppsigelser, og om det skjedde ulovlig aldersdiskriminering fordi pilotene nederst på ansiennitetslisten ble prioritert foran pilotene som hadde nådd pensjonsalder. I avsnitt 102 gir førstvoterende uttrykk for at hun ved vurderingen av om arbeidsgiverens handlemåte var i strid med forbudet mot aldersdiskriminering", fant det klart at man må legge til grunn situasjonen slik den fremsto på oppsigelsestidspunktet".
- (55) Uttalelsen tar direkte sikte på et faktisk forhold – utviklingen på arbeidsmarkedet – som hadde betydning for om det var saklig å prioritere de unge foran de eldre. Men jeg kan ikke se noen grunn til at ikke det samme må være tilfelle når arbeidsgiveren, som her, må ta stilling til et rettsspørsmål som er avgjørende for om hans handlemåte vil innebære aldersdiskriminering.

- (56) Plenumssaken i Rt. 2005 side 1365 (Finanger II), som gjaldt om staten var erstatningsansvarlig for uriktig gjennomføring av et EU-direktiv i norsk lovgivning, gir her veiledning. I avsnitt 74 slår førstvoterende på vegne av flertallet fast at ved vurderingen av statens erstatningsansvar skal "[r]ettskildebildet på ulykkestidspunktet ... legges til grunn". Mindretallet gir reservasjonsløst uttrykk for det samme i avsnitt 120 og føyer så til:
- "Det er i denne sammenheng grunn til å ha in mente at mange rettslige spørsmål som etter veivalg foretatt av Høyesterett eller en internasjonal domstol fremstår som temmelig opplagte, før denne avklaringen er blitt ansett som vanskelige og tvilsomme."**
- (57) Også Høyesteretts dom i HR-2016-296-A (Kystlink II) gir støtte for at vurderingen i en erstatningssammenheng som i saken her, må knyttes til rettstilstanden på handlingstidspunktet. Saken gjaldt erstatningsansvar for staten for kostnader pådratt i anledning av en oppsigelsessak og klage til Europarådets Sosialrettskomite knyttet til en bestemmelse i sjømannsloven om at det alminnelige stillingsvernet falt bort ved fylte 62 år. I Rt. 2010 side 202 (Kystlink I) var det avgjort at oppsigelsen ved fylte 62 år var gyldig. En senere klage til Sosialrettskomiteen førte imidlertid frem.
- (58) Av særlig interesse i vår sammenheng er at Høyesterett ved vurderingen av erstatningsspørsmålet tok utgangspunkt i situasjonen da sjømannsloven i 2007 fikk et tillegg som svarer til reglene om aldersdiskriminering som ble tatt inn i arbeidsmiljøloven i 2004. Det heter således i avsnitt 41 at 62-årsregelen ikke var i strid med Sosialpakten ved revisjonen i 2007, og at det derfor er mindre naturlig å drøfte de øvrige vilkår for erstatningsansvar, jf. også presiseringen av problemstillingen i avsnitt 58. I avsnitt 75 konkluderes det blant annet med at den mer vidtgående forståelsen av Sosialpakten som Sosialrettskomiteen bygget på ved avgjørelsen av klagesaken i 2013, ikke var etablert på en slik måte i 2007 at den videreføringen som da fant sted av den omstridte lovbestemmelsen, kunne medføre erstatningsansvar for staten. Heller ikke om konvensjonen hadde vært inkorporert i norsk rett, ville vilkårene for erstatningsplikt vært oppfylt.
- (59) De to siste dommene jeg har vist til, gjelder ansvar for staten, altså en noe annen situasjon enn i saken her. Dommene gir likevel etter mitt syn atskillig veiledning også i et tilfelle som dette, hvor en tariffbundet part må ta stilling til om avtalen kan opprettholdes under et nytt regelverk fastsatt av andre, og hvor det senere har skjedd en rettsutvikling knyttet til det nye regelverket.
- (60) Jeg konkluderer så langt med at arbeidsgiveren bare kan holdes erstatningsansvarlig dersom det etter rettstilstanden på handlingstidspunktet var aldersdiskriminerende å henholde seg til tariffavtalen.
- (61) Når det gjelder spørsmålet om *når arbeidsgiverens mulige erstatningsbetingende handling ble begått*, har partene først og fremst knyttet sin argumentasjon til situasjonen i 2008. Jeg er enig i at det er naturlig – slik saken er lagt opp – å knytte drøftelsen til tidspunktet da arbeidsgiveren besluttet å holde seg til tariffavtalen og ga beskjed til flygerne om at de ikke ville få fortsette etter fylte 60 år.
- (62) Kjernes spørsmålet er etter dette *om flygerne ble utsatt for aldersdiskriminering i 2008*.

- (63) Jeg ser først på om det med *Høyesteretts dom fra 2012* er endelig avgjort at flygerne var aldersdiskriminert allerede i 2008, slik at det uprøvd skal legges til grunn at dette vilkåret for å idømme erstatningsansvar i arbeidsmiljøloven § 13-9 er oppfylt. Den alternative forståelse av dommen er at den bare avgjorde at flygerne måtte anses aldersdiskriminert slik rettskildesituasjonen var da Høyesterett avgjorde saken i 2012 og derfor hadde rett til å stå i stillingen frem til fylte 65 år uavhengig av bestemmelsen i tariffavtalen om 60 års aldersgrense.
- (64) Høyesterett avsa, som allerede nevnt, dom for at flygerne "er fortsatt ansatt i CHC Helikopter Service AS etter fylte 60 år". Denne formuleringen var i samsvar med flygernes påstand. For øvrig er det ikke bemerkninger i dommen som kaster lys over hvordan slutningen nærmere skal forstås. Det er heller ikke å forvente. For Høyesterett i 2012 var det avgjørende for om flygerne skulle få komme tilbake i arbeid, om de hadde vært utsatt for diskriminering, ikke når dette i tilfelle hadde skjedd. Først ved avgjørelsen av erstatningsspørsmålet – som Høyesterett ikke hadde til prøvelse i 2012 – blir det av betydning om flygerne må sies å ha vært aldersdiskriminert også på det tidligere handlingstidspunktet.
- (65) Etter mitt syn kan det ikke av Høyesteretts dom utledes mer enn at flygerne ble aldersdiskriminert slik rettstilstanden var på domstidspunktet, og at de derfor hadde rett til å fortsette i arbeidet. At det i domsslutningen ble brukt formuleringen "fortsatt ansatt" etter fylte 60 år, kan etter mitt skjønn ikke utlegges slik at det dermed også var avgjort at det i alle fall fra deres 60 årsdag var begått rettsbrudd mot dem. Dette spørsmålet var ikke til prøvelse. Det nærliggende er etter min oppfatning tvert om å lese domsslutningen slik at den peker *fremover* fra domstidspunktet.
- (66) Etter min mening gir det sterk støtte for å lese Høyesteretts dom på denne måten at det avgjørende for resultatet var at det hadde kommet til en ny rettskilde: EU-domstolens avgjørelse i Prigge-dommen avsagt 13. september 2011 (C-447/09).
- (67) Jeg viser her særlig til 2012-dommens avsnitt 47 flg. Det helt sentrale for Høyesterett, se avsnitt 52, var EU-domstolens konklusjon om at en tariffavtalt aldersgrense på 60 år ikke er nødvendig av hensyn til den offentlige sikkerhet og for å beskytte helsen så lenge nasjonale og internasjonale bestemmelser fastsetter aldersgrensen til 65 år. Slik vår sak står, heter det i avsnitt 55, "... mener jeg det følger direkte av Prigge-dommen at tariffavtalens sekstiårsgrense ikke kan begrunnes med hensynet til luftfartssikkerheten".
- (68) Sikkerhetshensynet var altså for fremtiden utelukket som grunnlag for en slik aldersgrense som i saken her. Som jeg kommer tilbake til, innebar Prigge-dommen på dette punkt etter mitt syn et markert element av rettsutvikling. I tråd med tidligere praksis, anså Høyesterett seg i 2012-dommen langt på vei bundet av denne rettsutviklingen, se avsnitt 46.
- (69) Heller ikke de øvrige påberopte hensyn kunne etter Høyesteretts oppfatning lede til at unntaket i arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd kom til anvendelse. Dette er imidlertid av mindre betydning i vår sammenheng siden jeg, som allerede slått fast, må legge til grunn at en ikke uvesentlig begrunnelse for aldersbestemmelsen i 2008 fortsatt var sikkerhet, altså nettopp det hensynet som EU-domstolen i september 2011 kom til at ikke lenger kunne tas i betraktning. Situasjonen var således at aldersbestemmelsen i 2008 hvilte på et hensyn som Høyesterett i 2012, som følge av rettsutviklingen, slo fast at det nå måtte ses

bort fra.

- (70) Etter mitt syn gir det god mening å lese 2012-dommen slik at den tar stilling til om det forelå aldersdiskriminering på domstidspunktet, og at dette må få den rettsvirkning at arbeidsforholdet består inntil lovlige aldersgrense er nådd. Når det gjelder en helt annen rettsvirkning – erstatning – er det derimot, her som ellers i erstatningsretten, naturlig å knytte vurderingen til handlingstidspunktet. Dersom 2012-dommen skulle forstås slik at den skal ha virkning også bakover i tid, er det grunn til å tro at Høyesterett hadde vurdert eksplisitt om det var rettslige skranker for dette. Når det ikke er gjort, underbygger det etter mitt syn at dommen ikke skal oppfattes på denne måten.
- (71) Det overordnede spørsmålet som kommer på spissen i saken her, er om rettsutvikling i EU-retten, som blir styrende for norsk rett, også uten videre er avgjørende for bedømmelsen av om det på et tidligere tidspunkt – med et annet rettskildetilbud – ble begått et rettsbrudd som gir grunnlag for erstatning. Dette hadde Høyesterett i 2012 ingen foranledning til å vurdere, og det finnes da heller ingen slike overveielser i dommen.
- (72) Jeg vender så tilbake til kjernes spørsmålet i saken, som altså må løses uten veiledning i 2012-dommen: *Var beslutningen om at flygerne ikke fikk fortsette i arbeid etter at de hadde fylt 60 år, aldersdiskriminerende da den ble fattet i 2008?*
- (73) Jeg ser først på *innføringen av reglene om aldersdiskriminering* i arbeidsmiljøloven. Bakgrunnen var EUs rådsdirektiv 2000/78/EF om likebehandling i arbeidslivet, det såkalte rammedirektivet. Lovgiveren valgte å implementere direktivet selv om Norge ikke var forpliktet til det etter EØS-avtalen, jf. nærmere Rt. 2011 side 609 (SAS-dommen) avsnitt 68 flg. og 2012-dommen, avsnitt 46, begge med videre henvisninger.
- (74) Av særlig interesse for vår sak er hvordan lovgiveren ved implementeringen vurderte de særaldersgrensene som lenge hadde vært gjeldende etter norske tariffavtaler. I NOU 2003: 2 "Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet" vurderte Arbeidslivslovutvalget arbeidsmiljølovens vern mot forskjellsbehandling opp mot EU-direktivet. På side 38 uttalte utvalget at bestemmelsen om aldersdiskriminering ikke er "forstått slik at den utelukker en virksomhet fra å praktisere en generell, lavere aldersgrense". Etter utvalgets oppfatning gjaldt dette også om den lavere aldersgrensen ikke er knyttet sammen med en rett til pensjon. Det fremheves videre at direktivet ikke gjelder nasjonale bestemmelser om generell pensjonsalder, men at det er "uklart hvilke krav direktivet stiller i forhold til bruk av aldersgrenser for øvrig".
- (75) I Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) nevnes innledningsvis under departementets vurderinger at for å gjennomføre direktivet er det behov for å innføre alder som diskrimineringsgrunn, se side 27. På side 29 fremgår at det i høringsomgangen ble etterlyst en nærmere drøftelse blant annet av forholdet mellom forbudet mot aldersdiskriminering og særaldersgrenser i lovverk og – viktig for spørsmålet i saken her – i "avtaleverk". Jeg forstår departementets vurdering av dette spørsmålet slik at det tas utgangspunkt i at en bedrift, etter gjeldende rett før innføring av direktivet, kunne ha en lavere generell aldersgrense enn den alminnelige. Men, i motsetning til utvalget, fremhevet departementet at det ville være av stor betydning om aldersgrensen – som i saken her – er knyttet sammen med en pensjonsordning. Videre var det etter departementets vurdering av gjeldende rett viktig om ordningen "er generell og konsekvent håndhevet", og at "arbeidstakeren er kjent med ordningen". Også dette er tilfellet i saken her.

- (76) Om denne rettstilstanden var problematisk vurdert opp mot direktivet, var etter departementets oppfatning "et komplisert spørsmål". Det ble blant annet vist til at det ikke fantes rettspraksis fra EU-domstolen som kunne kaste lys over problemstillingen. Departementet la imidlertid – "på det nåværende tidspunkt" – til grunn at gjeldende rett "kan videreføres ved en implementering av direktivet".
- (77) Når det spesielt gjaldt bestemmelser om aldersgrenser blant annet i tariffavtaler "basert på helsemessige og/eller sikkerhetsmessige forsvarlighetsvurderinger relatert til yrkesutførelse", uttalte departementet i samme proposisjon på side 30 følgende:
- "Denne typen aldersgrenser vil med stor grad av sannsynlighet ikke bli rammet av forbudet mot aldersdiskriminering, men komme inn under unntaket som reguleres i direktivet art. 6, dvs. at forskjellsbehandlingen har et saklig formål og midlene som er valgt for å oppnå formålet er hensiktsmessige og nødvendige."**
- (78) Avslutningsvis uttales det så:
- "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."**
- (79) I samme proposisjon fremholdes det på side 41 at det ikke er tatt inn nærmere kriterier i lovteksten "... fordi spørsmålet om det foreligger aldersdiskriminering nødvendigvis må bero på en konkret og skjønnsmessig vurdering ...". Det heter så:
- "Til dette kommer også at forbudet mot aldersdiskriminering er nytt i europeisk sammenheng, og det finnes svært lite praksis som gir grunnlag for å utarbeide nærmere kriterier. Per i dag synes det derfor hensiktsmessig og nødvendig at den nærmere avgrensning av vernet mot aldersdiskriminering skjer ved fremtidig domstolspraksis."**
- (80) Oppsummert var altså lovgiverens vurdering da proposisjonen ble avgitt i juni 2003, at rettskildebildet var uklart. Men en tariffbestemmelse av den type vår sak gjelder, ville "med stor grad av sannsynlighet" gå klar av forbudet mot aldersdiskriminering i direktivet. Nærmere avklaring måtte skje ved fremtidig rettspraksis.
- (81) Jeg skyter her inn at Høyesterett i flere avgjørelser har fremholdt at forarbeidenes forutsetning om at det nye aldersdiskrimineringsforbudet ikke skulle "rukke ved 'dagens rettstilstand'", på grunn av etterfølgende rettsutvikling ikke nødvendigvis kan "oppretholdes", se 2012-dommen avsnitt 46 med videre henvisninger.
- (82) De nye bestemmelsene om aldersdiskriminering ble vedtatt ved lov 26. mars 2004 nr. 15 og satt i kraft 1. mai samme år.
- (83) Etter min mening fremgår det av de kilder jeg så langt har gjennomgått, at da loven trådte i kraft i 2004, ville det ikke vært i strid med forbudet mot aldersdiskriminering å holde seg til tariffavtalens bestemmelse om aldersdiskriminering.
- (84) I *forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven* – Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) – vurderte departementet på ny blant annet avtaler om pliktmessig avgangsalder, se side 196 hvor det heter:

"Departementet legger til grunn at en aldersgrense som innebærer plikt til fratreden kan opprettholdes i den grad den kan anses som saklig begrunnet og hensiktsmessig for å ivareta nødvendige helse- og sikkerhetsmessige hensyn ..."

- (85) Ingenting i disse forarbeidene tyder på at departementet nå hadde en vesentlig annen oppfatning av de rettslige spørsmålene enn det jeg har vist til fra Ot.prp. nr. 104 (2002–2003). Departementet fremholder igjen at det vil være "opp til domstolene i hvert enkelt tilfelle å foreta en konkret vurdering av hvorvidt en aldersgrense har et saklig formål" slik at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse.
- (86) Også ved innføringen av ny arbeidsmiljølov må jeg etter dette legge til grunn at en aldersgrensebestemmelse som i saken her, måtte antas å være akseptabel.
- (87) I *Ot.prp. nr. 54 (2008–2009) om endringer i arbeidsmiljøloven* side 56 flg. vurderte departementet bestemmelser om pliktmessig avgang, fastsatt blant annet i avtaler. Proposisjonen fulgte opp en utredning av "70-årsregelen" som departementet tidligere hadde utarbeidet. I utredningen ble det konkludert med at virksomhetsfastsatte avgangsaldrer – under visse forutsetninger – ikke ville være i strid med forbudet mot aldersdiskriminering. Det fremheves på side 57 i proposisjonen at helse og sikkerhet ikke er det eneste som kan begrunne unntak fra aldersdiskrimineringsforbudet. Også sysselsettings- og arbeidsmarkedshensyn kan gi grunnlag for unntak. Heller ikke basert på disse forarbeidene kan det på noen måte slås fast at en aldersbestemmelse som i saken her, ville være i strid med forbudet mot aldersdiskriminering.
- (88) Det forelå i 2008 ingen praksis fra *Høyesterett, eller andre domstoler*, som kunne gi veiledning om hvorvidt tariffavtaler med særaldersgrense som i saken her ville stå seg.
- (89) Heller ikke kan jeg se at *praksis fra EU-domstolen* ga veiledning før Prigge-avgjørelsen kom i september 2011. Jeg viser til drøftelsen i HR-2016-296-A (Kystlink II) hvor det i avsnitt 66, for så vidt gjelder det EU-direktivet som er aktuelt i vår sak, pekes på at direktivet ikke gir noen klare rammer for lovgivningen, og at det i 2007 ikke forelå noen relevante avgjørelser fra EU-domstolen. En viss avklaring kom først med Prigge-dommen i 2011. Jeg nevner spesielt at EU-domstolens dom i Rosenblatt (C-45/09) ikke ga noen slik veiledning at partene i arbeidslivet på grunnlag av denne dommen kunne forstå at den aktuelle bestemmelsen i tariffavtalen var i strid med direktivet, jf. også omtalen av denne dommen i 2012-avgjørelsen avsnitt 65 og 66. Tvert om avklarte den dommen at flere av de øvrige hensynene som tariffavtalens aldersgrense hvilte på, var relevante og tungtveiende.
- (90) Min konklusjon er etter dette denne: Basert på rettskildebildet i 2008 var ikke særaldersgrensen i tariffavtalen aldersdiskriminerende. Det er den senere rettsutviklingen som medfører at tariffavtalens aldersgrense kommer i strid med forbudet mot aldersdiskriminering. Arbeidsgiveren begikk derfor ikke noe rettsbrudd ved i 2008 å holde seg til tariffavtalen.
- (91) Det foreligger på denne bakgrunn intet ansvarsgrunnlag. Helikopter Service må derfor frifinnes.
- (92) For så vidt gjelder de øvrige vilkår for erstatning bemerker jeg kort at jeg finner det klart at skyldkravet etter dagjeldende lov var alminnelig uaktsomhet. Jeg er kjent med at

skyldkravet behandles i en særmerknad fra dommer Falch med tilslutning fra dommer Normann, og jeg slutter meg til det som der sies. Videre finner jeg det utvilsomt at selskapet ikke opptrådte uaktsomt. Jeg viser til det jeg allerede har sagt om rettstilstanden på handlingstidspunktet, og for øvrig til det som på dette punkt sies i særmerkningen, som jeg er enig i.

(93) Helikopter Service har vunnet saken fullstendig og har i utgangspunktet krav på å få dekket sine sakskostnader etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd. Saken har imidlertid reist prinsipielle rettsspørsmål som det var god grunn til å få prøvd. Når jeg har kommet til at det ikke bør tilkjennes sakskostnader for noen instans, har jeg også sett hen til styrkeforholdet mellom partene, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

(94) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. CHC Helikopter Service AS frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans

(95) Dommer **Falch**: Jeg er kommet til samme resultat som førstvoterende, men med en annen begrunnelse.

(96) Jeg er ikke enig med førstvoterende i at Høyesteretts dom fra 2012 bare virket fremover i tid. Høyesterett fastslo den gang at flygerne hadde vært utsatt for aldersdiskriminering i strid med arbeidsmiljøloven kapittel 13. Da er grunnvilkåret i § 13-9 for å tilkjenne dem oppreisning og erstatning, etter min mening oppfylt. Jeg mener imidlertid at de andre vilkårene i bestemmelsen ikke er oppfylt, slik at verken oppreisning eller erstatning skal tilkjennes.

(97) Jeg ser først på betydningen av 2012-dommen.

(98) Den saken gikk mellom de samme parter og gjaldt de samme faktiske forhold som i saken nå. Spørsmålet for Høyesterett var om Helikopter Services avslag på flygernes forespørsel om å fortsette i arbeid etter at de fylte 60 år, stred mot diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven § 13-1, jf. § 13-3. Bestemmelsene hadde stått uendret siden 2007. Avslagene ble gitt i 2008, og flygerne hadde alle, i perioden 2006 til 2011, trådt ut av sine arbeidsforhold – den siste etter at Prigge-dommen forelå.

(99) I Høyesteretts domsslutning fikk flygerne medhold i at de "er fortsatt ansatt" i selskapet. Deri må etter min mening ligge at de hadde vært ansatt frem til domstidspunktet, og at de fremdeles skulle være det. Dette innebærer at Høyesterett bygget avgjørelsen på at alle flygerne, ved å ha måttet tre ut av arbeidsforholdene, hadde vært utsatt for rettsbrudd.

(100) Dommen kan etter min mening ikke leses slik at rettsbruddet – aldersdiskrimineringen – først oppsto på det tidspunktet da Høyesterett avsa sin dom. I så fall har Høyesterett pålagt selskapet en plikt som ikke på forhånd fulgte av arbeidsmiljøloven. Det kunne

Høyesterett etter min mening ikke gjøre. Det domstolene kan gjøre, er å pålegge private parter plikter som *allerede eksisterer* i kraft av loven eller annet rettsgrunnlag. Den plikten selskapet ble pålagt i dommen, må derfor ha eksistert før domstidspunktet. Også dette tilsier at det Høyesterett gjorde i 2012, var – på vanlig måte – å anvende arbeidsmiljølovens regler på det konkrete saksforholdet, som lå tilbake i tid.

- (101) Jeg leser derfor 2012-dommen slik at Høyesterett avgjorde at selskapet – *før domstidspunktet* – hadde brutt reglene om aldersdiskriminering. Det anser jeg meg bundet av. Da er grunnvilkåret i arbeidsmiljøloven § 13-9 første og annet ledd for å tilkjenne flygerne oppreisning og erstatning, oppfylt: De "er blitt diskriminert i strid med" lovens kapittel 13.
- (102) I lys av førstvoterendes votum, nevner jeg at det etter min mening ikke er nødvendig, på dette punkt, å ta stilling til *når* rettsbruddet inntraff – om dette skjedde i 2008 eller senere. Årsaken er at jeg mener at grunnvilkåret i § 13-9 er oppfylt dersom det konstateres *at* flygerne har blitt aldersdiskriminert. Og dette mener jeg altså at Høyesterett avgjorde i 2012.
- (103) Jeg går så over til å behandle de øvrige vilkårene, og ser først på vilkårene for å tilkjenne flygerne erstatning for økonomisk tap.
- (104) Det het i § 13-9 annet ledd, slik den lød frem til 2014, at erstatning skal tilkjennes "etter de alminnelige regler". Ifølge lovforarbeidene skal henvisningen forstås slik at når arbeidsgiver blir ansvarlig etter de alminnelige ulovfestede erstatningsreglene, "vil det si at det stilles krav til skyld", se Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) side 51 til 52. Da reglene ble flyttet til arbeidsmiljøloven av 2005, ble det understreket, etter at spørsmålet hadde vært tatt opp av likestillingsombudet, at "[d]epartementet har ikke funnet grunn til å innføre nye regler om rett til erstatning av økonomisk tap på objektivt grunnlag i arbeidsmiljølovens diskrimineringskapittel", se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) side 201. Skyldansvaret ble for tredje gang uttrykt som gjeldende rett da departementet i 2013 foreslo den endring av § 13-9 som trådte i kraft i 2014, se Prop. 88 L (2012–2013) side 96. Også Rt. 2012 side 983 avsnitt 115 bygger på at de ulovfestede reglene om erstatningsansvar inneholder et vilkår om subjektiv skyld.
- (105) På denne bakgrunn finner jeg, som førstvoterende, at det ikke er tvilsomt at vilkåret for å tilkjenne flygerne erstatning for økonomisk tap, er at Helikopter Service har opptrådt uaktsomt. Ansvaret var ikke objektivt, slik flygerne hevder, og det krevdes heller ikke kvalifisert uaktsomhet, slik selskapet hevder. For en profesjonell part som Helikopter Service, vil det derfor være avgjørende om selskapets handlinger, etter en grundig bedømmelse av de faktiske og rettslige forholdene på handlingstiden, kan bebreides som *uforsvarlige* eller ikke.
- (106) Etter min mening var den rettslige situasjonen svært usikker i perioden fra 2008 da selskapet av slo flygernes anmodning om å få stå i arbeid etter fylte 60 år, til Høyesteretts dom forelå i 2012. Jeg viser her til førstvoterendes gjennomgang av rettskildene, som jeg i det vesentlige slutter meg til. For egen del legger jeg for det første til at både tingretten og lagmannsretten, etter fullt ut forsvarlige vurderinger i 2009, kom til at flygerne ikke hadde vært utsatt for aldersdiskriminering. Og for det andre viser jeg til at Priggedommen fra 2011 bare avgjorde at hensynet til luftfartssikkerheten ikke kunne begrunne en aldersgrense for flygere på 60 år. Dommen behandlet ikke de andre hensynene som

Helikopter Service påberopte seg. I Rosenblatt-dommen, som ble avsagt omtrent samtidig, understreket EU-domstolen at hensyn knyttet til "social- og beskæftigelsespolitikk" ga grunnlag for å operere med en særskilt aldersgrense, i det tilfellet 65 år, "henset til den vide skønsmargin, som er overlatt medlemstaterne og arbeidsmarkedets parter" (min utheving), se avsnitt 76. Etter min mening var derfor den rettslige situasjonen høyst usikker helt frem til Høyesteretts dom i 2012.

- (107) Dertil kommer at Helikopter Service i utgangspunktet ønsket å imøtekomme flygernes ønske om å fortsette i arbeid etter fylte 60 år, men at flygernes fagforeninger motsatte seg dette. I forhandlingene i 2008 om ny tariffavtale, avslo de også, under generell trussel om arbeidskamp, arbeidsgiversidens forslag om å heve aldersgrensen. Det er derfor ikke tvilsomt at Helikopter Service sto i en vanskelig situasjon. Tariffavtalen påla selskapet å sørge for at flygerne fratradte ved fylte 60 år, med mindre aldersdiskrimineringsreglene påla selskapet å la dem fortsette. Det var med andre ord intet handlingsrom å operere innenfor – men et enten eller – i et usikkert rettslig farvann. I denne rettslige og faktiske situasjonen var det, helt frem til Høyesteretts dom, forsvarlig – og derved ikke uaktsomt – av selskapet å handle som det gjorde.
- (108) Helikopter Service må derfor frifinnes fra kravet om erstatning for økonomisk tap. Jeg går så over til å se på kravet om oppreisning.
- (109) Etter § 13-9 første ledd, slik den lød frem til 2014, "kan" flygerne kreve oppreisning uten hensyn til selskapets skyld. Oppreisningen skal fastsettes "til det beløp som retten finner rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig". I forarbeidene er det fremhevet at utmålingen vil kunne variere sterkt, og at "i enkelte tilfeller vil domstolene kunne komme til at det ikke skal gis oppreisning til tross for at det foreligger brudd på loven", se Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) side 52.
- (110) I lys av det jeg har sagt, finner jeg at selskapets opptreden ikke bare var forsvarlig, men også forståelig. Noe behov for i et slikt tilfelle å reagere med effektive og avskrekkende sanksjoner er det etter min mening ikke. Jeg legger i tillegg vekt på at den lave aldersgrensen var fremforhandlet mellom tariffpartene etter krav fra arbeidstakersiden, noe flygerne gjennom sine medlemskap i fagforeningen i utgangspunktet var bundet av – og også i noen grad hadde nytt godt av. Ved at kolleger hadde sluttet ved fylte 60 år, fikk de tidligere enn de ellers ville fått, mulighet til å rykke opp i høyere og bedre betalte stillinger.
- (111) Jeg er derfor kommet til at flygerne heller ikke skal tilkjennes oppreisning.
- (112) Jeg slutter meg til førstvoterendes begrunnelse for ikke å pålegge dem å erstatte Helikopter Services sakskostnader.
- (113) Dommer **Normann:** Som dommer Falch.
- (114) Dommer **Berglund:** Som dommer Kallerud.
- (115) Justitiarius **Øie:** Likeså.

(116) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. CHC Helikopter Service AS frifinnes.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke for noen instans

Riktig utskrift bekreftes: