

Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet

Juristprogrammet

Examensuppsats

30 högskolepoäng

Arbetsliv för alla åldrar?
– om åldersdiskriminering i arbetslivet

Författare: Erik Jutblad

Handledare: Mats Glavå

Innehållsförteckning

Sammanfattning.....	4
Förkortningar.....	5
1. Inledning.....	6
1.1 Bakgrund.....	6
1.2 Syfte.....	6
1.3 Avgränsning.....	6
1.4 Metod.....	7
1.5 Disposition.....	7
2. Diskriminering och likabehandling.....	8
3. EU:s förbud mot åldersdiskriminering.....	8
3.1 Arbetslivsdirektivet 2000/78/EG.....	8
3.2 Förbud mot åldersdiskriminering som EU-rättslig princip.....	10
4. Diskrimineringslagens framväxt.....	11
5. Diskrimineringsgrunden ålder.....	11
6. Diskrimineringslagens övergripande bestämmelser.....	12
6.1 Inledande bestämmelser.....	12
6.2 Arbetslivets diskrimineringsförbud.....	12
6.3 Arbetsgivarbegreppet.....	13
6.4 Diskrimineringsförbudets skyddsobjekt.....	13
7. Diskrimineringsformer.....	14
7.1 Direkt diskriminering.....	14
7.2 Indirekt diskriminering.....	17
7.3 Trakasserier, sexuella trakasserier samt instruktioner att diskriminera.....	18
7.4 Bevisbörd.....	19
8. Undantag från diskrimineringsförbudet.....	20
8.1 Verkligt och avgörande yrkeskrav.....	20
8.1.1 Fysiska förmågor.....	21
8.1.2 Trovärdighet.....	23
8.2 Åldersgränser för pensionsförmåner etc.....	24
8.3 Det generella undantaget för ålder.....	25
8.3.1 Berättigat mål eller syfte.....	25
8.3.2 Lämplighet, nödvändighet och proportionalitet.....	26
8.3.3 Artikel 6.1. a).....	27
8.3.4 Artikel 6.1. b).....	33
8.3.5 Artikel 6.1 c).....	35

8.3.6 Undantag för allmän säkerhet, ordning, etc.....	38
8.3.7 Sammanfattning av det generella undantaget för ålder	39
9. Förbudets betydelse för dess skyddsobjekt	40
9.1 Förhållandet mellan olika åldersgrupper	40
9.2 Diskrimineringssituationer	41
9.2.1 Rekrytering	41
9.2.2 Uppsägning	42
9.2.3 Lön och andra anställningsvillkor	42
10. Diskussion kring åldersdiskrimineringsskyddet	43
10.1 Ålderns föränderlighet, koppling till egenskaper och samband med andra diskrimineringsgrunder	43
10.2 Åldersdiskrimineringsförbudets konflikt med samhällsstrukturer	44
10.3 Utrymmet för undantag på grund av ålder och den särskilda proportionalitetsbedömningen ...	44
10.4 Olika rättskällor och dess förhållande sinsemellan	45
10.4.1 Rättskällor på EU-nivå	45
10.4.2 Förhållandet mellan EU-rätt och svensk rätt	46
10.5 Åldersdiskrimineringsskyddets rättsstatus	47
11. Frågan om regleringar	48
11.1 Regleringar kring åldersdiskrimineringsförbudet	48
11.1.1 Utrymmet för lagreglering	48
11.1.2 Ålderspreferenser i platsannonser	48
11.2 Aktiva åtgärder	49
11.2.1 Utrymmet för lagreglering	50
11.2.2 Samverkan och målinriktat arbete	50
11.2.3 Arbetsförhållanden	51
11.2.4 Rekrytering	52
11.2.5 Lönefrågor	53
11.2.6 Jämställdhetsplan	54
11.2.7 Brister hos de nuvarande bestämmelserna om aktiva åtgärder	54
11.2.8 Sammanfattning av bestämmelser om aktiva åtgärder utifrån ålder	54
11.3 Förslag till regleringar	55
12. Avslutning	55
13. Referenser	57

Sammanfattning

Förbudet mot åldersdiskriminering inom arbetslivet instiftades i Sverige 2009 som en följd av EU-lagstiftning inom samma område. Diskrimineringsgrunden ålder uppvisar, som uppsatsen illustrerar, flera särdrag i jämförelse med andra diskrimineringsgrunder. Omfattande undantag från åldersdiskrimineringsförbudet har ansetts motiverade till följd av åldersdiskrimineringsförbudets benägenhet att komma i konflikt med etablerade samhällstrukturer och EU-domstolen har härvid medgivit medlemsstaterna ett stort skönsmässigt utrymme i fråga om berättigade syften för att tillämpa undantagen. Detta har sannolikt sin grund i att flera frågor berör det socialpolitiska området där EU och medlemsstaterna har delad kompetens. Särskilt tillåtande till förmån för medlemsstaterna har EU-domstolen varit i rättsfall där kopplingar finns till nationella pensionssystem. Uppsatsen visar dock att betydande oklarheter kvarstår kring undantagens tillämplighet, särskilt gällande rekryteringssituationer, och det är exempelvis även oklart i vilken mån ekonomiska hänsyn kan läggas till grund för nämnda berättigade syften. Vägledning och klargöranden från domstol behövs därför i detta avseende.

I framställningen fastslås vidare att åldersdiskrimineringskyddet utöver frågan om undantagstillämplighet kompliceras av vissa särskilda faktorer. Mångfalden av EU-rättskällor till stöd för detta skydd och förhållandet dessa emellan utgör en sådan faktor där förbudet mot åldersdiskrimineringsförbudet som allmän rättsprincip inom EU utgör en särskilt omdebatterad rättskälla. Även förhållandet mellan EU-rätt och svensk diskrimineringslagstiftning samt specifika särdrag hos diskrimineringsgrunden ålder bidrar till den nämnda komplexiteten.

I uppsatsen föreslås inga egentliga lagändringar av åldersdiskrimineringsförbudet som sådant. Däremot föreslås att diskrimineringsgrunden ålder bör omfattas av aktiva åtgärder enligt 3 kap. 1 § DL. Samtliga åtgärdsbestämmelser bör dock inte beröras av grunden ålder utan främst bestämmelserna kring arbetsförhållanden och till viss del lönefrågor. Detta förslag bör kompletteras med en i lag definierad systematik för åtgärdsarbetets utförande.

Förkortningar

AD	– Arbetsdomstolens domar
DL	- Diskrimineringslag (2008:567)
DO	- Diskrimineringsombudsmannen
EU	– Europeiska unionen
FEU	– Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	– Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
LAS	– Lag (1982:80) om anställningsskydd
Prop.	– Proposition
SOU	- Statens offentliga utredningar

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Den 1 januari 2009 infördes den nya Diskrimineringslagen (2008:567) i Sverige. En av de stora nyheterna hos lagstiftningen var införandet av den nya diskrimineringsgrunden ålder vilket innebar att diskriminering utifrån ålder förbjöds inom svenskt arbetsliv. Förbudet mot åldersdiskriminering föränleddes av ett EU-direktiv, det s.k. arbetslivsdirektivet, vilket dock även stadgade möjligheter till undantag från samma förbud som var mer omfattande än för någon annan diskrimineringsgrund. Sedan direktivets tillkomst har det varit tydligt att EU:s medlemsstater har behövt betydande vägledning från EU-domstolen i fråga om tolkningen av dessa undantag och den egentliga omfattningen av förbudet mot åldersdiskriminering. Detta är inte i sig förvånande. Ålder är en speciell diskrimineringsgrund i jämförelse med de andra diskrimineringsgrunderna och har en särskild benägenhet att kollidera med etablerade samhällsstrukturer och rådande rättssystem. Samtidigt ses utestängning och missgynnande av vissa åldersgrupper från arbetsmarknaden som ett problem som aktivt måste motverkas. Detta har med tiden föranlett en förhållandevis komplicerad balansgång mellan olika berättigade intressen och en livlig diskussion kring vilka åldersbeaktanden som är tillåtna inom arbetslivet, vilket även är temat för den här uppsatsen.

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är för det första att undersöka hur lagskyddet mot åldersdiskriminering inom svenskt arbetsliv ser ut. I detta inbegrips att undersöka innebörden av diskrimineringsgrunden ålder, hur denna grund förhåller sig till andra diskrimineringsgrunder samt vilka undantag som finns från åldersdiskrimineringsförbudet inom svenskt arbetsliv. Syftet är även att beskriva den påverkan EU-rätten har haft på svensk lagstiftning inom nämnda område och belysa det rättsliga förhållandet dessa emellan. Slutligen syftar uppsatsen till att undersöka vilka eventuella regleringar som bör vidtas i fråga om skyddet mot åldersdiskriminering inom arbetslivet.

1.3 Avgränsning

Den här uppsatsen inriktar sig på åldersdiskriminering inom arbetslivet. Diskrimineringsgrunden ålder har jag valt utifrån att det är en förhållandevis ny grund och att den har vissa intressanta särdrag i jämförelse med andra diskrimineringsgrunder. Jag har vidare valt arbetslivsområdet, dels eftersom jag personligen främst är intresserad av att se hur arbetstagare påverkas av åldersdiskrimineringskyddet, dels eftersom frågan om åldersdiskriminering främst har aktualiserats inom arbetslivsområdet och det därför finns en hel del material att tillgå för undersökningen.

Jag har i uppsatsen valt att fokusera på de konkreta regler som avser att förverkliga Diskrimineringslagens syften: dels förbuden mot diskriminering och repressalier, dels bestämmelserna om aktiva åtgärder. Jag ansåg att denna kombination av olika typer av lagbestämmelser utgjorde en intressant grund för min uppsats, samtidigt som arbetet skulle riskera att bli för omfattande utan vissa avgränsningar. Frågor om sanktioner och tillsyn för att upprätthålla de bestämmelser som behandlas kommer därför inte att beröras närmare utan endast mer kortfattat i vissa fall, utan att för den skull betydelsen av sådana mekanismer skall underskattas. Bestämmelserna om aktiva åtgärder diskuteras *de lege ferenda* utifrån diskrimineringsgrunden ålder i ett särskilt avsnitt.

Även om uppsatsens huvudsakliga fokus ligger på diskrimineringsgrunden ålder behandlas i viss mån även andra diskrimineringsgrunder för att belysa åldersdiskrimineringskyddets förhållande till dessa grunder samt dess omfattning och särskilda ställning.

1.4 Metod

I mitt arbete har jag utgått ifrån för ämnet relevanta bestämmelser i Diskrimineringslagen och analyserat dessa med hjälp av förarbetsuttalanden, rättsfall från Arbetsdomstolen och doktrin. Jag har även i detta avseende använt arbetslivsdirektivets bestämmelser och praxis från EU-domstolen, dels för att i relevanta delar få vägledning för tolkningen av Diskrimineringslagens bestämmelser, dels för att belysa särskilda aspekter av förhållandet mellan svensk rätt och EU-rätt på åldersdiskrimineringsområdet.

I fråga om referenser har regleringens förhållandevis nya tillkomst föranlett att äldre källor till stor del är irrelevanta för ämnet varför relativt nya källor huvudsakligen har måst användas. Det bör i sammanhanget nämnas att det inte har varit möjligt att inom ramen för den här uppsatsen fördjupa sig inom all litteratur och omfattande forskning som finns kring ämnet ålder. Jag har i detta avseende i stället koncentrerat mig på forskningsslutsatser som presenterats i offentligt tryck som berör åldersdiskrimineringskyddet. I min rättsfallssökning har jag gjort sökningar utifrån arbetslivsdirektivet och relevanta lagrum i Diskrimineringslagen. Jag har även utgått ifrån omnämnd praxis i doktrin och utifrån denna utökat min sökning. Viss praxis finns från Europadomstolen i fråga om åldersdiskriminering men den rör inte arbetslivsfrågor och faller därför utanför ramarna för den här uppsatsen. I fråga om redan existerande studentuppsatser kring åldersdiskriminering rör dessa främst enskilda svenska rättsreglers förenlighet med åldersdiskrimineringsförbudet, medan den här uppsatsen i stället syftar till en mer övergripande beskrivning av förbudet samt en undersökning av i förhållande till förbudet alternativa juridiska lösningar.

Framställningen som följer kan benämnas som blandat deskriptiv och analytisk där jag löpande i förhållande till bestämmelserna undersöker särskilt problematiska aspekter och bidrar med egna tankar kring dessa. Jag förutsätter att läsaren har grundläggande kunskaper om EU:s rättssystem. När det i framställningen talas om ”propositionen” avses i samtliga fall proposition 2007/08:95. Slutligen bör nämnas att artiklarna i EU-fördragen genomgående har angivits med deras nya nummer efter Lissabonfördragets ikraftträdande.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med en kortfattad introduktion till framväxten av likabehandlingsprincipen och förbud mot diskriminering ur ett internationellt perspektiv för att sedan behandla den huvudsakliga grunden för åldersdiskrimineringsförbudets tillkomst, nämligen arbetslivsdirektivet.

Därefter kommer Diskrimineringslagens bestämmelser att behandlas utifrån diskrimineringsgrunden ålder där övergripande bestämmelser först presenteras, följt av olika former av diskriminering samt slutligen de olika undantagen från åldersdiskrimineringsförbudet. Uppsatsen avslutas med en diskussion kring åldersdiskrimineringskyddet, förslag till regleringar samt en kortfattad utblick för diskrimineringsrättens framtid.

2. Diskriminering och likabehandling

Skydd mot diskriminering kan generellt härledas till likabehandlingsprincipen och idén om alla människors lika värde som uppmärksammades i hög grad efter andra världskriget. Några månader efter krigets slut bildades Förenta Nationerna och i dess stadga från samma år enligt artikel 1 punkt 3 fastslogs att de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna skall beredas alla utan befästade vid ras, kön, språk eller religion. Några år senare nedtecknades även Europakonventionen och i dess artikel 14 stipuleras ett liknande förbud mot att diskriminera konventionens skyddsobjekt i fråga om olika fri- och rättigheter utifrån ett antal nämnda grunder, såsom kön, hudfärg, språk, religion, nationalitet etc. Principerna om likabehandling och icke-diskriminering utvecklades vidare och områden som tidigt uppmärksammades var arbetsliv och arbetsmarknad. Internationella arbetsorganisationens konvention nr 111 från slutet av 1950-talet förbjöd diskriminering i arbetslivet utifrån ett flertal grunder och i samma veva bildades den ekonomiska gemenskap som ligger till grund för dagens EU. Eftersom det huvudsakliga målet för unionen var etablerandet av en gemensam marknad koncentrerades krafterna i början på att motverka diskriminering på grund av nationalitet som sågs som ett hinder för förverkligandet av den gemensamma marknaden. Något generellt diskrimineringsförbud fanns inte vid denna tidpunkt, men efterhand kom diskrimineringsförbuden och likabehandlingsprincipen inom EU få en mer självständig roll i förhållande till den gemensamma marknadens funktion.¹

Från 1960-talet och framåt har EU-domstolen varit en starkt drivande kraft bakom principerna om icke-diskriminering och likabehandling inom EU. I och med ikraftträdandet av Amsterdamfördraget 1999 utökades EU-lagstiftarens möjligheter till konkret diskrimineringslagstiftning på arbetslivets område. Följande år antogs således EU-direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling. Direktivet, som brukar benämnas arbetslivsdirektivet och även kommer benämnas så i denna uppsats, förbjuder diskriminering inom arbetslivet utifrån fyra olika grunder varav en är ålder. Ungefär samtidigt skapades Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna vars artikel 21 tydligt förbjuder diskriminering utifrån ett antal grunder, däribland ålder, och i och med Lissabonfördragets ikraftträdande utgör stadgan numera primärrätt inom EU.² Inspirationen från Europakonventionen är tydlig och inte förvånande med tanke på att EU-domstolens sedan 1970-talet utgått från att rättigheterna i Europakonventionen är en del av EU:s allmänna rättsprinciper.³ Arbetslivsdirektivet utgör dock fortfarande den huvudsakliga grunden för det svenska förbudet mot åldersdiskriminering inom arbetslivet. I följande avsnitt kommer detta direktiv beskrivas närmare.

3. EU:s förbud mot åldersdiskriminering

3.1 Arbetslivsdirektivet 2000/78/EG

Den rättsliga grunden för arbetslivsdirektivet är artikel 19 FEUF som ger möjlighet till Europeiska unionens råd att vidta åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, ras eller etnicitet, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder och sexuell läggning. I enlighet med detta lagrum är syftet med arbetslivsdirektivet, som det anges i dess artikel 1, att ”fastställa en ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på grund av religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, för att principen om likabehandling skall kunna genomföras i medlemsstaterna.” Direktivet tar alltså fasta på dessa fyra diskrimineringsgrunder på arbetslivets område. De övriga grunder som

¹ Rosas, s.156-157

² FEU Art. 6.1

³ Nyström (1), s. 91

anges i artikel 19 FEUF har reglerats i andra direktiv.⁴ Diskrimineringsgrunden ålder kom alltså att bli en av de grunder som åtnjuter speciellt skydd i kraft av likabehandlingsprincipen.

Utöver principen om likabehandling figurerar även andra, komplexa faktorer bakom direktivet. Diskriminering utifrån de omfattade grunderna, däribland ålder, kan nämligen enligt direktivet bland annat motverka en hög sysselsättningsnivå, ekonomisk och social sammanhållning och fri rörlighet för personer.⁵ Bakgrunden till införandet av åldersdiskrimineringskyddet är alltså såväl enskildas rättigheter såsom mer övergripande samhällsrelaterade skäl.⁶ Skyddet utpekats vidare som betydelsefullt för att öka sysselsättningen och dess mångfald. Redan i nästa mening uttrycks dock att diskrimineringskyddet inte är oinskränkt, varpå betonas vikten av ”att göra en skillnad mellan berättigad särbehandling, särskilt sådan som motiveras av de legitima målen för sysselsättningspolitiken, arbetsmarknaden och yrkesutbildningen och den diskriminering som bör vara förbjuden.”⁷

Även om åldersdiskrimineringsförbudet som sådant riktar sig till både yngre och äldre tyder en del på att fokus i direktivet läggs på de senare. Särskilt nämns äldre arbetstagares möjligheter att vara delaktiga i arbetslivet, och EU-domstolen har även uttryckt att åldersdiskrimineringsförbudet som uttrycks i arbetslivsdirektivet skall tolkas mot bakgrund av rätten att arbeta enligt artikel 15.1 i EU-stadgan, vilket innebär att särskild vikt skall läggas vid att äldre arbetstagare deltar i arbetslivet och därmed även i det ekonomiska, kulturella och sociala livet.⁸

Artikel 2 i direktivet föreskriver följaktligen ett förbud mot både direkt och indirekt diskriminering på grund av någon av de diskrimineringsgrunder, däribland ålder, som omfattas av direktivet. Åldersdiskrimineringsförbudet kringkärs dock, i linje med uttalandet om berättigad särbehandling ovan, av flertalet undantag i direktivet. Både begreppen direkt och indirekt diskriminering och de nämnda undantagen kommer jag att behandla mer ingående längre fram. Arbetslivsdirektivet är vidare enligt dess artikel 3 tillämpligt på arbetslivsområdet i bred mening, vari ingår både offentlig och privat sektor. Direktivet omfattar anställnings- och arbetsvillkor, inbegripet avskedande och löner, men även villkor rörande såväl rekrytering, tillträde till yrkesutbildning och tillträde till anställning som befordran. En av de avgränsningar som uppställs är att utbetalningar från offentliga system inte omfattas, såsom pensionsutbetalningar. Direktivet påverkar inte heller nationella bestämmelser om pensionsålder, med vilket avses medlemsstaternas befogenhet att bestämma en åldersgräns för pensionering. Detta hindrar dock inte att direktivet tillämpas på nationella bestämmelser som fastställer villkor för en anställnings upphörande när denna pensionsålder är uppnådd.⁹ För att direktivet överhuvudtaget skall vara tillämpligt krävs en koppling till gemenskapsrätten. Grunden för direktivet, ovannämnda artikel 19 FEUF, kan inte användas för att utvidga åldersdiskrimineringsförbudet att inbegripa situationer som inte omfattas av åtgärder, såsom arbetslivsdirektivet, som vidtagits med stöd av samma artikel.¹⁰ Jämför i detta sammanhang avsnittet nedan om åldersdiskrimineringsförbudet som en EU-rättslig princip.

⁴ Se främst Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung samt Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

⁵ Direktiv 2000/78/EG, ingressen p. 11

⁶ Numhauser-Henning (1), s. 443

⁷ Direktiv 2000/78, ingressen p. 25

⁸ Se Fuchs och Köhler, p. 62 och Hörnfeldt, p.37

⁹ Palacios de la Villa, p. 44

¹⁰ Bartsch, mål C-427/06, p. 18 och 25

Arbetslivsdirektivets bestämmelser skall införlivas i respektive medlemsstats nationella lagstiftning men medlemsstaten får själv välja form och tillvägagångssätt enligt artikel 288 FEUF. Direktivet är, som det framgår av ingressen p. 28 och artikel 8.1, ett minimidirektiv vilket innebär att medlemsstaterna får införa eller behålla mer förmånliga bestämmelser än de som anges i direktivet.

3.2 Förbud mot åldersdiskriminering som EU-rättslig princip

I anslutning till arbetslivsdirektivets bestämmelser bör några ord nämnas om åldersdiskrimineringsförbudets rättsliga ställning inom EU-rätten, eftersom EU-domstolen i praxis har klargjort dess status på ett sätt som inte framgår explicit av bestämmelserna i direktivet.

Det banbrytande steget togs i fallet *Mangold* (mål C-144/04) gällande påstådd åldersdiskriminering. Målet rörde nationell lagstiftning som innebar att tidsbegränsade anställningsavtal kunde ingås utan begränsningar när den anställde fyllt 52 år. Efter att ha gjort vissa klargöranden i fråga om det så kallade visstidsdirektivet¹¹ gjorde EU-domstolen några intressanta uttalanden om arbetslivsdirektivets bestämmelser. Domstolen konstaterade att principen om förbud mot de former av diskriminering som anges i arbetslivsdirektivet har sitt ursprung i olika internationella överenskommelser, exempelvis FN:s konventioner, och i gemensamma institutionella traditioner hos medlemsstaterna.¹² Därmed ansåg domstolen att principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder skulle anses vara en allmän rättsprincip i gemenskapsrätten.¹³ Allmänna rättsprinciper utgör en del av primärrätten inom EU och har i kraft av detta direkt effekt, och förbudet mot åldersdiskriminering kom därmed att kunna åberopas inför nationella domstolar och myndigheter i medlemsstaterna. Detta var kontroversiellt med tanke på att domstolen åberopade och genomdrev principen om förbud mot åldersdiskriminering i ett fall som rörde två privata parter och där implementeringstiden för arbetslivsdirektivet som principen hänvisade till ännu inte hade löpt ut. Domen skapade mycket debatt där mycket av kritiken handlade om att EU-domstolen med vaga referenser till internationella fördrag och gemensamma konstitutionella traditioner hade inkräktat på medlemsstaternas socialpolitiska område.¹⁴

Rättsprincipens natur och omfattning klargjordes inte ytterligare av EU-domstolen förrän i rättsfallet *Küçükdeveci* (mål C-555/07) tre år senare som rörde eventuellt åldersdiskriminerande uppsägningsvillkor. Den tyska lagstiftningen i målet innebar att anställningsperioder som en arbetstagare fullgjort innan denne fyllt 25 år inte skulle beaktas vid beräkningen av uppsägningstiden. Domstolen påpekade att likabehandlingsprincipen inom arbetslivet inte fastställs i arbetslivsdirektivet som sådant, utan har endast kommit till uttryck i denna rättsakt. Principen om förbud mot åldersdiskriminering är vidare ”en allmän rättsprincip i unionsrätten, eftersom den utgör en specifik tillämpning av den allmänna principen om likabehandling.”¹⁵ Åldersdiskrimineringsförbudets ställning som allmän rättsprincip bygger sålunda på dess härstamning från likabehandlingsprincipen. Tillåtligheten av de nationella bestämmelserna i målet skulle vidare enligt domstolen bestämmas ”mot bakgrund av den allmänna unionsrättsliga principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder, såsom den har kommit till uttryck i direktiv 2000/78.”¹⁶ Det får alltså anses vara arbetslivsdirektivet och dess lydelse som utgör den grund utifrån vilken principen om åldersdiskrimineringsförbudet skall definieras. Karaktären och omfattningen av principen är dock enligt min mening fortfarande inte helt

¹¹ Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFF, UNICE och CEEP. Direktivets syfte är bland annat att förhindra missbruk av visstidsanställningar, bilaga EFS-UNICE-CEEP, klausul 1.

¹² I vilken mån dessa institutionella traditioner är gemensamma kan dock diskuteras, se McCrudden, Prechal, s. 3

¹³ Mangold, p. 75

¹⁴ Craig, De Burca, s. 892-893

¹⁵ Küçükdeveci, p. 50

¹⁶ Küçükdeveci, p. 27

tydlig. EU-domstolen har emellertid i praxis hittills inte tillämpat principen särskilt självständigt utan har främst kopplat den till arbetslivsdirektivet och dess tillämplighet.¹⁷ Vi skall nu gå vidare till hur implementeringen av arbetslivsdirektivet har skett i svensk lagstiftning.

4. Diskrimineringslagens framväxt

I anledning av arbetslivsdirektivet tillsatte den svenska regeringen en utredning för att behandla frågan om hur direktivet skulle införlivas i svensk rätt.¹⁸ I fråga om ålder utnyttjade Sverige den möjliga förlängningen av implementeringsfristen om tre år som framgår av direktivets artikel 18¹⁹ och skulle alltså ha införlivat bestämmelserna allra senast den 2 december 2006. Verkligheten blev dock en annan då implementeringen av direktivet försenades med strax över två år. Den främsta orsaken var att regeringen under perioden utredde frågan om att inkorporera det flertal olika diskrimineringslagar som redan existerade vid tidpunkten till en samlad diskrimineringslagstiftning. Med hänsyn till faktorer såsom tydlighet, överskådlighet och underlättad laganvändning drev regeringen igenom förslaget, dock inte utan kritik.²⁰ Diskrimineringslagen (2008:567) trädde sålunda i kraft 1 januari 2009 och ersatte sju olika äldre svenska diskrimineringslagar.²¹ I lagen stadgas förbud mot diskriminering utifrån sju olika grunder: kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning och ålder. Ålder hade till en början ett snävare tillämpningsområde än övriga grunder och var vid Diskrimineringslagens tillkomst 2009 gällande endast inom områdena utbildning och arbetsliv i vidare mening. Regeringen tillsatte dock samma år en särskild utredning kring frågan om att bredda åldersdiskrimineringskyddet att omfatta fler områden,²² och från den 1 januari 2013 kom skyddet mot åldersdiskriminering att utökas till ett flertal områden såsom varor, tjänster och bostäder, social- och arbetslöshetsförsäkringar samt hälso- och sjukvård.

5. Diskrimineringsgrunden ålder

I propositionen till Diskrimineringslagen diskuterades hur diskrimineringsgrunden ålder skulle bestämmas. Någon definition av ålder finns inte i arbetslivsdirektivet, däremot omnämner artikel 6.1 a) åtgärder till skydd för både ungdomar och äldre arbetstagare. Regeringen fastnade slutligen för en bestämning utifrån en kronologisk åldersberäkning, vilket innebar att diskrimineringsgrunden skulle definieras utifrån en fysisk persons levnadsålder, räknad från hans födelse. På så vis omfattas alla människor av diskrimineringsgrunden utan varken nedre eller övre åldersgräns, samtidigt som dock den praktiska betydelsen av diskrimineringsförbudet kan komma att variera mellan olika åldersgrupper.²³ Diskrimineringsgrunden ålder definieras följaktligen i 1 kap. 5 § p.6 DL som ”uppnådd levnadslängd”.

¹⁷ Craig, De Burca, s. 894

¹⁸ Kommittédirektiv 2000:106 – Ett utvidgat skydd mot diskriminering

¹⁹ Även Belgien, Nederländerna, Storbritannien och Tyskland valde att förlänga implementeringsfristen med tre år, Danmark förlängde densamma med ett år. Se Kommissionens MEMO/08/69, 31/01/2008.

²⁰ Se exempelvis prop. 2007/08:95, s. 84

²¹ Dessa var jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan, lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering samt lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever.

²² Kommittédirektiv 2009:72

²³ Prop. 2007/08:95, s. 130

Tyngdpunkten i fråga om åldersdiskriminering har till stor del legat på äldre personer, vilket kan illustreras av att samtliga svenska rättsfall som hittills prövats rör arbetslivssituationen för äldre personer. Praxis från EU-domstolen som behandlas längre ned visar dock på dess betydelse även för yngre personer. Ålder är som synes en speciell grund eftersom den dels som nämnts omfattar alla människor eftersom alla har en ålder, men dels också för att denna förändras livet igenom. Denna föränderlighet har bl.a. benämnts som ålderns ”flytande natur” och framhålls som en faktor som försvårar jämförelse i påstådda fall av åldersdiskriminering.²⁴

Utöver detta kan det ofta också vara svårt att särskilja olika diskrimineringsgrunder i ett enskilt fall av påstådd diskriminering. I samband med exempelvis en rekrytering kan det vara svårt att visa om det främst var ålder, kön eller etnicitet hos sökanden som låg bakom arbetsgivarens beslut att bortsortera personen eftersom gränserna mot andra diskrimineringsgrunder ofta är flytande och kan samspela till att den enskilde personen missgynnas. Detta fenomen kallas för multipel diskriminering och omnämns kort i skäl 3 till arbetslivsdirektivet, men något uttryckligt förbud mot multipel diskriminering i sig finns varken inom EU-rätten eller i svensk lag. Multipel diskriminering skall därmed inte ses som ytterligare en diskrimineringsgrund, utan snarare, som Fransson och Stüber beskriver, ” som ett uttryck för den komplexitet som finns på rättsområdet”.²⁵ Det är fullt möjligt att flera samtidiga grunder ligger bakom ett fall av diskriminering och det finns inget som hindrar att någon gör gällande att hen har blivit diskriminerad på mer än en diskrimineringsgrund.²⁶

6. Diskrimineringslagens övergripande bestämmelser

I det följande kommer Diskrimineringslagens bestämmelser att behandlas för att utreda hur åldersdiskrimineringsskyddet inom svenskt arbetsliv är uppbyggt. Reglerna kommer att tjäna som en struktur för den utredning av åldersdiskrimineringsskyddet som uppsatsen syftar till och kommer behandlas med relevans utifrån frågan om åldersdiskriminering i arbetslivet.

6.1 Inledande bestämmelser

Diskrimineringslagens ändamål som uttrycks i 1 kap. 1 § DL är ”att motverka diskriminering och på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder.” Härigenom skall som nämnts ovan säkerställas att EU-direktiven rörande likabehandling och diskriminering är slutligt införlivade i svensk lagstiftning.

Lagen är vidare tvingande till förmån för den som skyddas av diskrimineringsförbudet i enlighet med 1 kap. 3 § DL. Paragrafen innebär att avtalsklausuler som inskränker någons rättigheter eller skyldigheter enligt lagen är verkningslösa i den delen och en avtalspart är inte skyldig att följa dessa. Sådana avtalsvillkor kan inte heller genomdrivas i domstol. Avtal som ger någon mer omfattande rättigheter, förmåner eller skyldigheter än vad lagen anger kan dock ingås utan hinder av denna regel.²⁷ Klausuler i kollektivavtal och individuella avtal som strider mot Diskrimineringslagen kan vidare jämkas eller ogiltigförklaras med stöd av 5 kap. 3 §, alternativt kan även hela avtalet i fråga underkännas.

6.2 Arbetslivets diskrimineringsförbud

Diskrimineringsförbudet för arbetslivet i 2 kap. 2 § DL stadgar att

²⁴ O’Cinneide, s. 6.

²⁵ Fransson, Stüber, s. 99

²⁶ Göransson m.fl., s. 35

²⁷ Prop. 2007/08:95, s. 485

”En arbetsgivare får inte diskriminera den som hos arbetsgivaren

- 1. är arbetstagare,*
- 2. gör en förfrågan om eller söker arbete,*
- 3. söker eller fullgör praktik, eller*
- 4. står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft.*

Diskrimineringsförbudet gäller även i det fall arbetsgivaren genom skäliga stöd- och anpassningsåtgärder kan se till att en arbetstagare, en arbetssökande eller en yrkespraktikant med ett funktionshinder kommer i en jämförbar situation med personer utan sådant funktionshinder.

Den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta i frågor som rör någon som avses i första stycket ska likställas med arbetsgivaren.”

Ordet ”diskriminera” inbegriper i detta sammanhang alla de fem olika formerna av diskriminering som beskrivs längre fram. Vi skall först kort reda ut vem som är att anse som arbetsgivare och som förbudet därmed riktar sig till samt vilka dess skyddsobjekt är.

6.3 Arbetsgivarbegreppet

Vanligtvis benämns som arbetsgivare den fysiska eller juridiska person som är arbetstagarens motpart i ett anställningsförhållande.²⁸ Eftersom arbetsgivarens kompetenser kan delegeras skall, i enlighet med 2 kap. 1 § 3 st. DL, den person likställas med arbetsgivaren som i dennes ställe har beslutanderätt i frågor rörande arbetssökande och arbetstagare som skyddas av paragrafen. Vidare omfattar arbetsgivarens ansvar för diskriminering även handlandet hos personer som getts en ledande ställning och vars beslut, inflytande och bedömningar direkt kan inverka på arbetsförhållanden eller villkor för enskilda arbetssökande eller arbetstagare. Arbetsgivaren kan även ställas till ansvar i förhållande till en arbetssökande när arbetsgivaren har anlitat s.k. headhunters eller rekryteringsföretag som tillämpar diskriminerande förfaranden.²⁹ Regeln torde alltså innebära ett principalansvar för arbetsgivaren i de beskrivna situationerna. I de fall en arbetstagare i underordnad ställning företar en diskriminerande handling på eget bevåg och utanför arbetsgivarens instruktioner, som i fallet AD 2007 nr 45, kan en arbetsgivare följaktligen undgå ansvar.³⁰

6.4 Diskrimineringsförbudets skyddsobjekt

2 kap. 1 § DL fastslår att en arbetsgivare inte får diskriminera den som hos denne är arbetstagare, gör en förfrågan om eller söker arbete, söker eller fullgör praktik eller står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft. Som arbetssökande betecknas den som tydligt gett tillkänna att hen har sökt en anställning hos arbetsgivaren. Att förbudet omfattar den som gör förfrågan om arbete tar sikte på de situationer då en person hör sig för om en ledig anställning och möts av negativa besked från arbetsgivaren baserat på någon av diskrimineringsgrunderna såsom personens ålder. Detta bortsorterande av en person skall anses utgöra diskriminering oavsett om personen senare verkligen visar sig ha de kvalifikationer som krävs för tjänsten. I fråga om praktik avses främst yrkes- och arbetsmarknadspraktik men även PRAO-elever kan åberopa diskrimineringsförbudet i förhållande till den arbetsgivare som tar emot dem. Med inhyrd eller inlånad arbetskraft avses t.ex. anställda på bemanningsföretag. Eftersom den egentliga arbetsgivaren här är bemanningsföretaget ansvarar kundföretaget som tar emot arbetskraften endast för de förhållanden som det har ett bestämmande inflytande över, som exempelvis arbetsledningen. Rörande t.ex.

²⁸ AD 1999 nr 21

²⁹ Prop. 2007/08:95, s. 137-138

³⁰ Sigeman, s. 161. För mer ingående analys av domskälen i rättsfallet, se Malmberg, s. 408-410.

lönefrågor får den anställda istället åberopa diskrimineringsförbudet mot den egentlige arbetsgivaren, dvs. bemanningsföretaget.³¹

7. Diskrimineringsformer

Diskrimineringsbegreppet innefattar enligt 1 kap. 4 § DL fem olika former av diskriminering: direkt diskriminering, indirekt diskriminering, trakasserier, sexuella trakasserier och instruktioner att diskriminera. Diskrimineringsförbudet inom arbetslivet omfattar som nämnts alla dessa former av diskriminering. I det följande kommer dessa fem former att behandlas där tyngdpunkt kommer läggas på de oftast aktualiserade formerna direkt och indirekt diskriminering.

7.1 Direkt diskriminering

Legaldefinitionen av direkt diskriminering i 1 kap. 4 § p.1 DL är att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med någon av diskrimineringsgrunderna, såsom exempelvis ålder. Denna definition följer relativt väl ordalydelsen i arbetslivsdirektivet artikel 2.2 a.³² Det finns alltså tre rekvisit som alla skall vara uppfyllda för att diskriminering skall anses ha ägt rum i lagens mening, nämligen ett missgynnande, en jämförelse och ett orsakssamband.

Missgynnande

Det första rekvisitet missgynnande innebär övergripande ett förfarande som kan beskrivas som en skada eller en nackdel för personen i fråga. Både aktivt handlande och underlåtenhet att handla kan utgöra missgynnande. Som missgynnande benämns det som typiskt sett medför en faktisk förlust, ett obehag eller dylikt för personen i fråga, och det avgörande är här att en negativ effekt uppstår, inte vilken orsak missgynnandet har.³³ Några åldersrelaterade exempel på missgynnande inom arbetslivet är att inte bli kallad till intervju för att ålder används som urvalskriterium, att gå miste om en befordran på grund av ålder eller att av samma skäl behandlas sämre i fråga om lön, arbetstider och andra anställningsvillkor.³⁴

I förhållande till rekryteringsfrågor bör det framhållas att det inte krävs att ett anställningsbeslut fattas för att direkt diskriminering skall föreligga. Diskriminerande handlingar under en rekrytering kan sålunda angripas även om anställningsförfarandet avbryts utan att någon anställs. Så kan t.ex. vara fallet om arbetsgivaren inte vill anställa en sökande med en viss ålder och därför väljer att inte anställa någon överhuvudtaget.³⁵ En särskild fråga i rekryteringssammanhang är platsannonser och dess utformning. Eftersom diskrimineringsförbudet i detta avseende omfattar endast den som ansökt om eller gjort en förfrågan om arbete, och därmed förutsätter att en faktisk person har diskriminerats, uppger regeringen i propositionen att det står en arbetsgivare fritt att ange preferenser rörande ålder, kön etc. i platsannonser utan att detta faller under diskrimineringsförbudet. Sådana preferenser och uttalanden i platsannonser skulle dock istället kunna ifrågasättas utifrån bestämmelserna om aktiva åtgärder, som dock inte rör enskilda personer, eller potentiellt tillmätas bevisvärde i ett efterföljande fall av påstådd diskriminering kopplad till rekryteringen.³⁶ Enligt rättsfallet *Feryn NV* (mål C-54/07)

³¹ Prop. 2007/08:95, s. 135-136

³² I förhållande till tidigare diskrimineringslagars formuleringar skiljer sig den nya Diskrimineringslagen något i detta avseende, men någon ändring i sak har inte avsetts, se prop. 2007/08:95, s. 99

³³ Prop. 2007/08:95, s. 486-487

³⁴ A.prop. s. 499

³⁵ A.st.

³⁶ A.prop. s. 140

från EU-domstolen kan dock direkt diskriminering förekomma även i fall då ingen identifierbar person som anser sig diskriminerad finns. I fallet som rörde tillämpningen av direktiv 2000/43/EG mot etnisk diskriminering fastslog domstolen att ett offentligt uttalande från en arbetsgivare att han inte kommer anställa arbetstagare med ett visst etniskt ursprung eller viss ras utgör direkt diskriminering i den mening som avses i nämnda direktiv, eftersom sådana uttalanden starkt kan avskräcka vissa arbetssökande från att anmäla sitt intresse för ett arbete och därmed utgöra ett hinder för deras tillträde till arbetsmarknaden. Målet rörde som sagt etnisk diskriminering men ett liknande resonemang i framtiden från EU-domstolens sida i fråga om ålder utifrån arbetslivsdirektivets bestämmelser vore inte helt otänkbart eftersom bägge diskrimineringsgrunderna har sina rötter i likabehandlingsprincipen. För närvarande är det dock tveksamt om EU-domstolen skulle välja en sådan analogisk tillämpning med tanke på de olika undantag, vilka kommer beröras nedan, som en arbetsgivare skulle kunna åberopa i fråga om ålder för att rättfärdiga ett sådant uttalande. Sammanfattningsvis kan vi dock se att det alltså råder en viss diskrepans mellan EU-praxis och svensk diskrimineringslagstiftning i detta avseende.³⁷

Jämförelse

Efter att man har konstaterat ett missgynnande görs en jämförelse med den som anser sig diskriminerad och någon annan som är i jämförbar situation, dvs. hur någon eller några andra behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats. Finner man till följd av jämförelsen en avvikelse bedöms handlandet som diskriminerande. Endast personer som befinner sig i situationer där det framstår som rimligt och naturligt att jämföra dem bör jämföras för att få ett rättvisande resultat.³⁸ I fråga om jämförelsen vid påstådd åldersdiskriminering krävs inte att de faktiska personer som jämförs har samma ålder. Om personerna i övrigt har samma meriter och personliga förutsättningar är de i en jämförbar situation oberoende av deras respektive ålder. Vanligen har dock äldre personer nått högre befattningar och samlat på sig mer arbetslivserfarenhet än en yngre person som inte har arbetat lika länge. När arbetsgivaren framhåller sådana kriterier kan det vara svårt eller rent av omöjligt att göra en faktisk jämförelse med en annan person. I stället är det då mer praktiskt att göra en hypotetisk jämförelse utifrån frågan vilken behandling eller förmån arbetssökanden eller arbetstagaren skulle ha fått om arbetsgivaren inte hade beaktat dennes ålder.³⁹

I detta skede aktualiseras frågor om jämförelse och värdering av meriter. För att underlätta för en person som anser sig diskriminerad att jämföra meriter finns i 2 kap. 4 § DL en skyldighet för arbetsgivaren att på begäran av personen som anser sig diskriminerad lämna ut skriftliga uppgifter om de meriter den person hade som kallades till anställningsintervju eller erbjöds tjänsten eller utbildningsplatsen. På så vis kan den som missgynnats undersöka om hens meriter är likvärdiga med meriterna hos den som valdes och om de därmed är i en jämförbar situation. Av förarbetena till den tidigare gällande jämställdhetslagen framgår att rörande rekryteringsfall är likvärdiga meriter detsamma som lika goda sakliga förutsättningar för arbetet i fråga.⁴⁰ I rättsfallet AD 2005 nr 69 fastslog domstolen vidare att sökandenas kvalifikationer skall värderas efter bedömningsgrunderna utbildning, yrkes- och arbetslivserfarenhet samt personlig lämplighet. Arbetsdomstolen har förklarat att dessa uttalanden skall gälla även avseende bedömningen av jämförbar situation enligt 2008 års diskrimineringslag.⁴¹ I praxis tar jämförelsebedömningen ofta utgångspunkt i vilka krav som

³⁷ Det är härvid tveksamt om svensk rätt i detta fall uppfyller kravet på effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner som EU-rätten ställer, se t.ex. Göransson m.fl., s. 43-44

³⁸ Prop. 2007/08:95, s. 487

³⁹ A.prop. s. 488

⁴⁰ Prop. 1990/91:113, s. 82

⁴¹ AD 2010 nr 91

platsannonsen anger för att sedan mer ingående bedöma de sökandes olika meriter. En arbetssökande som har klart sämre meriter än andra sökande kan inte anses vara i en jämförbar situation och kan därmed inte heller ha diskriminerats.⁴² I fråga om bedömningsgrunderna ovan är faktorn personlig lämplighet av en mer subjektiv natur än de övriga och därmed inte lika lätt att jämföra ifrån ett utifrånperspektiv. Arbetsdomstolen har i ovannämnda rättsfallet AD 2005 nr 69 härvidlag förklarat att en rent subjektivt betonad bedömning eller löst grundade uppgifter inte kan accepteras utan i stället att lämplighetsbedömningen skall framstå som förklarlig och förståelig för en utomstående bedömare.

Utöver egenskaper som rör meriter fastslog Arbetsdomstolen i rättsfallet AD 2011 nr 37⁴³ att de berörda anställda i fallet skulle anses vara i en jämförbar situation oberoende om de var pensionsberättigade eller ej eftersom samtliga stod inför en arbetsbristsituation. Till sist är det för detta rekvisit viktigt att se till om en person som anser sig diskriminerad i ett rekryteringsförfarande har följt grundläggande instruktioner från arbetsgivarens sida. I rättsfallet AD 2009 nr 11 fastslog Arbetsdomstolen att redan det faktum att en arbetssökandes ansökningsformulär var ofullständigt ifyllt innebar att hen inte kunde anses vara i en jämförbar situation med sökande som hade fyllt i formuläret korrekt.⁴⁴

Orsakssamband

Till sist skall det finnas ett orsakssamband mellan missgynnandet och någon av diskrimineringsgrunderna för att direkt diskriminering skall anses ha ägt rum. Sambandet kan vara mer eller mindre tydligt. Om missgynnandet följer av exempelvis en kollektivavtalsbestämmelse som uttryckligen tar sikte på personens ålder finns det ett klart orsakssamband. I flera fall är dock sambandet mindre tydligt, t.ex. när vissa egenskaper efterfrågas som har koppling till en persons ålder. Detta indirekta samband kommer behandlas vidare under avsnittet om indirekt diskriminering.

Det bör understrykas att den aktuella diskrimineringsgrunden inte behöver vara den enda eller avgörande anledningen till missgynnandet, utan det räcker att någon av diskrimineringsgrunderna är en av flera orsaker till agerandet. Ett missgynnande behöver alltså inte ske *på grund av* ålder, utan det är tillräckligt om missgynnandet *har samband med* ålder.⁴⁵

Motiven för att diskriminera en viss person kan variera. Illvilja och fördomar kan ligga bakom ett missgynnande beslut men även s.k. statistisk diskriminering, dvs. att personen tillhör en viss grupp som statistiskt sett har sämre förutsättningar eller dylikt och därmed missgynnas utan beaktande av dennas individuella förutsättningar.⁴⁶ Ett orsakssamband existerar emellertid även i de fall då den som diskriminerar felaktigt förmodar att den diskriminerade tillhör någon av diskrimineringsgrunderna. Situationen där en arbetsgivare t.ex. ger en anställd sämre löneutveckling för att han tror att den anställde är homosexuell uppfyller orsakssambandet mellan missgynnande och diskrimineringsgrunden sexuell läggning även om arbetsgivarens antagande är inkorrekt.⁴⁷ Eftersom ålder emellertid så gott som alltid är en känd uppgift inom rekryterings- och anställningsförhållanden torde den beskrivna situationen vara tämligen ovanlig i fråga om åldersdiskriminering. Det är slutligen viktigt att poängtera att det inte krävs något uppsåt att missgynna för att det skall kunna föreligga direkt diskriminering. Syftet bakom missgynnandet kan ibland tvärtom vara att skydda personen i

⁴² Prop. 2007/08:95, s. 487

⁴³ Detta fall behandlas mer ingående under avsnittet kring art. 6.1.a.

⁴⁴ Sökanden i fallet hade inte uppgett sin ålder eller hemadress i ansökningsformuläret.

⁴⁵ Prop. 2007/08:95, s. 489

⁴⁶ Christensen, s. 43f

⁴⁷ Prop. 2007/08:95, s. 489

fråga.⁴⁸ Ett exempel är en arbetsgivare som bortsorterar en yngre arbetssökandes intresseanmälan till ett nattarbete för att den förre anser att arbetet kan vara farligt för sökanden. För själva bedömningen som sådan är detta dock irrelevant, det avgörande i fall av påstådd åldersdiskriminering inom arbetslivet är om arbetsgivaren har beaktat personens ålder och att detta har lett till en missgynnande handling från den förres sida.

7.2 Indirekt diskriminering

Indirekt diskriminering innebär enligt 1 kap. 4 § p. 2 DL att ”någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med visst kön, viss könsöverskridande identitet eller uttryck, viss etnisk tillhörighet, viss religion eller annan trosuppfattning, visst funktionshinder, viss sexuell läggning eller viss ålder, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.” Rekvisiten för indirekt diskriminering kan sammanfattas i missgynnande, jämförelse och intresseavvägning.⁴⁹

Missgynnande

Indirekt diskriminering förutsätter först och främst ett missgynnande, vilket definieras på samma sätt som vid direkt diskriminering ovan. Skillnaden mot direkt diskriminering är i stället att missgynnandet inte sker till följd av ett beaktande av diskrimineringsgrunden som sådan utan till följd av ett neutralt kriterium, förfarande eller dylikt som emellertid särskilt drabbar en viss grupp. Sambandet mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden är med andra ord inte lika tydligt vid indirekt diskriminering som vid direkt diskriminering. Som det framgår nedan är förbudet mot indirekt diskriminering särskilt aktuellt i fråga om ålder.

Jämförelse

För att bedöma om exempelvis ett kriterium särskilt missgynnar en viss grupp personer behöver en jämförelse göras mellan den grupp personen i fråga tillhör och en annan grupp. Vid jämförelsen ser man till hur stor andel personer ur respektive grupp som uppfyller det uppställda kriteriet. Om resultatet visar på en betydande skillnad mellan de båda gruppernas möjligheter att typiskt sett uppfylla kriteriet talar det för att det rör sig om indirekt diskriminering. Skillnaden mellan grupperna som skall bevisas måste alltså vara betydande och skall dessutom bygga på faktiska, inte hypotetiska, jämförelser.⁵⁰ I detta avseende spelar därför statistik en viktig roll för att visa på indirekt diskriminering.⁵¹ I arbetslivsdirektivets femtonde skäl framhålls även att nationella regler i fråga om den rättsliga bedömningen av indirekt diskriminering kan innebära att samtliga medel, däribland statistiska bevis, tillämpas för att fastställa att diskriminering föreligger.

I fråga om ålder finns inom arbetslivet ett flertal faktorer som kan gynna respektive missgynna olika åldersgrupper. Om en arbetsgivare framhåller erfarenhet, anställningstid eller mognad som skäl för ett visst handlande gynnar dessa faktorer typiskt sett äldre personer, medan faktorer som fysisk styrka, datakunskap och beredvillighet att resa mycket i tjänsten tenderar att gynna yngre personer. Dyliga omständigheter utgör vanligen tecken på indirekt diskriminering och det handlar då om att pröva om dessa typiskt sett missgynnar äldre respektive yngre personer, exempelvis med hjälp av statistiskt

⁴⁸ Prop. 2007/08:95, s. 488

⁴⁹ A.prop. s. 103

⁵⁰ A.prop. s. 490-491

⁵¹ Göransson m.fl., s. 50

underlag. Om slutsatsen är att så är fallet skall det prövas om omständigheterna kan motiveras sakligt inom ramen för en intresseavvägning.⁵²

Intresseavvägning

När en domstol har konstaterat att en bestämmelse, ett kriterium eller förfarande särskilt missgynnar en viss grupp som omfattas av diskrimineringsförbudet skall densamma pröva om åtgärden trots sin negativa effekt kan vara sakligt motiverad inom ramen för en intresseavvägning. Sista rekvisitet rör alltså frågan om ett specifikt förfarande skall anses vara godtagbart eller tvärtom otillåtet som indirekt diskriminering.

För att en åtgärd som särskilt missgynnar en viss grupp skall vara tillåten måste två krav uppfyllas. För det första måste en åtgärd med en särskilt missgynnande effekt eftersträva att uppnå ett objektivt sett godtagbart och berättigat syfte. Detta syfte skall vara skyddsvärt i sig och tillräckligt betydande för att motivera dess företräde framför principen om icke-diskriminering, dvs. de missgynnade individernas rätt att inte bli diskriminerade. För det andra måste åtgärden, som alltså utgör medlet för att uppnå syftet, vara lämplig och nödvändig. Om det för att uppnå ett berättigat syfte finns andra alternativa åtgärder eller medel som inte diskriminerar eller är mindre ingripande är den missgynnande åtgärden principiellt i strid med lagen och utgör otillåten indirekt diskriminering.⁵³

Intresseavvägningen inom arbetslivet innebär i detta skede en prövning av den aktuella åtgärden utifrån verksamhetsbehovet hos den person som ansvarar för åtgärden, dvs. arbetsgivaren. Ur propositionen framgår att det berättigade syftet i fråga om verksamhetsbehov hos en arbetsgivare får anses vara dennes intresse av en väl utförd arbetsprestation.⁵⁴ Ett anställningskrav på fysisk styrka kan exempelvis vara en åtgärd för att uppnå detta syfte, även om åtgärden typiskt sett kan missgynna äldre. Åtgärden måste dock även uppfylla kravet på lämplighet och nödvändighet för att inte utgöra otillåten indirekt diskriminering. Om kravet på fysisk styrka är relevant och svarar mot ett faktiskt behov för tjänsten bör detta villkor ses som uppfyllt. Om arbetet kan utföras lika väl med alternativa åtgärder, t.ex. tillgång till enkla hjälpmedel, talar detta för att kravet inte är nödvändigt.

Förutom ett godtagbart verksamhetsbehov kan ett berättigat syfte även vara tillämpning av nationella regler kopplade till ett lands social- och sysselsättningspolitik.⁵⁵ Rörande grunden ålder har frågan kring detta syfte tilldragit sig stor uppmärksamhet, främst i förhållande till det generella undantaget från åldersdiskriminering i 2 kap. 2 § p.4 DL. Detta berättigade syfte kommer därför istället att behandlas i samband med nämnda undantagsbestämmelse.

Sammanfattningsvis bör det nämnas att bilden av hur prövningen går till i fråga om åldersdiskriminering inte blir rättvisande utan att redovisa det flertal undantagsregler som gäller för arbetslivet. Dessa kommer att behandlas mer utförligt längre fram. Beskrivningen ovan visar mer generellt hur bedömningen går till i fråga om indirekt diskriminering.

7.3 Trakasserier, sexuella trakasserier samt instruktioner att diskriminera

Trakasserier definieras i 1 kap. 4 § p. 3 DL som ett uppträdande som kränker någons värdighet och som har samband med någon av de sju diskrimineringsgrunderna. Rekvisiten för förbudet mot trakasserier, vilka inte klart framgår ur lagrummet, är missgynnande, oönskat, insikt och

⁵² Prop. 2007/08:95, s. 489-490

⁵³ A.prop. s. 491

⁵⁴ A.prop. s. 492

⁵⁵ A.prop. s. 491

orsakssamband.⁵⁶ Missgynnandet kan här exempelvis bestå i nedsättande kommentarer eller förnedrande uppförande, dock under förutsättning att dessa inte är bagatellartade. Handlingen eller beteendet skall vidare vara oönskat från den utsatta personens sida, men det krävs också att den som trakasserar är medveten om att dennes beteende kränker personen i fråga på ett diskriminerande sätt. Ett klagorande från den utsatta personen att handlingen eller beteendet upplevs som kränkande uppfyller enklast det senare rekvisitet. Till sist skall ett orsakssamband mellan den kränkande handlingen eller beteendet och någon av diskrimineringsgrunder kunna konstateras för att det skall föreligga trakasserier i lagens mening.⁵⁷

Förbudet mot sexuella trakasserier i 1 kap. 4 § p. 4 DL är uppbyggt på liknande sätt som för trakasserier med skillnaden att uppträdandet skall vara av sexuell natur. Faktorn åldern kan naturligtvis ha betydelse vid denna sorts kränkningar men eftersom ingen direkt lagmässig koppling till diskrimineringsgrunden ålder här finns kommer detta fenomen inte beskrivas närmare.

I fråga om instruktioner att diskriminera enligt 1 kap. 4 § p. 5 DL skall dessa lämnas till någon som står i ett lydnads- eller beroendeförhållande till den som lämnar instruktionen eller som åtagit sig att fullgöra ett uppdrag å dennes vägnar. Ett vanligt exempel på lydnads- eller beroendeförhållande är det mellan arbetsgivare och arbetstagare medan ett exempel på uppdragsförhållande kan vara det mellan en arbetsgivare och en arbetsförmedlare som utlyst en ledig tjänst hos den förre. Förutom ett förhållande av något av de beskrivna slagen krävs även att en missgynnande effekt inträder. Om personen som har fått instruktionen att diskriminera struntar i att följa denna har sålunda som huvudregel ingen missgynnande effekt uppstått och därmed ingen diskriminering.⁵⁸ Jämför dock i fråga om missgynnande effekt resonemanget kring rättsfallet *Feryn NV* ovan.

7.4 Bevisbörda

I fråga om rättsprocesser rörande diskriminering finns en bevisbörderegeln i 6 kap. 3 § DL som medför en bevislättning för den som anser sig diskriminerad. Bestämmelsen innebär att om denna person visar omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering eller repressalier har förekommit, går bevisbördan över till svaranden som därvid skall motbevisa detta faktum. Denna regel har sin motsvarighet i arbetslivsdirektivets artikel 10 och syftar till att underlätta för en kärende att göra sin rätt att slippa bli diskriminerad gällande.⁵⁹ När kärenden visar sådana omständigheter som nämnts och bevisbördan sålunda skiftar åvilar det arbetsgivaren att visa att missgynnandet inte har samband med någon av lagens diskrimineringsgrunder. Ett exempel på detta i rekryteringsfall kan vara att arbetsgivaren lyckas visa att kärendens ansökningshandling har kommit på villovägar och inte bedömts överhuvudtaget av arbetsgivaren. Kan arbetsgivaren visa att ett annat (icke-diskriminerande) skäl än någon av diskrimineringsgrunderna ligger bakom missgynnandet föreligger inget orsakssamband och därmed ingen diskriminering i lagens mening. Om arbetsgivaren misslyckas med detta och alla tre rekvisit är uppfyllda kommer rätten i stället att fastslå att diskriminering har ägt rum. Bevisbörderegeln i 6 kap. 3 § DL gäller för samtliga former av diskriminering som omnämns i Diskrimineringslagen.

⁵⁶ Prop. 2007/08:95, s. 492

⁵⁷ Göransson m.fl., s. 56-57

⁵⁸ Prop. 2007/08:95, s. 494-495. Se dock undantagssituationen som beskrivs på s. 495.

⁵⁹ Regeln härrör från bevisbördedirektivet 97/80/EG, se prop. 2007/08:95, s. 442

8. Undantag från diskrimineringsförbudet

I 2 kap. 2 § DL stadgas flera undantag från diskrimineringsförbudet inom arbetslivet och ingen annan diskrimineringsgrund har så många undantag som grunden ålder. Införandet av dessa undantag föranleddes av det stora antal författningar och bestämmelser som vid DL:s tillkomst ansågs skulle kunna komma i konflikt med åldersdiskrimineringsförbudet. I min framställning nedan kommer jag utgå ifrån hur undantagen presenteras i nämnda paragraf och behandla dessa utifrån doktrin och relevant praxis från Arbetsdomstolen och EU-domstolen allt eftersom. Av dessa är punkter 1, 3 och 4 relevanta i fråga om ålder. Punkt 1 rör yrkeskrav och utgör en möjlighet att beakta en viss egenskap eller förmåga hos en arbetssökande eller arbetstagarare som en merit. Härigenom aktualiseras frågor om indirekt diskriminering, men i förhållande till intresseavvägningen rörande indirekt diskriminering i 1 kap 4§ p.2 DL är rekvisiten i princip identiska och någon skillnad i prövningen kan inte urskiljas enligt min mening. Punkt 3 stadgar ett absolut undantag för åldersgränser för rätt till förmåner främst kopplade till pension. Punkt 4 slutligen utgör ett generellt undantag från diskrimineringsförbudet avseende ålder. Regeringen har i propositionen uttryckt att de utgångspunkter som gäller för prövningen av detta generella undantag är desamma som gäller för intresseavvägningen i fråga om indirekt diskriminering.⁶⁰ Med andra ord ansågs inte existensen av 1 kap 4 § p. 2 tillräcklig i fråga om ålder, och det generella undantaget kan sålunda ses som ett understrykande av de begränsningar som träffar åldersdiskrimineringsförbudet. Även i arbetslivsdirektivet ges motsvarande undantag en tämligen framskjuten plats. I anslutning till detta generella undantag kommer jag även kort beröra undantaget gällande allmän säkerhet, ordning etc. som återfinns i arbetslivsdirektivet artikel 2.5.

8.1 Verkligt och avgörande yrkeskrav

2 kap. 2 § p.1 DL föreskriver att diskrimineringsförbudet för arbetslivet i 2 kap. 1 § DL inte hindrar

”särbehandling som föranleds av en egenskap som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna om, vid beslut om anställning, befordran eller utbildning för befordran, egenskapen på grund av arbetets natur eller det sammanhang där arbetet utförs utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav som har ett berättigat syfte och kravet är lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet (.)”

Det första undantaget i 2 kap. 2 § DL tar alltså sikte på en egenskap som utgör ett ”verkligt och avgörande yrkeskrav”. Bestämmelsen har sin motsvarighet i artikel 4.1 i arbetslivsdirektivet och av p.23 i ingressen i samma direktiv framgår att detta undantag är tillämpligt under mycket begränsade omständigheter, och skall då ges en restriktiv tolkning.⁶¹ I propositionen anger regeringen att yrkeskrav bör förstås som yrkeskvalifikationer, meriter eller förutsättningar för att kunna utföra ett arbete väl. Att yrkeskravet skall vara ”verkligt” får antas syfta på att kravet inte får vara uppdiiktat och framställs som en förevändning som döljer den verkliga orsaken till varför personen missgynnas i fråga om anställnings- eller befordringsbeslutet. Att kravet därutöver skall vara avgörande innebär att det skall röra sig om den egenskap eller förmåga hos en arbetssökande som gör att hen kan utföra arbetet bättre än andra personer. Egenskapen eller förmågan motiverar därmed att en arbetssökande kan vinna försteg framför andra sökande. Kravet som uppställs måste vara lämpligt och nödvändigt, vilket innebär att det skall leda till önskat resultat och att samma resultat inte kan uppnås med andra, mindre ingripande åtgärder.⁶² Som EU-domstolen har förtydligat är det inte grunden för

⁶⁰ Prop. 2007/08:95, s. 179

⁶¹ Se även Prigge, p. 72

⁶² Prop. 2007/08:95, s. 158

särbehandlingen, såsom ålder, som måste utgöra ett verkligt och avgörande yrkeskrav, utan i stället är det egenskapen som har samband med ålder som ska uppfylla samma krav.⁶³

Som det framgår ovan är undantaget för yrkeskrav i DL endast tillämpligt i fråga om anställningar, befordran och utbildning för befordran. EU-domstolen har dock tillämpat åldersrelaterade yrkeskrav även i förhållande till anställnings upphörande när en anställd bedöms sakna de yrkeskrav som behövs för tjänsten, vilket den följande framställningen kommer visa. En sådan situation täcks dock inte av 2 kap. 2 § DL p.1, utan skulle för svenska förhållanden snarare falla in under uppsägning på grund av saklig grund enligt 7 § LAS för enskilda uppsägningar eller enligt det generella undantaget i punkt 4 i fråga om bestämmelser rörande sådan uppsägning. Att undantaget för yrkeskrav i DL inte innefattar uppsägningssituationer medför dock inget egentligt rättsligt problem i förhållande till arbetslivsdirektivet, eftersom detta som nämnts är ett minimidirektiv och förmånligare bestämmelser därmed är tillåtna. Den nämnda uppsägningssituationen kommer emellertid för enkelhets skull behandlas i detta avsnitt.

Som det kommer framgå nedan är de personer som främst påverkas av undantagsbestämmelsen yngre och äldre personer, vilket förvisso kan ses som symtomatiskt för hela åldersdiskrimineringsområdet. För att göra framställningen mer översiktlig har jag valt att dela in de åldersrelaterade yrkeskrav som behandlas i två huvudkategorier, nämligen fysiska förmågor samt trovärdighet.

8.1.1 Fysiska förmågor

Med fysiska förmågor betecknas här de egenskaper som är hänförliga till själva kroppen och sinnen. Till dessa räknas t.ex. fysisk styrka, vighet, syn, hörsel, etc. I förlängningen kan även egenskaper som uppmärksamhet, som påverkas av syn och hörsel, även inbegripas i begreppet. Själva avgränsningen i sig av olika förmågor är här dock inte särskilt viktig som sådan utan tjänar mest till för överskådlighetens skull.

Ett viktigt fall från EU-domstolen rörande artikel 4.1 och yrkeskrav kopplade till fysisk förmåga är rättsfallet *Wolf* (mål C-229/08) från 2008. Fallet rörde Colin Wolf som ansökte om en tjänst på mellannivå inom brandkårens tekniska avdelning i Frankfurt am Main. Wolf nekades anställning med hänsyn till att han överskred den lagreglerade övre åldersgränsen om 30 år som tillämpades på sådana tjänster. Wolf inledde härpå en skadeståndstalan och den tyska förvaltningsdomstolen ställde i en begäran om förhandsavgörande flertalet frågor till EU-domstolen främst rörande under vilka omständigheter en sådan åldersgräns kunde vara berättigad. Dessa frågor anknöt till det generella undantaget i artikel 6.1 men EU-domstolen valde i stället att bedöma fallet efter frågan om yrkeskrav enligt artikel 4.1. Den tyska regeringen hade anfört att det mål som eftersträvades med åldersbestämmelsen var att säkerställa en funktionsduglig och välfungerande yrkesbrandkår. Domstolen konstaterade att brandkåren utgjorde en del av räddningstjänsten och att arbetslivsdirektivet enligt dess ingress p. 18, vari fastslogs det legitima kravet på funktionsduglighet för räddningstjänst, inte fick medföra ett åläggande att anställa eller ge fortsatt anställning åt personer som inte besitter den förmåga som krävs för att utföra samtliga uppgifter som de kan åläggas att utföra.⁶⁴ Följaktligen ansåg EU-domstolen att säkerställandet av en funktionsduglig och välfungerande yrkesbrandkår var ett berättigat mål inom ramen för artikel 4.1.

Vidare analyserade domstolen den aktuella tjänstens arbetsuppgifter och fastslog att kravet på en särskilt hög fysisk kapacitet kunde anses vara ett verkligt och avgörande yrkeskrav i enlighet med

⁶³ Wolf, p. 35

⁶⁴ Wolf, p.38

artikel 4.1 för att få utföra arbetsuppgifterna.⁶⁵ Med forskningsrön som underlag fastslog domstolen även att den höga fysiska kapacitet som brandmannatjänsten krävde var knuten till åldern hos den anställde.⁶⁶ Rörande proportionalitetsbedömningen anförde den tyska regeringen organisatoriska skäl. Den menade att 30-årsgränsen syftade till att de anställda skulle kunna jobba en rimligt lång period med de fysiskt krävande uppgifterna innan de anställda tilldelades mindre betungande uppgifter vilket skedde vid 45 respektive 50 år. Nyanställning av äldre skulle därmed medföra att en för stor andel av de anställda inte kunde utföra de fysiskt krävande arbetsuppgifterna. Den tyska regeringen anförde här till kravet att brandkåren organiseras på ett rimligt sätt. Domstolen instämde i detta och fastslog att antalet tjänster som var fysiskt krävande, och därmed olämpliga för äldre, behövde stå i rimlig relation till antalet tjänster som var mindre fysiskt krävande, och därmed lämpliga för äldre.⁶⁷ Domstolen fann därför att åldersgränsen var lämplig för att uppnå målet att säkerställa en funktionsduglig och välfungerande yrkesbrandkår och att den inte gick utöver vad som krävdes för att uppnå detta mål.

Som fallet *Wolf* visar kan undantaget för verkligt och avgörande yrkeskrav rättfärdiga även fall av direkt åldersdiskriminering, eftersom den aktuella bestämmelsen uttryckligen tog fasta på sökandens ålder. Vanligtvis vid fall av direkt åldersdiskriminering skall svaranden motbevisa att missgynnandet hade samband med personens ålder för att undgå ansvar. Här får det nämnda undantaget i stället till följd att en intresseavvägning liknande den vid indirekt diskriminering i stället skall tillämpas där arbetsgivaren kan framföra verksamhets- och organisationsskäl som skall vägas mot den enskildes individens skada. Detta innebär naturligtvis en betydande nackdel ur den enskildes perspektiv, men vi bör också komma ihåg att domstolens argumentation i fallet *Wolf* rörde ett specifikt yrkesområde, brandkåren, där organisationen var uppbyggd på ett speciellt sätt. Den i målet aktuella arbetsorganisationen var en starkt bidragande orsak till att bestämmelsen, trots den betydande inskränkningen att alla personer över 30 år automatiskt nekades anställning, sågs som lämplig och nödvändig i enlighet med artikel 4.1 av domstolen. Eftersom sättet på vilket en arbetsverksamhet organiseras varierar mellan olika branscher är det mycket möjligt att domstolen skulle komma till en annan slutsats i ett annat fall. Vi bör därför inte överdriva den omfattning i vilken undantaget för verkligt och avgörande yrkeskrav är tillämpligt i fråga om rekrytering. En sådan inställning stämmer även överens med den restriktiva tolkning av utrymmet för undantag som redan har nämnts. Rättsfallet illustrerar även svårigheten att göra en skarp distinktion mellan direkt och indirekt diskriminering.

Rättsfallet ovan behandlade frågan om yrkeskrav vid rekrytering. Ett fall som i stället rörde frågan om en anställnings upphörande på grund av bristande fysisk förmåga var fallet *Prigge* (mål C-447/09). Målet rörde tillåtligheten av ett tyskt kollektivavtal tillämpligt på flygbolaget Deutsche Lufthansas piloter vilket stipulerade automatiskt upphörande av anställningen vid 60 års ålder för dessa. Enligt både nationella och internationella regler hade dock piloter rätt att, med vissa restriktioner, utöva sitt yrke fram till 65 års ålder. Syftet med åldersgränsen på 60 år angavs vara att garantera flygsäkerheten. Åldersgränsen prövades mot såväl artikel 4.1 som artikel 2.5 och 6.1 i arbetslivsdirektivet, och domstolens slutsatser kring de två senare artiklarna berörs längre fram. I förhållande till artikel 4.1 konstaterade dock EU-domstolen att piloter måste besitta vissa fysiska förmågor, eftersom fysiska brister hos dessa yrkesutövare kan få allvarliga konsekvenser, och att det inte gick att bestrida att de fysiska förmågorna försämras med åldern. Att besitta dessa förmågor, som alltså var åldersrelaterade, ansågs följaktligen utgöra ett verkligt och avgörande yrkeskrav enligt artikel 4.1 för att få utöva

⁶⁵ Wolf, p.40. Bland arbetsuppgifterna nämndes exempelvis att bekämpa bränder, rädda människor i nöd samt utföra olika uppgifter kopplade till miljöskydd.

⁶⁶ Wolf, p.41

⁶⁷ Wolf, p.43

pilotyrket.⁶⁸ Att garantera flygsäkerheten ansågs vidare av domstolen vara ett berättigat mål i enlighet med samma artikel. Åldersgränsen på 60 år avvek dock från motsvarande gräns i nationell och internationell rätt som med vissa restriktioner var 65 år. Eftersom inga skäl framgick till varför piloter efter 60 års ålder inte skulle anses besitta behövliga fysiska förmågor ansåg domstolen att åldersgränsen var oproportionerlig och därmed utgjorde åldersdiskriminering.

Det framgår av fallet *Prigge* att EU-domstolen accepterar att en viss ålder fastställs inom en bransch när en anställd inte skall anses besitta de fysiska förmågor som krävs för en viss tjänst. Med tanke på skiftande individuella förutsättningar är det klart att en sådan generellt fastställd åldersgräns drabbar arbetstagare som fortfarande uppfyller kraven på fysiska förmågor trots att de har uppnått den fastställda åldersgränsen. I den mån personalstyrkan kan anordnas på ett flexibelt sätt är det naturligtvis en fördel, t.ex. små förändringar i arbetsförhållanden som underlättar för de äldre. Möjligheten för den som vill att kunna jobba längre, t.ex. för att tjäna in en högre pension men även känna social delaktighet, är ett intresse som EU också särskilt har belyst och lyft fram.⁶⁹ Det står dock klart att detta intresse oftast får ge vika samtidigt som de behövliga fysiska förmågorna gör det. Punkt 17 i ingressen till arbetslivsdirektivet anger att direktivet inte innebär något krav att anställa, befordra, utbilda eller ge fortsatt anställning till personer som saknar kompetens eller förmåga eller som inte står till förfogande för att utföra den aktuella tjänstens grundläggande uppgifter. Finns det då något alternativ till en generellt fastställd åldersgräns som nämnts ovan? En möjlighet är regelbundna tester för att avgöra om den anställde har de fysiska förmågor som krävs för tjänsten. Det finns dock flera nackdelar med en sådan lösning. Till viss del kan ökade kostnader och problem med bedömningsfrågor och gränsdragning i samband med testen uppstå. En extra känslig fråga är emellertid det implicita ifrågasättandet av en anställds arbetsförmåga som förfarandet medför. Det finns här en ansenlig risk att den anställde känner sig utpekad i egenskap av äldre arbetstagare. Problematiken anknyter här till syftet att undvika att anställningar avslutas under förödmjukande former på grund av arbetstagarens höga ålder, som har åberopats i förhållande till undantaget i artikel 6.1.⁷⁰ Om arbetsbördan kan anpassas efter individuella förutsättningar är det givetvis en fördel för den enskilde arbetstagaren men sammantaget torde generellt fastställda åldersgränser vara en passande åtgärd i det här fallet för att undvika konflikter och förödmjukande avgångar. Som EU-domstolen dock framhåller i fallet *Prigge* får inte en sådan åldersgräns avvika från motsvarande gräns i nationell och internationell lagstiftning utan att det kan speciellt motiveras.

Fallen visar sammanfattningsvis att EU-domstolen accepterar att arbetsgivare sätter upp generella uttryckliga åldersgränser hänförliga till yrkeskrav för tjänsten både vid rekrytering och vid anställnings upphörande. Hänsyn till organisationskäl hos den berörda verksamheten kan även medföra, åtminstone i rekryteringsfall, att en relativt stor del av arbetskraften missgynnas på grund av ålder i förhållande till den aktuella åtgärden. I de fall en uttrycklig åldersgräns anges för anställnings upphörande inom en viss yrkeskategori på nationell eller internationell nivå får kollektivavtal däremot inte stadga en lägre åldersgräns utan att det kan speciellt motiveras. Synnerligen starka argument torde enligt min mening krävas för att rättfärdiga en sådan inkoherens.

8.1.2 Trovärdighet

Yrkeskravet rörande trovärdighet har inte någon egentlig koppling till arbetstagarens fysiska möjligheter att utföra sitt arbete utan knyter snarare an till hur andra människor uppfattar personen. Detta krav bygger på att arbetstagaren i sin yrkesroll skall uppfattas som trovärdig av sin omgivning.

⁶⁸ Prigge, p. 67

⁶⁹ Se t.ex. nämnda artikel 15.1 i EU-stadgan

⁷⁰ Se rättsfallen *Rosenblatt* och *Hörnfeldt* längre ner.

I propositionen anges som ett exempel kravet att en skådespelare har en viss ålder för att en teaterföreställning skall framstå som äkta eller verklighetstrogen. Ett annat specialfall som omnämns är organisationer som med hänsyn till verksamhetens ändamål och speciella förutsättningar bör kunna väga in åldershänsyn i ett anställnings- eller befodringsbeslut. En ideell organisation för pensionärer eller ungdomar bör därför kunna kräva att den som företräder organisationen själv är i samma ålder som de medlemmar hen skall representera baserat på faktorerna trovärdighet och medlemmarnas identifiering med organisationen.⁷¹ Som nämnts tidigare är det inte åldern i sig som gör att personen kan utföra arbetet bättre än personer ur en annan åldersgrupp utan i stället den trovärdighet som åldern medför i sammanhanget. Eftersom trovärdigheten grundar sig på olika individers subjektiva uppfattningar är detta yrkeskrav ytterst svårdefinierat och kan enligt min mening endast bedömas från fall till fall. Det finns hittills inga rättsfall rörande frågan och någon specifik vägledning går inte heller att hämta ur arbetslivsdirektivet. Den subjektiva faktorn ökar givetvis risken för att undantaget tillämpas godtyckligt. Det är därför viktigt som regeringen fastslår i propositionen att undantaget endast är tillämpligt på de personer som företräder en verksamhet eller syns i förhållande till medlemmar eller gentemot allmänheten. Undantaget bör inte kunna åberopas av arbetsgivaren till stöd för att samtliga anställda oavsett arbetsuppgifter skall ha den ålder som organisationen främjar eller förknippas med.⁷²

Undantaget för yrkeskrav rörande trovärdighet har ännu inte prövats rättsligt vilket måhända inte är så förvånande med tanke på dess begränsade tillämpningsområde. Kravet som sådant aktualiseras endast enligt 2 kap 2 § p.1 DL i fråga om anställning, befodrings och utbildning för befodrings och gäller inte vid upphörande av anställning. Med tanke på de förhållandevis hypotetiska och konstlade situationer som resonemang om anställnings upphörande grundat på yrkeskrav rörande trovärdighet tenderar att frambringa är detta inte förvånande. Sammantaget bör som ovan framgått yrkeskrav rörande trovärdighet endast inom vissa specifika yrkesområden och i vissa specifika fall kunna motivera undantag från åldersdiskrimineringsförbudet, och undantaget skall då som nämnts tidigare tolkas restriktivt.

8.2 Åldersgränser för pensionsförmåner etc.

I 2 kap. 2 § p.3 DL finns ett undantag från åldersdiskrimineringsförbudet i fråga om ”tillämpning av åldersgränser för rätt till pensions-, efterlevande- eller invaliditetsförmåner i individuella avtal eller kollektivavtal(.)” Detta undantag bygger på artikel 6.2 i arbetslivsdirektivet som ger medlemsstaterna möjlighet att införa undantag från diskrimineringsförbudet för åldersgränser som anger när enskilda personer kan komma i fråga för pensions- eller invaliditetsförmåner enligt företags- och yrkesbaserade system för social trygghet.⁷³ Orsaken till denna undantagsmöjlighet får anses härröra från p. 13 i ingressen till arbetslivsdirektivet som säger att direktivet inte gäller system för social trygghet och socialt skydd vilkas förmåner inte kan jämföras med lön.⁷⁴ Utöver sådana system i statlig regi kan medlemsstaterna alltså även undanta företags- och yrkesbaserade trygghetssystem.

Ålders-, efterlevande- och invalidförmånerna som omnämns regleras vanligen i kollektivavtal men kan också återfinnas i individuella avtal. De åldersgränser som är vanliga i dessa kollektivavtal syftar till att ange för vem och när en viss förmån gäller. Den svenska regeringen ansåg i propositionen att det

⁷¹ Prop. 2007/08:95, s. 160

⁷² A.prop. s. 160

⁷³ A.prop. s. 177

⁷⁴ Termen lön skall här bedömas utifrån den betydelse termen fått vid tillämpningen av artikel 157 FEUF.

skulle vara svårt att ersätta åldersgränserna med andra kriterier och att systemet på det stora hela fungerade väl, varför undantaget i 2 kap. 2 § p.3 DL infördes.⁷⁵

Undantagsbestämmelsen är absolut på så sätt att ingen avvägning behöver göras mellan olika intressen för att undantaget skall vara tillämpligt. Åldersgränser avseende ålders-, efterlevande- och invalidförmåner är alltså generellt tillåtna, dock på villkor att de i enlighet med artikel 6.2 i arbetslivsdirektivet inte får leda till könsdiskriminering. Olika åldersgränser baserat på kön för när en förmån utfaller är ett sådant otillåtet exempel. Som jämförelse kan nämnas rättsfallet *Kleist* (mål C-356/09) där domstolen fann att olika åldersvillkor grundat på kön för anställnings upphörande i samband med pension utgjorde direkt könsdiskriminering.⁷⁶ Ett kollektivavtal kan alltså vara förenligt med åldersdiskrimineringsförbudet på samma gång som det strider mot könsdiskrimineringsförbudet,⁷⁷ vilket innebär att avtalet kan attackeras utifrån det senare förbudet.

8.3 Det generella undantaget för ålder

I fjärde punkten i 2 kap. 2 § DL anges att det ovan beskrivna diskrimineringsförbudet inte hindrar särbehandling på grund av ålder, om den har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Undantagsbestämmelsen har sin grund i artikel 6.1 i arbetslivsdirektivet, vilken godtar särbehandling på grund av ålder som på ett objektiva och rimligt sätt inom ramen för nationell rätt kan motiveras av ett berättigat mål som särskilt rör sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning samtidigt som sätten för att genomföra syftet är lämpliga och nödvändiga. Under tre punkter i artikeln listas även exempel på olika åtgärder som kan anses berättigade, vilka jag återkommer till längre fram.

Bestämmelsen utgör en från åldersdiskrimineringsförbudet generell undantagsregel, och nationella domstolar har i hög grad behövt vägledning från EU-domstolen i fråga om regelns tolkning.⁷⁸ I det följande kommer de olika rekvisiten för regelns tillämpning att behandlas. Vad gäller orden ”mål” och ”syfte” används dessa omväxlande i både direktivet och i EU-domstolens praxis och någon skillnad i sak kan enligt min mening inte urskönjas mellan de två i detta avseende. Med ordet ”åtgärd” avses i det följande en särbehandlande åtgärd som har en diskriminerande effekt.

8.3.1 Berättigat mål eller syfte

Särbehandling grundad på ålder skall för att anses rättfärdigad först och främst kunna motiveras av ett berättigat mål eller syfte. För att ett mål skall vara berättigat skall målet som nämnts särskilt röra sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning i enlighet med artikel 6.1 i arbetslivsdirektivet. I fallet *Age Concern England* (mål C-388/07) väckte en välgörenhetsorganisation med samma namn talan mot brittiska regeringen för felaktig implementering av arbetslivsdirektivet och menade att direktivet innebar en skyldighet att lista den särbehandling som kan anses berättigad enligt artikel 6.1. EU-domstolen förklarade att berättigad särbehandling skall röra socialpolitiska mål som är av allmänintresse och som skiljer sig från rent individuella skäl hänförliga till en arbetsgivares situation.⁷⁹ Domstolen klargjorde därefter dock att medlemsstaterna inte har någon skyldighet att införa en särskild förteckning över vilka former av särbehandling som kan motiveras av ett berättigat mål.⁸⁰ Exempelen i artikel 6.1 utgör alltså ingalunda en uttömmande lista. Annan särbehandling

⁷⁵ Prop. 2007/08:95, s. 177

⁷⁶ Jämför i sammanhanget även rättsfallet *Lindorfer* (mål C-227/04) gällande beräkning av pensionsrättigheter.

⁷⁷ Prop. 2007/08:95, s. 178

⁷⁸ Fransson, Stüber, s. 130

⁷⁹ *Age Concern England*, p. 46. Exempel på rent individuella skäl som anges är kostnadsminimering och förbättrad konkurrenskraft.

⁸⁰ *Age Concern England*, p. 43

grundad på ålder än den som angivits kan tillåtas av medlemsstaterna i enlighet med deras rättstraditioner och politiska prioriteringar, under förutsättning att övriga krav enligt artikel 6.1 är uppfyllda.⁸¹ Att det saknas en precisering av syftet bakom nationell lagstiftning innebär inte heller att en särbehandling automatiskt inte skall kunna anses motiverad. Det är dock i ett sådant fall viktigt att en domstol utifrån sammanhanget kan fastställa syftet bakom särbehandlingen genom att ta del av andra uppgifter.⁸² Medlemsstaterna har i sammanhanget tillerkänts ett stort utrymme för skönmässig bedömning ifråga om både vilket konkret socialpolitiskt mål bland flera som skall eftersträvas men även vilka åtgärder som kan anses lämpliga för att genomföra målet, och detta gäller även i förekommande fall arbetsmarknadsparter på nationell nivå.⁸³ Orsaken kan enligt min mening spåras till EU:s begränsade kompetens inom det socialpolitiska området och att frånvaron av ett brett tolkningsutrymme i detta avseende skulle kunna ses som ett inkräktande på medlemsstaternas nationella rättsordningar. Detta tolkningsutrymme för medlemsstaterna får dock inte sträckas så långt att principen om förbud mot åldersdiskriminering blir verkningslös. Allmänna påståenden från medlemsstatens sida att en åtgärd tjänar ett socialpolitiskt mål räcker inte för att åtgärden skall anses motiverad och undantaget tillämpligt.⁸⁴ Medlemsstaten har bevisbördan för att det åberopade målet eller syftet är berättigat och beviskraven är härvid högt ställda.⁸⁵ Det finns dock inget som hindrar att en medlemsstat anför flera socialpolitiska mål samtidigt som grund för en åtgärd. Förekomsten av flera samtidiga mål hindrar inte heller att dessa i sig är berättigade i enlighet med undantagsbestämmelsen i artikel 6.1.⁸⁶ Målen kan till sin natur hänga samman med varandra eller utgöra mer separata mål som kan rangordnas.⁸⁷ I florin av rättsfall från EU-domstolen är det relativt vanligt att flera mål åberopas som grund för särbehandling, vilket inte är särskilt förvånande med tanke på de komplexa strukturer som existerar inom det arbetsmarknads- och socialpolitiska området.⁸⁸

Utöver detta har medlemsstaten även möjligheter att variera de åtgärder som vidtas för att eftersträva ett berättigat mål med hänsyn till skiftande förhållanden i medlemsstaten. Den konkreta situationen på arbetsmarknaden kan exempelvis föranleda att en medlemsstat antingen höjer eller tvärtom sänker en lagstadgad pensionsålder.⁸⁹ De nationella myndigheterna kan alltså anpassa sina åtgärder efter den rådande situationen i sin strävan att uppnå ett berättigat mål.

8.3.2 Lämplighet, nödvändighet och proportionalitet

Som framgår av artikel 6.1 skall sätten för att genomföra ett berättigat mål vara lämpliga och nödvändiga samtidigt som det även ställs krav på proportionalitet. I praxis upprätthålls dock inte någon skarp distinktion mellan dessa begrepp utan i flera fall gör domstolen istället en sorts helhetsbedömning avseende rekvisiten. I stället för separata rekvisit som behandlas var för sig verkar det alltså snarare röra sig om en övergripande viktning av allmänna och enskilda intressen. Med anledning av detta kommer även jag att behandla dessa rekvisit i ett samlat sammanhang.

När domstolen har fastställt att ett mål bakom en åtgärd kan ses som berättigat skall densamma pröva om åtgärden är lämplig och nödvändig för att uppnå det avsedda målet. Som EU-domstolen slog fast i fallet *Age Concern England* skall denna prövning ske med beaktande av samtliga relevanta

⁸¹ Prop. 2007/08:95, s. 173

⁸² Palacios de la Villa, p. 56-57

⁸³ Rosenblatt, p. 41

⁸⁴ *Age Concern England*, p. 51

⁸⁵ *Age Concern England*, p. 65

⁸⁶ Fuchs och Köhler, p. 44

⁸⁷ Fuchs och Köhler, p. 46

⁸⁸ Frågan om koherens mellan olika åberopade mål behandlas i samband med rättsfallet *Hütter* nedan.

⁸⁹ Palacios de la Villa, p. 69

omständigheter och med hänsyn till vilka andra medel som står till buds för att uppnå det berättigade målet.⁹⁰ I förhållande till denna bedömning har domstolen även här dock understrukt det stora skönsrättsliga utrymme medlemsstaterna har när det gäller valet av åtgärder för att uppnå ett berättigat mål, vilket emellertid inte får innebära att principen om förbud mot åldersdiskriminering undermineras.⁹¹

I fråga om bedömningen av proportionalitet innebär proportionalitetsprincipen att det vid varje avsteg från en individuell rättighet skall göras en avvägning mellan likabehandlingsprincipen och de krav som ett berättigat mål är förenat med.⁹² Annorlunda uttryckt skall åtgärden som prövas sättas in i sitt rättsliga sammanhang och domstolen skall beakta både den skada som åtgärden kan medföra för enskilda personer samt den nytta densamma innebär för samhället i stort och dess medborgare.⁹³ Vid bedömningen ser domstolen till om åtgärden i det enskilda fallet går utöver vad som behövs för att uppnå ett berättigat mål. Om mindre ingripande åtgärder för att uppnå samma mål finns till hands är åtgärden inte proportionell och utgör därmed åldersdiskriminering.

Med utgångspunkt i punkterna med exempel på berättigade åtgärder i artikel 6.1 kommer jag nedan behandla förarbetsuttalanden samt praxis, övervägande från EU-domstolen, för att belysa omfattningen och karaktären hos den generella undantagsbestämmelsen rörande ålder.

8.3.3 Artikel 6.1. a)

”a) Införande av särskilda villkor för tillträde till anställning och till yrkesutbildning, anställnings- och arbetsvillkor, inbegripet villkor för avskedande och löner, för ungdomar och äldre arbetstagare samt underhållsskyldiga personer i syfte att främja deras anställbarhet eller att skydda dem.”

Ett flertal av de rättsfall som prövats i förhållande till det generella undantaget i artikel 6.1 kan hänföras till de beskrivna åtgärderna i punkten a) i samma artikel. Indelade efter några övergripande rubriker kommer dessa att behandlas nedan.

8.3.3.1 Upphörande av anställning i samband med pension

Fallet *Palacios de la Villa* (mål C-411/05) gällde en nationell bestämmelse som tillät kollektivavtalsvillkor om obligatorisk pensionering av arbetstagare som uppnått pensionsålder, i lagstiftningen fastställd till 65 år, samt uppfyllde kraven för rätt till avgiftsbaserad pension. Domstolen konstaterade i sin dom att bestämmelsen hade införts som en åtgärd i en nationell politik för att ”främja tillgången på arbete genom en bättre fördelning av arbetet mellan generationerna”.⁹⁴ Därmed fann domstolen att syftet med den nationella bestämmelsen var att reglera den nationella arbetsmarknaden för att bland annat minska arbetslösheten⁹⁵ och att ett sådant sysselsättningspolitiskt mål utan tvekan kunde anses berättigat.⁹⁶ Domstolen konstaterade vidare att den spanska regeringens uppfattning att bestämmelsen var lämplig och nödvändig för att uppnå det åsyftade målet inte framstod som orimlig.⁹⁷ Härvid fästes vikt vid att bestämmelsen inte bara tog hänsyn till ålder utan även beaktade att de berörda arbetstagarna kom i åtnjutande av en ekonomisk kompensation i form av en ålderspension vars nivå inte kunde anses oskälig.⁹⁸ Den kränkning bestämmelsen innebar, dvs.

⁹⁰ Age Concern England, p. 50

⁹¹ Ole Andersen, p. 33

⁹² Mangold, p. 65

⁹³ Rosenblatt, p. 73

⁹⁴ *Palacios de la Villa*, p. 53

⁹⁵ *Palacios de la Villa*, p. 62

⁹⁶ *Palacios de la Villa*, p. 64

⁹⁷ *Palacios de la Villa*, p.72

⁹⁸ *Palacios de la Villa*, p. 73

berövandet av de berörda arbetstagarnas möjlighet att arbeta kvar och därigenom tjäna in ytterligare lön och pensionsrättigheter, uppvägdes alltså till del av den ålderspension de var berättigade till när anställningen sålunda upphörde. Domstolen pekade även i sammanhanget på möjligheten för arbetsmarknadens parter att ”med en icke obetydlig flexibilitet” genom kollektivavtal nyttja systemet med obligatorisk pensionering och därmed anpassa reglerna efter inte bara den övergripande situationen på arbetsmarknaden utan också efter olika särdrag hos de berörda anställningarna.⁹⁹

Rosenblatt (mål C-45/09) rörde giltigheten av ett allmängiltigförklarat kollektivavtal för städbranschen som innebar att anställningen automatiskt upphörde när arbetstagaren uppnådde pensionsålder, i målet 65 år, såvida inget annat hade avtalats. Avtalet grundades på en nationell bestämmelse som inte medförde någon skyldighet till obligatorisk pensionsavgång som sådan när arbetstagaren fyllt 65 år, men som däremot gav arbetsgivare och arbetstagare rätten att enskilt eller i kollektivavtal komma överens om hur anställningsförhållanden ska upphöra när pensionsåldern har uppnåtts.¹⁰⁰ Gisela Rosenblatt, som arbetade som deltidsanställd städerska, blev till följd av bestämmelsen meddelad att hennes anställningsavtal skulle upphöra vid utgången av den månad hon fyllde 65 år och gjorde gällande att bestämmelsen var åldersdiskriminerande. Den tyska regeringen angav att syftet bakom liknande bestämmelser byggde på tanken om arbetsfördelning mellan generationerna, men även innebar fördelen att arbetsgivarna inte tvingas säga upp arbetstagare på grund av att de inte längre är lämpliga för arbetet, vilket skulle kunna vara förödmjukande för dem som uppnått hög ålder. EU-domstolen fastslog först att automatisk avgångsskyldighet vid uppnådd pensionsålder ”kan i princip inte anses innebära att de berörda arbetstagarnas berättigade intressen skadas på ett orimligt sätt.”¹⁰¹ Med hänvisning till *Palacios de la Villa* godkände domstolen vidare målet att främja sysselsättningen genom arbetsfördelning mellan generationerna som berättigat, men uttalade sig dock inte i fråga om förödmjukande uppsägningar.¹⁰² Domstolen framhöll därefter att den aktuella bestämmelsen inte medför att arbetsgivaren ensidigt får avsluta anställningen när arbetstagaren har uppnått pensionsålder och situationen skiljer sig därmed från uppsägning av anställningsavtalet. I anknytning till detta underströk även domstolen, i likhet med fallet *Palacios de la Villa*, möjligheten för arbetsmarknadsparterna att genom kollektivavtal reglera olika anställningsförhållanden i relation till bestämmelsen.¹⁰³ Även här framlyftes alltså möjligheten till kollektivavtalsreglering som en omständighet som kan anses tala för att lämplighets- och nödvändighetsrekvisitet är uppfyllt.

Ett intressant spørsmål som också berördes i förhållande till detta rekvisit var frågan om en skälig pension. Rosenblatts pension enligt den lagstadgade ålderspensionsförsäkringen var mycket låg¹⁰⁴ och domstolen uttalade att lokalvårdssektorns deltidsanställningar och låga löner innebar att pensionen inte räcker för att arbetstagarnas grundläggande behov ska kunna tillgodoses.¹⁰⁵ Domstolen förklarade dock i det följande att den enskildes intresse här skall vägas mot de övergripande samhällsfördelar som den aktuella regeln om avgångsskyldighet medför.¹⁰⁶ I sammanhanget påpekades bland annat att bestämmelsen inte på något sätt innebar att arbetstagaren hindrades från att fortsätta sin yrkesverksamhet och därmed tvingades lämna arbetsmarknaden för gott. Något obligatoriskt system för automatisk pensionering infördes alltså inte. Domstolen framhöll också att bestämmelsen inte tillät

⁹⁹ *Palacios de la Villa*, p. 74

¹⁰⁰ *Rosenblatt*, p. 39

¹⁰¹ *Rosenblatt*, p. 47

¹⁰² EU-domstolen kom i stället att ta ställning till detta motiv i rättsfallet *Hörnfeldt* som beskrivs längre ner.

¹⁰³ *Rosenblatt*, p. 49

¹⁰⁴ 253 euro per månad, eller 228 euro netto.

¹⁰⁵ *Rosenblatt*, p. 71

¹⁰⁶ *Rosenblatt*, p. 73

att personer vars anställningsavtal hade upphört till följd av bestämmelsen nekades anställning med hänvisning till ålder, oavsett om anställningen gällde en tidigare arbetsgivare eller en ny.¹⁰⁷ Därmed, ansåg domstolen, förlorar inte en sådan arbetstagare sitt skydd mot åldersdiskriminering och bestämmelsen ansågs inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det berättigade målet.

Domen i *Rosenblatt* reducerar enligt min mening kraftigt den betydelse kriteriet ”skälig pension” skall tillmätas i situationer när den enskildes intresse ställs mot den samlade samhällsnyttan. Det är intressant att domstolen i fallet understryker möjligheten till att söka ny anställning eftersom undantagsexemplet i artikel 6.1 c, som kommer beröras längre ned, innebär just en möjlighet för arbetsgivaren att under vissa omständigheter i rekryteringssammanhang neka äldre arbetstagare anställning med hänsyn till deras ålder.

Sett ur ett mindre perspektiv, i förhållande till arbetsgivarens verksamhet, kan rätten till ålderspension ibland användas som en mekanism i exempelvis arbetsbristsituationer. I propositionen omnämns situationer där arbetsgivare i samband med neddragning av verksamhet eller turordningsförhandlingar erbjuder äldre anställda ålderspension eller liknande ersättning. Tanken är att yngre anställda på så vis kan ha kvar sina anställningar medan de äldre lämnar sina tjänster mot ersättning. Enligt regeringen skall sådana regler eller förfaranden anses ha ett berättigat syfte.¹⁰⁸

Åldersfrågan i samband med dylika situationer kom att prövas särskilt i rättsfallet AD 2011 nr 37. Flygbolaget SAS och fackförbundet för SAS kabinanställda kom i en arbetsbristsituation överens om en turlista som innebar att tjänstepensionsberättigade arbetstagare, vilket enligt gällande kollektivavtal var personer över 60 år, skulle sägas upp med hänvisning till att deras försörjning på så sätt redan var tryggad. Parterna avtalade även bort dessa arbetstagares företrädesrätt till återanställning. Diskrimineringsombudsmannen förde talan för 25 anställda som berördes av åtgärden och gjorde gällande åldersdiskriminering. Arbetsgivarparterna åberopade å sin sida att syftet hade varit att trygga försörjningen för samtliga kabinanställda i den rådande arbetsbristsituationen. Arbetsdomstolen uttalade med hänvisning till EU-praxis att syftet skulle kunna vara berättigat som en del av den nationella sysselsättningspolitiken, men fann emellertid att turordningslistan i praktiken haft samma innebörd som ett kollektivavtal om avgångsskyldighet vid viss uppnådd ålder skulle ha haft. Därmed ansågs denna och uppsägningarna därav strida mot 32 a-33 §§ LAS och rätten att kvarstå i anställningen till 67 år, den så kallade 67-årsregeln, eftersom avgångsskyldigheten här inföll före 67 års ålder. Eftersom domstolen således fann att turordningslistan och uppsägningarna stred mot syfte och innehåll i tvingande nationell lagstiftning kunde dessa inte ses som lämpliga åtgärder och utgjorde därför åldersdiskriminering.

Arbetsdomstolens argumentation kan dock ifrågasättas. Rätten att kvarstå i anställningen till 67 års ålder är inte ovillkorlig utan gäller endast om inte något annat följer av anställningsskyddslagens bestämmelser, exempelvis att det föreligger saklig grund för uppsägning. Arbetsbrist utgör typiskt sett saklig grund för uppsägning och var i målet den bakomliggande orsaken till överenskommelsen mellan SAS och fackförbundet. Domstolen lät dock inte bedömningen påverkas av detta faktum utan gav i detta avseende i stället en vidare tillämpning åt 67-årsregeln.¹⁰⁹ I förhållande till förarbetsuttalandena ovan uttryckte domstolen att dessa kunde ge stöd för att i fallet ge anställda mellan 55 och 60 år erbjudanden om frivillig "förtidspension". Uttalandena kunde däremot inte tolkas som stöd för en överenskommen turordningslista där äldre anställda sägs upp på grund av att de är tjänstepensionsberättigade före 67 års ålder.

¹⁰⁷ Rosenblatt, p. 74-75

¹⁰⁸ Prop. 2007/08:95, s. 181

¹⁰⁹ Numhauser-Henning (2), s. 148

Arbetsdomstolen ansåg alltså att åtgärden inte var berättigad eftersom den stred mot den nämnda 67-årsregeln. Regeln består som framgått av två paragrafer. Medan 32 a § LAS behandlar anställningsförhållandena fram tills den anställde är 67 år rör 33 § LAS den specifika situationen när arbetstagaren uppnår samma ålder. Arbetsgivaren kan då utan krav på saklig grund säga upp den anställde genom skriftligt besked minst en månad i förväg. Denna möjlighet gäller endast vid tillfället när arbetstagaren fyller 67 år och Numhauser-Henning har träffande beskrivit regeln som ett ”fönster” som öppnas för att sedan stängas igen.¹¹⁰ Efter detta tillfälle krävs i princip ånyo saklig grund för uppsägning. Anställda som har fyllt 67 år har dock i enlighet med 33 § 3 st. högst en månad uppsägningsperiod och saknar även företrädesrätt till anställning enligt lagen.

Frågan om den nämnda regelns förenlighet med EU-rätten kom relativt kort efter SAS-målet upp i fallet AD 2012 nr 3 vilket ledde till förhandsavgörandet *Hörnfeldt* (mål C-141/11) från EU-domstolen. Målet rörde en postanställd med samma namn som med hänvisning till 32 a-33 § LAS sades upp vid 67 års ålder. Den anställde väckte talan mot beslutet och menade att 67-årsregeln utgjorde åldersdiskriminering i strid med arbetslivsdirektivet. Den svenska regeringen anförde inför EU-domstolen ett flertal syften bakom 67-årsregeln, däribland undvikande av förödmjukande uppsägningar hänförliga till hög ålder, anpassning till den demografiska utvecklingen och risken för arbetskraftsbrist samt underlättande av yngre personers inträde på arbetsmarknaden.¹¹¹ EU-domstolen godtog tämligen utan omsvep samtliga åberopade syften som berättigade i sig. Domstolen framhöll även i sammanhanget att 32 a § LAS innebär en ovillkorlig rätt för arbetstagare att arbeta fram till 67 år, bland annat för att höja den pensionsgrundande inkomsten och därmed även nivån på ålderspensionen. Denna ovillkorlighet fastslog domstolen dock i förhållande till att bestämmelsen inte kan åsidosättas av klausuler i individuella avtal och kollektivavtal, som nämnts ovan tillämpas inte 67-årsregeln om t.ex. saklig grund för uppsägning föreligger. Vidare upprepar domstolen argumenten från *Rosenblatt* att personer som omfattas av regeln inte tvingas lämna arbetsmarknaden för gott och att inget obligatoriskt system för automatisk pensionering inrättas. Därefter kommer domstolen till frågan om hänsynen till skälig pension som till stor del föranledde inhämtandet av förhandsavgörande. Enligt den hänskjutande domstolens bedömning var 67-årsregeln undantagslös och saknade samband med rätten till ålderspension som sådan. EU-domstolen menade dock att regeln tog hänsyn till ålderspension eftersom åldern i 33 § motsvarade den gällande lagstadgade pensionsåldern och även var högre än lägstaåldern för att komma i åtnjutande av ålderspension.¹¹² Beaktandet av en skälig pension behöver alltså inte vara explicit i nationell lagstiftning utan det är tillräckligt om regelsystemet i stort medför att rätten till ålderspension tillgodoses vid anställningens upphörande. I fråga om villkoren för Hörnfeldts ålderspension konstaterade domstolen att pensionsåldern i 33 § LAS var högre än densamma i fallet *Rosenblatt* och Gisela Rosenblatts ålderspension även var klart lägre än den som Hörnfeldt var berättigad till.¹¹³ Därmed innebar inte 67-årsregeln att berörda arbetstagares intressen skadades på ett orimligt sätt och sammanfattningsvis ansåg EU-domstolen att artikel 6.1 i arbetslivsdirektivet inte utgjorde hinder för regeln.

Fallet *Ole Andersen* (mål C-499/08) rörde inte bestämmelser om själva anställningens upphörande som sådant men däremot utebliven förmån vid densamma. Den i målet aktuella regeln innebar att avgångsvederlag i samband med uppsägning inte betalades ut till anställda som uppfyllde villkoren för att få ålderspension, vilket tjänstemannen Ole Andersen gjorde. Andersen valde dock vid sin

¹¹⁰ Numhauser-Henning (2), s. 143

¹¹¹ Hörnfeldt, p. 26

¹¹² Hörnfeldt, p. 43. Ålderspension kan generellt tas ut från 61 års ålder enligt Socialförsäkringsbalken 56 kap.

3§.

¹¹³ Hörnfeldt, p. 45

anställnings upphörande att anmäla sig som arbetssökande i stället för att gå i pension och gjorde gällande att regeln var åldersdiskriminerande. Eftersom regeln byggde på en minimiålder om 61 år fann EU-domstolen att regeln var direkt åldersdiskriminerande. Regelns syfte var att skydda arbetstagare med många tjänsteår i företaget genom att underlätta deras övergång till annan sysselsättning. Meningen med att pensionsberättigade tjänstemän undantogs var att undvika att arbetsgivaren betalade ut dubbel ersättning till dessa i samband med uppsägning, vilket inte skulle tjäna något socialpolitiskt mål. EU-domstolen fastslog att dessa syften i sig var berättigade enligt artikel 6.1, och uttalade vidare att bestämmelsen inte framstod som uppenbart olämplig för att uppnå dessa mål.¹¹⁴ Bestämmelsen innebar dock att samtliga anställda som uppfyllde villkoren för att uppbära ålderspension då de sades upp gick miste om avgångsvederlaget. Härigenom likställdes anställda som faktiskt kom att ta ut ålderspension från arbetsgivaren med anställda som uppfyllde villkoren för att erhålla densamma. EU-domstolen framhöll att det med bestämmelsen blev ”svårare för arbetstagare som har möjlighet att uppbära ålderspension att senare utöva sin rätt att arbeta”.¹¹⁵ På så vis skadades arbetstagare i en sådan situation på ett orimligt sätt och åtgärden sågs inte som proportionell. En lämpligare utformning av regeln hade här kunnat vara att begränsa tillämpningen till de personer som faktiskt valde att gå i pension.

8.3.3.2 Högsta åldersgräns för yrkesutövning

Andra bestämmelser som inskränker anställningsvillkor för äldre arbetstagare som har prövats i praxis är bestämmelser om en högsta åldersgräns för yrkesutövning. *Petersen* (mål C-341/08) gällde nationell lagstiftning som stadgade en högsta åldersgräns om 68 år för att verka som tandläkare ansluten till den nationella vårdförsäkringen. Domstolen prövade först bestämmelsen mot undantaget i artikel 2.5 i direktivet med hänvisning till hälsoskyddsargument, och denna prövning kommer att behandlas längre fram i samband med nämnda undantagsregel. Därefter prövade domstolen dock regelns förenlighet med artikel 6.1. Den tyska regeringen åberopade i detta sammanhang syftet att fördela arbetstillfällena mellan generationerna i yrkesgruppen anslutna tandläkare. EU-domstolen godkände detta sysselsättningspolitiska mål som i sig berättigat, men gör sedan en detaljerad prövning av bestämmelsens lämplighet och nödvändighet i det aktuella fallet. Domstolen fastslår att åldersgränsen kan utgöra ett nödvändigt medel i en situation då det råder ett överskott av anslutna tandläkare alternativt föreligger en latent risk för att en sådan situation skall uppstå. Om inget överskott kan konstateras kan bestämmelsen dock varken anses som lämplig eller nödvändig enligt domstolen, och prövningen av vilka omständigheter som föreligger i fallet överlämnades därefter till den nationella domstolen.

Fallet *Georgiev* (förenade målen C-250/09 och C-268/09) avsåg bulgarisk lagstiftning som bland annat innebar att universitetsprofessorers anställningar ovillkorligt upphörde vid 68 års ålder. EU-domstolen konstaterade att det för regeln åberopade syftet ”att främja sysselsättningen inom den högre undervisningen genom att erbjuda professorstjänster till yngre personer” kunde anse som berättigat (p. 45). Domstolen poängterade även att ”samverkan mellan olika generationer av lärare och forskare kan främja utbytet av erfarenheter samt innovationer och, därmed, utvecklingen av kvaliteten på undervisning och forskning vid universiteten.” Med hänvisning till *Petersen* ansågs en regel om en högsta åldersgräns för att vara yrkesverksam även vara relevant i fråga om professorer. Regeln kunde utifrån sysselsättningsmålet ses som en lämplig åtgärd eftersom ”antalet tjänster för universitetsprofessorer nämligen i regel är begränsat och dessa tjänster är reserverade för de personer som har uppnått de högsta kvalifikationerna inom det berörda området och eftersom det måste finnas en ledig tjänst för att kunna anställa en professor (.)” Rörande 68-årsgränsen konstaterade domstolen

¹¹⁴ Ole Andersen, p. 35

¹¹⁵ Ole Andersen, p. 45

att denna med fem år översteg den lagstadgade åldersgränsen för avgång med ålderspension. Eftersom regeln sålunda inte bara beaktade ålder utan även den anställdes möjlighet till ålderspension kunde åtgärden inte ses som ”en alltför omfattande kränkning” av berörda arbetstagares intressen.

Fuchs och Köhler (förenade målen C-159/10 och 160/10) gällde tyska delstatsbestämmelser som innebar att tjänstemän med livslång anställning, såsom de två chefsåklagarna Fuchs och Köhler, automatiskt pensionerades när de var 65 år men att denna ålder kunde förlängas med ett år i taget upp till 68 år ”om tjänstens intresse så kräver”. Utifrån de olika framlagda syftena uttalade domstolen att ”ett mål som går ut på att inrätta en balanserad åldersstruktur mellan yngre och äldre tjänstemän för att främja anställning och sysselsättning av ungdomar, optimera personaladministrationen och härigenom förebygga eventuella tvister om huruvida den anställde är arbetsoförmögen efter en viss ålder och samtidigt syfta till att erbjuda ett domstolsväsende av hög kvalitet” kan utgöra ett berättigat mål enligt arbetslivsdirektivet.¹¹⁶ Förebyggandet av tvister utifrån arbetsför ålder kan jämföras med målet att undvika uppsägning under förödmjukande former som åberopades i *Rosenblatt* och *Hörnfeldt* ovan, och båda dessa mål får enligt min mening anses syfta till ett smidigt och konfliktfritt upphörande av en anställning. I likhet med fallet *Georgiev* accepterar domstolen även här kvalitetsargument i fråga om en åtgärds berättigande enligt artikel 6.1. Vid prövningen av regelns lämplighet och nödvändighet framhöll domstolen i likhet med tidigare fall medlemsstatens rätt att sammanväga olika motstående intressen för att hitta en jämvikt mellan dessa. I sammanhanget pekade domstolen även här på beaktandet av en skälig pension.

8.3.3.3 Visstidsanställningar

En ytterligare kategori inskränkningar i äldres anställningsskydd är bestämmelser om ökat utrymme för visstidsanställningsavtal vid en viss ålder. I det redan nämnda målet *Mangold* prövades en nationell lagstiftning som innebar att tidsbegränsade anställningsavtal kunde ingås utan begränsningar när den anställde fyllt 52 år, såvida det inte förelåg ett nära objektiva samband med en föregående tillsvidareanställning hos samma arbetsgivare. Syftet bakom bestämmelserna var att förbättra möjligheten för äldre arbetslösa att erhålla anställning vilket EU-domstolen såg som ett berättigat syfte enligt artikel 6.1. Lagstiftningen innebar dock att anställda som fyllt 52 år kunde erbjudas avtal om visstidsanställning ett obegränsat antal gånger fram till pensionsavgången. Denna betydande kategori arbetstagare, som definierades enbart efter ålder, riskerade därmed att under en väsentlig del av sin yrkeskarriär uteslutas från den anställningstrygghet som enligt domstolen utgör en betydande del av skyddet för arbetstagare.¹¹⁷ Eftersom bestämmelsen endast byggde på ett ålderskriterium och detta kriterium inte visats vara objektiva nödvändigt för att nå det berättigade målet ansågs bestämmelsen inte uppfylla kravet på proportionalitet och var alltså åldersdiskriminerande.

Även i nämnda fallen *Georgiev* och *Fuchs och Köhler* prövades bestämmelser om visstidsanställningar. I båda fallen kunde visstidsanställningar enligt aktuell lagstiftning ingås för ett år i taget från 65 års ålder som längst fram till 68 år. Målet att främja sysselsättningen sågs i detta avseende av EU-domstolen som ett berättigat mål i bägge fallen och bestämmelserna bedömdes även lämpliga och nödvändiga, bland annat med hänsyn till beaktandet av ålderspension.

Den stora skillnaden mellan det första och de två senare fallen ovan är att åldersgränsen är påtagligt lägre i *Mangold*. Medan åldersgränsen på 52 år innebär en betydande försvagning av anställningsskyddet under en förhållandevis lång tid kan bestämmelserna i *Georgiev* och *Fuchs och Köhler* snarare ses som ett uttryck för en mer rimlig utfasning av den anställde ur arbetslivet. En springande punkt är även att regeln i *Mangold* inte beaktar den anställdes åtnjutande av ålderspension

¹¹⁶ Fuchs och Köhler, p. 50

¹¹⁷ Mangold, p. 64

eller liknande ersättning, vilket bestämmelserna med den högre framskridna åldern om 65 år i de övriga fallen kan sägas göra.

8.3.4 Artikel 6.1. b)

”b) Fastställande av minimivillkor avseende ålder, yrkeserfarenhet eller anställningstid för tillträde till anställningen eller för vissa förmåner förknippade med anställningen.”

Andra punkten i artikel 6.1 rör minimivillkor avseende ålder, yrkeserfarenhet eller anställningstid och sådana riskerar som regel att missgynna yngre personer. Som framgår av följande rättsfall har fokus i praxis i relation till punkt b) legat på villkor som rör anställningsförmåner.

8.3.4.1 Missgynnande beräkning för anställningsförmåner

Redan nämnda rättsfallet *Kücükteveci* handlade om en nationell bestämmelse som medförde att anställningsperioder som fullgjorts innan arbetstagaren fyllt 25 år inte skulle beaktas vid beräkningen av uppsägningstiden. Målen bakom regeln var dels ”att ge arbetsgivarna ett större utrymme för personalflexibilitet genom att mildra arbetsgivarens åligganden med avseende på uppsägning av unga arbetstagare som rimligen kan förväntas ha en större yrkesmässig och personlig rörlighet”¹¹⁸, dels ”att göra skyddet för arbetstagarna starkare ju längre tid de varit anställda i ett företag”.¹¹⁹ EU-domstolen godtog målen som berättigade i sig, men underkände bestämmelsens utformning vid lämplighets- och nödvändighetsprövningen eftersom regeln var tillämplig på alla arbetstagare som tillträtt sin anställning före 25 års ålder oavsett deras ålder vid tiden för uppsägning. På så vis senarelades förlängningen av uppsägningstiden i förhållande till anställningstiden för nämnda arbetstagare, även då dessa varit anställda i företaget en lång tid innan uppsägningen. Åtgärden sågs därför inte som lämplig enligt artikel 6.1 i arbetslivsdirektivet.

I fallet *Hütter* (mål C-88/08) prövades österrikisk lagstiftning som stadgade att anställningstid före 18 års ålder inte skulle beaktas i fråga om rättigheter beroende av anställningstid eller yrkeserfarenhet. Till följd av bestämmelsen kunde David Hütter inte tillgodoräkna sig den lärlingstid han fullgjort innan han fyllt 18 år och blev följaktligen placerad i en lägre löneklass än sin 22 månader äldre kollega som hade fullföljt en likvärdig lärlingsutbildning som Hütter. Hütter krävde uppflyttning i löneklass och gjorde gällande att bestämmelsen var åldersdiskriminerande. EU-domstolen konstaterade att lagstiftningen medförde olika behandling av personer beroende på vid vilken ålder de förvärvat sin yrkeserfarenhet och att två personer med samma utbildning och samma yrkeserfarenhet sålunda särbehandlades endast grundat på åldern hos dessa personer, vilket utgjorde direkt diskriminering enligt arbetslivsdirektivet.¹²⁰ De eftersträlvade målen med regleringen var för det första att ”yrkeserfarenhet som förvärvats innan man har full rättslig handlingsförmåga vid 18 års ålder inte ska beaktas, i syfte att inte missgynna dem som har genomgått en allmän utbildning på gymnasienivå i förhållande till dem som har genomgått en yrkesutbildning.” För det andra syftade bestämmelsen även till ”att inte ytterligare öka den offentliga sektorns kostnader för yrkesutbildning och att underlätta tillträdet till arbetsmarknaden för dem som genomgått denna typ av utbildning.”¹²¹ EU-domstolen uttalade att bägge målen i sig kunde anses berättigade, men pekade på att målen vid en första anblick verkade motstridiga. Det första målet avsåg nämligen att inte missgynna dem som hade fullföljt en allmän utbildning på gymnasienivå i förhållande till dem som hade genomgått en yrkesutbildning, medan det andra målet eftersträlvade det omvända. Utöver denna inkoherens framhöll domstolen att arbetsgivarens beaktande och belöning av yrkeserfarenhet, som innebar att arbetstagaren blev bättre på

¹¹⁸ Küçükdeveci, p. 39

¹¹⁹ Küçükdeveci, p. 41

¹²⁰ Hütter, p. 38

¹²¹ Hütter, p. 40

att utföra sina arbetsuppgifter, förvisso som regel anses som ett berättigat mål. Den aktuella bestämmelsen tog dock inte bara hänsyn till erfarenhet utan även vid vilken ålder denna erfarenhet förvärvats, och domstolen fastslog att ålderskriteriet i bestämmelsen saknade direkt samband med arbetsgivarens mål att belöna förvärvad yrkeserfarenhet. Följaktligen bedömdes bestämmelsen inte som en lämplig åtgärd och EU-domstolen poängterade att ”ett kriterium som direkt grundas på vilken typ av studier som bedrivits, oberoende av personernas ålder, skulle, mot bakgrund av direktiv 2000/78, vara bättre ägnat att uppnå målet att inte missgynna allmän utbildning på gymnasienivå.”¹²²

Liknande rättsfallsprövning som handlar om åldersdiskriminering rörande placering i löneklass, om än inte i förhållande till fullgjord anställningstid, står att finna i *Hennigs och Land Berlin* (förenade målen C-297/10 och 298/10). Fallen gällde giltigheten av kollektivavtalsbestämmelser enligt vilka, i varje lönegrupp, löneklassen i grundlönen för en kontraktsanställd inom den offentliga sektorn fastställdes när den anställde rekryterades med hänsyn till dennes ålder. Domstolen konstaterade att två anställda som rekryteras samma dag i samma lönegrupp till följd av bestämmelserna skulle komma att få olika grundlön med hänsyn till deras ålder vid rekryteringen, vilket utgjorde direkt diskriminering i strid mot arbetslivsdirektivet. Den tyska regeringen och nationella domstolen anförde att den högre lönen motiverades av den anställdes längre yrkeserfarenhet och utgjorde kompensation för dennes lojalitet mot företaget. Ett annat argument som den tyska regeringen framhöll var att den högre grundlönen för de anställda som är äldst när de rekryteras dessutom kompenserade för deras ekonomiska behov, som i de flesta fall skulle vara större med hänsyn till deras sociala miljö. EU-domstolen ansåg det inte bevisat att ett direkt samband rådde mellan de anställdas ålder och deras ekonomiska behov, eftersom en yngre anställd exempelvis kan ha betydande familjekostnader medan en äldre anställd kan vara ensamstående och utan försörjningsbörda för barn. Den tyska regeringen preciserade därför det eftersträfvade målet med kollektivavtalsbestämmelserna till en önskan att upprätta en löneskala för de kontraktsanställda inom den offentliga sektorn i syfte att ta hänsyn till de anställdas yrkeserfarenhet, vilket domstolen bland annat med hänvisning till *Hütter* accepterade som ett berättigat mål i sig. Domstolen fann dock att bestämmelsen fick till följd att en anställd utan yrkeserfarenhet som rekryterades vid 30 års ålder från början fick en motsvarande grundlön som en anställd i samma ålder som rekryterats vid 21 års ålder och som hade nio års yrkeserfarenhet. I likhet med argumentationen i *Hütter* framhåller domstolen att ett kriterium grundat på den anställningstid eller yrkeserfarenhet som uppnåtts eller förvärvats, och inte på ålder, är bäst ägnat att uppnå målet att ta hänsyn till den anställdes yrkeserfarenhet vid rekrytering.¹²³

I fråga om beaktande av yrkeserfarenhet och dess samband med ålder bör även EU-domstolens resonemang i rättsfallet *Tyrolean Airways* (mål C-132/11) kort behandlas. Fallet gällde en kollektivavtalsbestämmelse gällande anställda hos flygbolaget Tyrolean Airways som föreskrev att övergång från en viss tjänstekategori till en annan skulle ske efter tre tjänsteår, samtidigt som anställda inte kunde tillgodoräkna sig tidigare anställningstid från ett annat bolag inom samma flygbolagskoncern. Domstolen uttalade att även om bestämmelsen var ägnad att särbehandla personer utifrån vilken dag de anställs hos arbetsgivaren var särbehandlingen varken direkt eller indirekt grundad på ålder eller någon åldersrelaterad omständighet. Även om det inte kunde uteslutas att kriteriet i vissa särfall kunde leda till att övergången mellan tjänstekategorier skulle komma att ske vid högre ålder för personer med tidigare anställningstid hos det andra flygbolaget än vad som var fallet

¹²² Hütter, p. 48

¹²³ Hennigs och Land Berlin, p. 76-77

med anställda med motsvarande yrkeserfarenhet hos Tyrolean Airways, kunde enligt domstolens mening någon koppling till diskrimineringsgrunden ålder inte anses föreligga.¹²⁴

Vad gäller minimivillkor avseende ålder omnämner den svenska regeringen i propositionen ett flertal för vissa yrken lagstadgade åldersgränser som har betydelse för människors möjligheter att starta eller bedriva näringsverksamhet och i fråga om behörighet att utöva ett visst yrke. Regeringen uttalar att det är ”tydligt att de åldersgränser som förekommer i författningarna i allmänhet tjänar godtagbara eller till och med angelägna syften” och att dessa generellt varken kan ”anses kränkande eller diskriminerande i den betydelse dessa ord har i vanligt språkbruk.”¹²⁵ Vidare hänvisar regeringen till undantaget i artikel 6.1 och möjligheten att, i frågor som inte rör anställningsförhållanden, undanta annan särbehandling än som däri anges. Regeringen konstaterar sammanfattningsvis att ”sådana åldersgränser som nu nämnts är väl avvägda och som sådana både lämpliga och nödvändiga. Det betyder att ingen av bestämmelserna behöver ändras eller upphävas för att tillgodose arbetslivsdirektivet krav. Det innebär också att den som tillämpar en sådan bestämmelse inte gör skyldig till åldersdiskriminering i strid med den nya lagen.”¹²⁶ Även om regeringen alltså generellt har förklarat dessa åldersgränser förenliga med arbetslivsdirektivet kan emellertid dessas giltighet alltid prövas av EU-domstolen.

8.3.5 Artikel 6.1 c)

”c) Fastställande av en högsta åldersgräns för rekrytering, grundat på den utbildning som krävs för tjänsten i fråga eller på att det krävs en rimligt lång anställningsperiod innan personen i fråga skall pensioneras.”

Exempelfallet i punkt c) i artikel 6.1 berör rekryteringssituationer och handlar i grunden om arbetsgivarens intresse av att nyttan av den anställdes arbetsprestation står i proportion till den process som anställningen av denne medför. Undantaget öppnar med andra ord för möjligheten för arbetsgivaren att utifrån undantaget ta vissa ekonomiska hänsyn vid nyanställningar. Fallet *Wolf* har flera paralleller till den här beskrivna situationen men EU-domstolen valde som sagt att pröva fallet enligt undantaget för yrkeskrav i artikel 4.1 istället för det generella undantaget enligt artikel 6.1. Några andra rättsfall avseende dessa rekryteringssituationer har inte prövats, varken i svenska domstolar eller i EU-domstolen, och någon vägledning ur praxis kring tolkningen saknas således.

I propositionen berör den svenska regeringen ett antal situationer när åldershänsyn bör kunna beaktas vid rekrytering. Exempelvis kan en arbetsgivare tillåtas att ta hänsyn till ålder vid nyanställning i fråga om ålderssammansättning i en arbetsgrupp eller på en mindre arbetsplats. Ett berättigat syfte för att här beakta ålder bör enligt regeringen vara att undvika att flertalet anställda uppnår pensionsålder samtidigt och att arbetsstyrkans kontinuitet, kompetens eller liknande följaktligen hotas. Det skall dock avgöras i varje enskilt fall om omständigheterna verkligen innebär en sådan risk och utrymmet för att alls åberopa undantaget minskar ju större arbetsplats det rör sig om. Vidare, i linje med punkt c) ovan, uttalar regeringen att om en arbetssökande ”nått sådan ålder att han eller hon står i begrepp att gå i ålderspension bör detta kunna åberopas som skäl för att inte anställa denne”, eftersom det kan leda till oproportionerliga kostnader i relation till den korta anställningstiden. I förhållande till samma arbetssökande tycks det enligt regeringens mening inte heller alltid rimligt att arbetsgivaren bekostar upplärning, mer omfattande vidareutbildning eller annan kvalificerad kompetensutveckling.

¹²⁴ Tyrolean Airways, p. 29

¹²⁵ Prop. 2007/08:95, s. 231

¹²⁶ A.prop. s. 233

Arbetsgivaren bör sålunda kunna neka en arbetssökande anställning med hänsyn till oproportionella upplärningskostnader.¹²⁷

Utifrån regeringens uttalanden tycks enligt min mening två huvudsakliga syften kunna urskönjas för att i enlighet med det generella undantaget motivera åldersdiskriminering av arbetssökande, nämligen organisation av verksamheten samt ekonomiska hänsyn. Organisationssyftet relaterar till intresset av en välfungerande verksamhet, där undvikande av samtida pensionsavgångar för att inte riskera arbetsstyrkans kontinuitet eller kompetens avser att upprätthålla denna funktionalitet. Arbetsgivaren torde även kunna åberopa detta organisationssyfte när specifika arbetsförhållanden och organisationssättet i en verksamhet innebär att en arbetstagares tjänst förändras vid en viss ålder så att denne får andra arbetsuppgifter utan att därmed pensioneras, såsom i fallet *Wolf*, eftersom båda situationerna medför en omstrukturering av personalstyrkan. Arbetsgivarens möjligheter att på detta vis neka arbetssökande anställning torde dock vara mycket begränsade. Organisationssättet måste sträva efter att verksamheten skall vara välfungerande och funktionsduglig, och verksamhetsorganisation utifrån ålder uteslutande med hänsyn till företagsekonomiska aspekter såsom ökad vinst bör inte godkännas i detta avseende eftersom utrymmet för att neka äldre personer anställning riskerar att bli för vidsträckt.

Utöver nämnda organisationsskäl tillåts arbetsgivaren även utifrån undantaget att ta ekonomiska hänsyn vid nyanställningar i avsikt att undvika oproportionerliga kostnader. Detta motiv är intressant eftersom det lyfter frågan var gränsen mellan berättigade och icke-berättigade mål skall dras. Som domstolen nämnde i fallet *Age Concern* är de mål som kan anses berättigade inom ramen för artikel 6.1 av allmänintresse och skiljer sig från rent individuella skäl hänförliga till arbetsgivarens situation. Exempel på sådana individuella skäl är att minska kostnaderna och att förbättra konkurrenskraften.¹²⁸ Arbetslivsdirektivet nämner uttryckligen varken oproportionerliga kostnader eller egentliga ekonomiska hänsyn i förhållande till undantaget i punkt c). Frågan är om syftet bakom undantaget enligt EU-lagstiftaren snarare tar sikte på de organisatoriska åtgärder som en rekryteringsprocess innebär. Att anställa en person som endast arbetar en kortare anställningsperiod medför att ett nytt rekryteringsförfarande snart måste påbörjas, vilket skulle kunna anses försämra funktionsdugligheten hos verksamheten med tanke på den begränsade tid den anställda kan bistå med sina tjänster. Om anställningen dessutom föregås av en utbildningsperiod begränsas ytterligare denna tidsperiod. Syftet skulle i så fall vara mer organisatoriskt till sin natur än inriktat på faktiska kostnader för arbetsgivaren. Detta är ett möjligt tolkningssätt av undantagssituationen i punkt c) med tanke på EU-domstolens uttalanden ovan om att individuella skäl såsom kostnadsminimering inte utgör berättigade mål i enlighet med artikel 6.1. Den tolkning den svenska regeringen har gjort i propositionen klargör dock tydligt att arbetsgivaren bör kunna åberopa oproportionerliga kostnader, dvs. ekonomiska hänsyn, som orsak för att inte rekrytera en arbetssökande. Funktionsdugligheten hos en verksamhet och de faktiska kostnader densamma dras med påverkar i praktiken förvisso varandra, men åtskillnaden är ändå viktig för att utröna vilka syften som kan ses som berättigade och därmed även hur stort utrymmet för undantaget är, såsom i vilken mån arbetsgivaren kan åberopa kostnadsskäl för nekad anställning.

I detta sammanhang kan frågan ställas om vilket i sig berättigat socialpolitiskt mål som skulle kunna ligga bakom undantagsexemplet i punkt c). Överhuvudtaget har jag svårt att se ett direkt allmänintresse i att en enskild arbetsgivare skulle kunna åberopa oproportionerliga kostnader för dennes verksamhet som syfte för att neka äldre arbetssökande anställning, eftersom en sådan situation skulle stämma tämligen illa överens med EU-domstolens uttalanden ovan i *Age Concern*. Ett undantag

¹²⁷ Prop. 2007/08:95, s. 180

¹²⁸ *Age Concern England*, p. 46

skulle dock vara offentliga sektorer som exempelvis sjukvård, brandkår och polis som bidrar med en samhällsnyttig tjänst och vars verksamheter upprätthålls av skattemedel. I övriga situationer är sambandet mellan allmänintresset och verksamhetskostnaderna dock inte lika tydligt. Ett troligare syfte kopplat till punkt c) vore då i stället att främja tillgången till arbete genom en bättre arbetsfördelning mellan generationerna, eftersom yngre arbetstagare får lättare tillträde till arbetsmarknaden. Undvikandet av oproportionerliga kostnader skulle sålunda snarare kunna ses som en följd av strävandet efter ett berättigat syfte än ett berättigat syfte i sig. Denna uppfattning skiljer sig dock från den svenska regeringens uttalanden i propositionen, och distinktionen mellan organisationsskäl och ekonomiska hänsyn i detta avseende återstår att klargöras av EU-domstolen.

Flera frågetecken finns även kring själva proportionalitetsbedömningen. Hur lång en ”rimligt lång anställningsperiod” skall anses vara borde skäligen bedömas från fall till fall, med tanke på de extremt skiftande arbetsförhållandena inom olika delar av arbetsmarknaden, men detta besvarar inte egentligen hur själva rimligheten skall bestämmas. Utifrån det organisatoriska perspektivet torde vid avvägningen ”den effektiva anställningstiden” ställas mot eventuell utbildningstid, men även tiden för rekryteringsprocessen borde i viss mån kunna beaktas om denna inte är orimligt utdragen i tid eftersom ett nytt rekryteringsförfarande måste påbörjas. Utifrån kostnadsperspektivet skulle den effektiva anställningstiden snarare ställas mot de kostnader som anställningen av arbetsökanden innebär. Häri skulle kostnader för utbildningsperioder av den anställde, inklusive arbetsgivaravgifter under denna period, och rekryteringskostnader kunna inräknas, eftersom dessa kan sägas utgöra en investering från arbetsgivarens sida som är tänkt att uppvägas av arbetstagarens framtida arbetsprestation. Fördelen med denna kostnadsbedömning, förutsatt att det är givet vilka kostnader som får inräknas, är att den utgör ett förhållandevis enkelt sätt att pröva proportionaliteten i det enskilda fallet eftersom uttryckliga anställningskostnader kan sättas i relation till det aktuella företags specifika ekonomiska situation.

I förhållande till denna kostnadsbedömning finns även oklarheter kring hur regeringens uttalande om arbetsökande som ”står i begrepp att gå i ålderspension” skall tolkas, särskilt med tanke på det oerhört flexibla pensionssystemet vi har i Sverige. Ålderspension kan generellt tas ut från och med 61 år¹²⁹, men avvikande åldersgränser finns för vissa yrkesgrupper och med hänsyn till den ovan nämnda rätten att kvarstå i anställning till 67 års ålder finns för svenska förhållanden egentligen ingen bestämd pensionsålder. Hänsynstagandet till den arbetsökandes ålder måste alltså rimligen ske från fall till fall, vilket dock ger föga vägledning för den praktiska prövningen.

Undantagsexemplet som sådant innebär utan tvekan en nackdel för äldre arbetsökande med kort tid kvar till ålderspension, och tillämpningsutrymmet för detta undantag är relevant ur flera aspekter. Äldre arbetstagare kan ofta ha betydande erfarenhet och meriter från arbetslivet, vilket i rekryteringssituationer allt som oftast innebär att arbetsgivaren förväntas betala en högre lön till dessa jämfört med yngre arbetsökande. Detta kan vara en orsak till att arbetsgivaren föredrar att anställa den yngre, och undantagsexemplet skulle alltså kunna utgöra en möjlighet att välja bort den äldre arbetsökanden. Både i AD 2009 nr 11 och AD 2010 nr 91 var arbetsökanden 62 år och en möjlighet för arbetsgivarna hade med tanke på de sökandes ålder varit att åberopa det nämnda undantagsexemplet. De svarande underlät dock att göra detta, möjligen på grund av frågans känslighet, varför undantaget inte heller prövades av Arbetsdomstolen. Särskilda svårigheter lär dessutom möta äldre arbetstagare som söker anställning inom ett nytt yrkesområde som kräver föregående utbildning. Dessa skulle utifrån undantaget kunna nekas anställning med hänvisning till att de närmar sig

¹²⁹ 56 kap 3§ Socialförsäkringsbalken. Pensionsåldersutredningen har föreslagit en höjning av denna ålder, se SOU 2013:25, s. 287-293.

ålderspension men även att den utbildningstid som krävs för tjänsten gör det oproportionerligt för arbetsgivaren att anställa personen.

Sammantaget finns flera oklarheter kring hur det beskrivna rekryteringsundantaget skall tolkas, både i fråga om vilka berättigade syften som får ligga bakom särbehandlingen men även hur dess proportionalitet skall bedömas. Avgränsningen mot undantaget för verkligt och avgörande yrkeskrav är inte heller helt tydlig. Som synes saknas riktig vägledning rörande undantagssituationen och en domstolsprövning skulle härvid behövas. Orsaken till att en sådan ännu inte kommit till stånd är möjligen en rädsla från arbetsgivares sida att utnyttja undantaget med risk för att framstå som åldersdiskriminerande, vilket skulle kunna innebära negativ publicitet för desamma.

8.3.6 Undantag för allmän säkerhet, ordning, etc.

Artikel 2.5 i arbetslivsdirektivet anger att

”(d)etta direktiv skall inte påverka de åtgärder som föreskrivs i nationell lagstiftning och som är nödvändiga i ett demokratiskt samhälle för den allmänna säkerheten, ordningens bevarande, förebyggande av brott samt skydd för hälsa och andra personers fri- och rättigheter.”

Direktivbestämmelsen har inte föranlett något motsvarande uttryckligt undantag i DL, men som artikeln är utformad behövs inte detta heller för att kunna åberopa undantaget. I fråga om ålder får bestämmelsen närmast anses falla in under det generella undantaget i 2 kap 2 § p. 4 DL.

Undantagssituationen i artikel 2.5 har inte prövats i svensk domstol men EU-domstolen prövade artikeln i ovannämnda fallen *Prigge* och *Petersen*. EU-domstolen har först och främst fastslagit att undantagsbestämmelsen skall tolkas restriktivt.¹³⁰ I fallet *Prigge* konstaterade domstolen att den aktuella åtgärden som avsåg att upprätthålla flygsäkerheten genom att undvika flygolyckor ”otvivelaktigt” framstod som en åtgärd som syftade till att säkerställa den allmänna säkerheten inom ramen för artikel 2.5.¹³¹ Med hänsyn till bestämmelsens avvikelse från nationell och internationell rätt ansågs densamma dock inte nödvändig för den allmänna säkerheten och skyddet för hälsan i den mening som avses i artikel 2.5 och undantaget var därmed inte tillämpligt.

I fallet *Petersen* fastslog domstolen att en medlemsstat får anse det nödvändigt att i enlighet med artikel 2.5 fastställa en åldergräns för utövande av ett medicinskt yrke som tandläkare i syfte att skydda patienternas hälsa. Denna slutsats var densamma om hälsoskyddet sågs i förhållande till tandläkarnas kompetens likväl som i förhållande till intresset av att skydda den ekonomiska balansen i det nationella hälso- och sjukvårdssystemet.¹³² Åldersgränsen var dock endast tillämplig på tandläkare som var anslutna till den nationella värdoförsäkringen. Bestämmelsen uppvisade därmed klara motstridigheter i relation till kompetensargumentet och kunde inte motiveras utifrån detta. Det senare argumentet rörande ekonomisk balans kunde dock enligt domstolens bedömning motiveras att bestämmelsen utgjorde en nödvändig åtgärd i enlighet med artikel 2.5.

Rättsfallen visar att artikel 2.5 utgör ytterligare en möjlighet för att rättfärdiga särbehandling utifrån ålder där dock intresseavvägningen är begränsad till ett nödvändighetsrekvisit, vilket förvisso uppvisar stora likheter med de rekvisit som är kopplade till intresseavvägningen rörande det generella undantaget för ålder. Av rättsfallen framgår även den betydelse som domstolen tillmäter frågan om koherens rörande åtgärder som omfattas av artikel 2.5.

¹³⁰ Prigge, p. 56

¹³¹ Prigge, p. 58

¹³² Petersen, p. 52

8.3.7 Sammanfattning av det generella undantaget för ålder

Med tanke på den relativt omfattande framställningen ovan kan det här vara lämpligt med en sammanfattning av det generella undantaget för ålder i 2 kap 2 § p. 4 DL. Prövningen i förhållande till det generella undantaget är som nämnts uppdelad i två huvudsakliga delar, nämligen frågan om berättigat mål och en lämplighets- och nödvändighetsbedömning. Som framställningen visar är medlemsstaternas utrymme för berättigade mål förhållandevis generöst, och kravet på uttryckliga målsättningar med en åtgärd i detta sammanhang är lågt, för att inte säga obefintligt. Trots EU-domstolens uttalanden om allmänna påståenden om en åtgärds samhörighet med ett berättigat mål och att dessa inte utgör omständigheter ”som gör det rimligt att anta att de valda medlen är ägnade att uppnå detta mål”¹³³, menar Numhauser-Henning att flera rättsfallsdomar tycks peka på att så faktiskt är fallet.¹³⁴ EU-domstolens bedömning i dessa delar är enligt min mening också ofta relativt svepande och kortfattad,¹³⁵ vilket återigen kan ses hänförligt till medlemsstaternas vidsträckta skönsutrymme. Det enda mål som hittills uttryckligt underkänts i förhållande till det generella undantaget i EU-praxis är flygsäkerhet, vilket enligt domstolens mening inte utgjorde ett socialpolitiskt mål.¹³⁶

Kravet på att ett berättigat mål skall vara av allmänintresse aktualiserar vidare frågan om var gränsen mot rent individuella skäl hänförliga till arbetsgivarens situation skall dras, speciellt i fråga om kostnadsaspekter. Rättsläget är ännu för otydligt för att några definitiva slutsatser härav skall kunna dras, men det är tänkbart att offentliga arbetsgivare i högre grad än privata skulle kunna ta hänsyn till ekonomiska faktorer, med tanke på EU-domstolens argumentation kring ekonomisk balans i fallet *Petersen*. Vidare krävs att det sätt på vilket nationell lagstiftning syftar till att uppnå ett berättigat mål är systematiskt och koherent.¹³⁷ Det faktum att en åtgärd eftersträvar flera mål som sinsemellan är motstridiga och motverkar varandra tycks ifrågasätta nödvändigheten hos åtgärden i fråga. Analysen från EU-domstolens sida i detta avseende verkar dock vara mer ingående när fallen rör specifika yrkesområden, såsom i *Petersen* och *Fuchs och Köhler*. I övrigt behandlas koherensfrågan främst när relativt tydliga motstridigheter uppenbarar sig mellan olika berättigade mål, såsom i *Hütter*.

En åtgärds förenlighet med tvingande nationell rätt kan vidare, som fallet AD 2011 nr 37 visar, ha avgörande betydelse för proportionalitetsbedömningen för det generella undantaget, även när den nationella regeln i sig inte är ovillkorlig. Detta förhållande kan som sagts ovan diskuteras. Som *Hörnfeldt* visar kan den nationella bestämmelsen som en sådan åtgärd befinns strida emot i sin tur komma att prövas mot EU-rätten.

Rörande EU-domstolens proportionalitetsbedömning i förhållande till det generella undantaget för ålder skriver Kilpatrick att EU-domstolen tycks tillämpa en mindre strikt bedömning i fall som rör avgång i samband med pension, med undantag för domen i *Ole Andersen*, än övriga fall. EU-domstolens proportionalitetsbedömning skiljer sig här på flera punkter från den bedömning som görs i fall av könsdiskriminering. I fallen *Palacios de la Villa* och *Rosenbladt* framhålls möjligheten till flexibilitet genom kollektivavtalsreglering som ett proportionalitetsargument, grundat på tanken att kollektivavtal kan anpassa sig bättre till specifika förhållanden och att existerande åldersdiskriminering därmed mer sannolikt är proportionell. Kilpatrick framhåller här att denna flexibilitet och självständighet utifrån kollektivavtal har avvisats av EU-domstolen i könsdiskrimineringssammanhang, eftersom densamma skulle kunna skapa diskriminerande beteenden

¹³³ Age Concern England, p. 51

¹³⁴ Numhauser-Henning (2), s. 156

¹³⁵ Se t.ex. Hörnfeldt p. 30 och Küçükdeveci p. 36.

¹³⁶ Prigge, p.81-82

¹³⁷ Petersen, p. 53

snarare än att rättfärdiga sådana.¹³⁸ En liknande risk torde existera även i fråga om åldersdiskriminering, och i avsaknad av en fungerande och effektiv kontrollinstans eller övervakningsmyndighet framstår möjligen domstolens tilltro till arbetsmarknadens parter att finna en balans mellan olika berättigade intressen i detta avseende som något tilltagen.

En annan återkommande behandlad omständighet i praxis är beaktandet av ålderspension. Som domen i *Hörnfeldt* visar behöver beaktandet av pension inte vara explicit, utan det primära är att gränsen för ålderspension infaller senast samtidigt med den aktuella bestämmelsens åldersgräns. Själva nivån på ålderspensionen som sådan är dock av mindre, för att inte säga obetydlig, vikt i sammanhanget. Grundad på en distinktion mellan automatisk upphörande av anställning och automatisk pensionering motiveras detta i *Rosenblatt* med att arbetstagaren inte förlorar sin rätt att fortsätta arbeta. Som Kilpatrick skriver reducerar sålunda domen i detta avseende rätten att arbeta till ”a mere right to look for fresh employment following age-based dismissal”.¹³⁹ Som ovan beskrivits kan härvid de praktiska möjligheterna för den äldre arbetssökanden att få anställning ytterligare begränsas av undantagsexemplet i punkt c). Avslutningsvis kan även i sammanhanget framhållas att EU-domstolen i bedömningen kan ta hänsyn till kvalitetsargument (*Georgiev och Fuchs och Köhler*) samt att förekomsten av alternativa och ur diskriminerings synpunkt mindre ingripande åtgärder talar emot att åtgärden i fråga uppfyller lämplighets- och nödvändighetsrekvisitet för det generella undantaget för ålder (*Ole Andersen, Hütter och Hennigs och Land Berlin*).

9. Förbudets betydelse för dess skyddsobjekt

I anslutning till framställningen ovan kommer jag nedan behandla förbudets betydelse och konsekvenser för olika åldersgrupper utifrån åldersdiskrimineringsförbudets utformning och dess tolkning i praxis och doktrin.

9.1 Förhållandet mellan olika åldersgrupper

De flytande gränserna mellan olika åldrar försvårar som nämnts tidigare precisa indelningar av individer i olika ålderskategorier. Även om grunden ålder i 1 kap 5 § p. 6 DL omfattar samtliga åldrar har en stor del av diskussionen kring åldersdiskrimineringskyddet kretsat kring åldersgrupperna ”yngre” och ”äldre”. Som den svenska regeringen uttrycker i propositionen är arbetslivsdirektivet relativt kortfattat rörande åldersdefinitionen och konstaterar, med hänvisning till referensen i artikel 6.1 a) till både ungdomar och äldre arbetstagare, att direktivet endast indirekt anger att både hög och låg ålder skyddas.¹⁴⁰ Även om ålderskategorier som yngre och äldre är ytterst schematiska är de tacksamma för att visa de olika livspositioner de olika grupperna innehar, där den förra befinner sig i början av sitt yrkesverksamma arbetsliv och den senare i slutet av detsamma. Detta relaterar till den i doktrin framhållna teorin om den yrkesverksamma åldern som samhälllig norm, då de nämnda grupperna i mindre utsträckning tillhör den yrkesverksamma befolkningen i Sverige.¹⁴¹

Utifrån dessa påpekanden bör diskussionen kring yngre och äldre arbetstagare och arbetssökande närmast ses som en markering av dessa två åldersgruppers särskilt utsatta situation i arbetslivet, även om diskrimineringskyddet som sådant omfattar även de som befinner sig mitt i sitt yrkesverksamma liv. Dessa gruppers utsatta situation har också motiverat åtgärder eller bestämmelser för att förhindra eller kompensera nackdelar för en viss åldersgrupp.¹⁴² Gynnandet av en viss åldersgrupp tenderar

¹³⁸ Kilpatrick, s. 296

¹³⁹ A.a. s. 297

¹⁴⁰ Prop. 2007/08:95, s. 130

¹⁴¹ SOU 2010:7, bilaga 3, s. 389

¹⁴² Se t.ex. 2000/78/EG, ingressen p. 26 och artikel 6.1 a) samt prop. 2007/08:95 s. 62-63.

emellertid allt som oftast att missgynna en annan åldersgrupp. Detta exemplifieras tydligt i EU-domstolens praxis där bestämmelser om avgångar för äldre arbetstagare berättigas av underlättandet av yngre personers tillträde till arbetsmarknaden. Ett annat exempel ur svensk lagstiftning är de lägre arbetsgivaravgifterna för personer under 26 år som stadgas i 2 kap 28 § Socialavgiftslagen. Regeln ökar förvisso arbetsgivarens incitament att anställa yngre personer som kan ha svårt att ta sig in på arbetsmarknaden, men kan samtidigt innebära att arbetsgivaren av kostnadsskäl avstår från att anställa personer över denna ålder.¹⁴³ Missgynnande utifrån ålder kan sålunda drabba förhållandevis stora delar av befintliga åldersgrupper, vilket även fallet *Wolf* ovan visar, även om de åldersgrupper som befinner sig i utkanterna av det yrkesverksamma arbetslivet är de oftast drabbade.

9.2 Diskrimineringsituationer

För att få en mer fullständig bild av åldersdiskrimineringsskyddets betydelse och påverkan måste de olika åldersgrupperna och förhållandet dessa emellan sättas i relation till de olika arbetslivssituationer där diskrimineringen uppstår. Som den svenska regeringen fastslår i propositionen kan den praktiska betydelsen av diskrimineringsförbuden komma att variera mellan olika åldersgrupper.¹⁴⁴ Detta följer av att personer ur olika åldersgrupper ställs inför olika svårigheter i olika situationer. Under 2012 kom det totalt in 120 enskilda anmälningar till DO om upplevd diskriminering inom arbetslivet som hade samband med ålder. Enligt DO rörde dessa huvudsakligen diskriminering vid rekrytering och uppsägning och i viss mån lön eller andra anställningsvillkor.¹⁴⁵ Anmälningarnas teman reflekterar relativt väl de problemområden i praxis som har berörts ovan och utgör en förhållandevis lämplig struktur för att sammanfatta de olika förutsättningar yngre respektive äldre personer har i arbetslivet.

9.2.1 Rekrytering

Vid rekrytering är krav på yrkeserfarenhet en faktor som särskilt tenderar att missgynna yngre arbetssökande, samtidigt som arbetsgivarens beaktande av yrkeserfarenhet som nämnts ses som berättigad i sig. Denna indirekta diskriminering är sålunda svår att angripa utifrån åldersdiskrimineringsförbudet med undantag för de fall där en äldre arbetssökande kallas till intervju eller erbjuds anställning före en yngre och de verkligen har likvärdiga meriter. Det är därutöver i sammanhanget svårt att säga hur enkelt den alternativa bedömningen med en hypotetisk jämförelse låter sig göras. En framstående konkurrensfördel hos yngre arbetssökande, utöver faktorer som datorkunskap och beredvillighet att resa i tjänsten, är att de är billigare att anlita för arbetsgivaren eftersom deras lönenivåer generellt ligger lägre än för äldre arbetstagare. Specifika åtgärder och bestämmelser för att öka arbetsgivares vilja att anställa yngre arbetstagare bygger dessutom ofta på ekonomiska argument, såsom exempelvis lägre arbetsgivaravgifter.

Rörande äldre är förhållandet motsatt på så vis att äldre arbetssökande generellt har längre yrkeserfarenhet, men också generellt högre förväntade lönenivåer vilket kan vara en nackdel vid rekryteringsförfaranden. Inom vissa yrken och under vissa omständigheter kan även undantaget för verkligt och avgörande yrkeskrav innebära att sökande över en viss åldersgräns automatiskt utesluts från möjligheten att söka tjänsten grundat på deras ålder. Den begränsade tid en äldre arbetstagare kan ha kvar till ålderspension innebär vidare en omständighet som kan få arbetsgivaren att i stället välja en yngre sökande. Ett sådant val skulle kunna motiveras enligt 2 kap 2 § p.4 DL utifrån undantagsexemplet för en högsta åldersgräns för rekrytering, även om dess närmare tillämpning är

¹⁴³ Den 3 april 2013 inlämnades en stämningsansökan till Arbetsdomstolen gentemot företaget Adecco rörande påstådd åldersdiskriminering med koppling till denna regel, se http://www.dagensarbete.se/home/da/content.nsf/aget?openagent&key=35_aring_for_gammal_for_adecco_jobb_1365149797117

¹⁴⁴ Prop. 2007/08:95, s. 130

¹⁴⁵ SOU 2013:25, s. 222

oklar och det dessutom är otydligt vilka syften som ses som berättigade för en sådan åtgärd. Sammantaget förefaller åldersdiskrimineringskyddet i rekryteringssituationer, med hänsyn till de mer omfattande möjligheterna att neka arbetssökande anställning, vara svagare för äldre än för yngre.

9.2.2 Uppsägning

Tonvikten i problematiken kring uppsägningar har främst legat på äldre arbetstagare och har ofta varit kopplad till frågan om pensionering. Av EU-domstolens praxis framgår att såväl obligatorisk pensionering av arbetstagare som uppnått pensionsålder och olika högsta åldersgränser för yrkesutövning kan vara motiverade under vissa omständigheter. I sammanhanget framhålls möjligheten till kollektivavtalsreglering och åtnjutandet av ålderspension som viktiga faktorer för att bestämmelser eller åtgärder ses som proportionella. Det kan samtidigt påpekas att kollektivavtalsmöjligheten inte automatiskt innebär en garanti för balans mellan olika berättigade intressen, särskilt inte om ojämna styrkeförhållanden råder mellan arbetsmarknadsparterna, och att nivån på den erhållna ålderspensionen som nämnts i princip är utan betydelse för proportionalitetsbedömningen. Argumentationen i detta avseende kan måhända motiveras av en viss försiktighet från EU-domstolens sida att intervensera i medlemsstaternas arbetsmarknads- och pensionspolitik. Vidare är åldersgränser för automatiskt upphörande av anställningen tillåtna men som fallet *Prigge* illustrerar får dessa inte avvika, till nackdel för arbetstagaren, från motsvarande nationella eller internationella regler utan att det kan särskilt motiveras.

För specifikt svenska rättsförhållanden är nämnda rättsfallet AD 2011 nr 37 av särskilt intresse i fråga om uppsägningar. Arbetsdomstolens bedömning innebar att 67-årsregeln gavs en förhållande stark ställning och begränsade även utrymmet för uppsägningar som tar fasta på de anställdas ålder vid anställningens upphörande. Därutöver skall möjligheten för arbetsgivare att i samband med neddragning av verksamhet eller turordningsförhandlingar erbjuda äldre anställda ålderspension eller liknande ersättning ses just som ett erbjudande om frivillig förtidspension och motiverar inte avtal om uppsägning av tjänstepensionsberättigade innan 67 års ålder.

Som synes är utrymmet för uppsägningar grundade på ålder begränsat och möjligheten aktualiseras i princip först vid avgång i samband med pension. En starkt bidragande orsak i sammanhanget är det anställningsskydd fram till 67 års ålder som 67-årsregeln innebär. När väl denna ålder är uppnådd kan dock försämringar i anställningsvillkor motiveras med hänsyn till arbetstagarens ålder, såsom framgår av 33 § 3 st. LAS. I jämförelse med rekryteringssituationer framstår åldersdiskrimineringskyddet i fråga om uppsägningssituationer emellertid som påtagligt starkare med hänsyn till de förhållandevis begränsade möjligheterna till åldersbeaktanden vid uppsägning.

9.2.3 Lön och andra anställningsvillkor

Av rättsfallen *Küçükdeveci*, *Hütter* och *Hennigs och Land Berlin*, vilka samtliga får sägas främst beröra åldersdiskriminering av yngre, framgår att bestämmelser för beräkning av lön eller andra anställningsvillkor som endast beaktar den anställdes ålder och inte tar hänsyn till några andra omständigheter inte kan anses motiverade utifrån det generella undantaget från åldersdiskrimineringsförbudet. Ett starkt skäl är att bestämmelser om lön och andra anställningsvillkor som grundar sig på den anställdes totala anställningstid utifrån beräkningsgrunder som är lika för samtliga anställda i sammanhanget utgör en mer lämplig åtgärd. På denna punkt spelar åldersdiskrimineringsförbudet en roll i att ifrågasätta diskriminerande bestämmelser som tycks härstamma från uppfattningar om att äldre arbetstagare rent generellt skall ha mer i lön än yngre oavsett yrkeserfarenhet. Att åldersdiskriminerande bestämmelser om löneklassplaceringar härvid skulle motiveras med hänsyn till olika ekonomiska behov hos olika åldrar godkändes inte av EU-domstolen eftersom den inte ansåg det bevisat att ett direkt samband rådde mellan en anställds ålder

och dennes ekonomiska behov.¹⁴⁶ Fallet *Ole Andersen* illustrerar att åldersdiskriminering i fråga om en anställningsförmån, såsom avgångsvederlag, även kan drabba äldre arbetstagare. I målet var avgångsvederlagets koppling till rätten att fortsätta arbeta en bärande anledning till domstolens proportionalitetsbedömning till förmån för käranden. Fallet innebär en viss förstärkning av åldersdiskrimineringsförbudet i detta hänseende och kan sägas ge stöd för att med hjälp av EU-rättens åldersdiskrimineringsförbud angripa vissa bestämmelser om avgångar för äldre arbetstagare, speciellt rörande förtida avgångar.¹⁴⁷

10. Diskussion kring åldersdiskrimineringskyddet

Åldersdiskrimineringskyddet får med bakgrund av framställningen ovan anses ha en särskild ställning inom diskrimineringslagstiftningen, och bilden av detta diskrimineringskydd är förhållandevis komplex. I det följande analyseras och behandlas åldersdiskrimineringskyddet utifrån vissa särdrag och särskilda faktorer som bidrar till skyddets komplexitet och särställning.

10.1 Ålderns föränderlighet, koppling till egenskaper och samband med andra diskrimineringsgrunder

En bidragande faktor till den nämnda komplexiteten är ålderns konstanta föränderlighet livet igenom, vilket därigenom skiljer den från andra diskrimineringsgrunder som är mer beständiga. Eftersom åldersdiskrimineringsförbudet i likhet med de andra förbuden bygger på ett jämförelsekrav innebär detta vissa svårigheter. Att de personer som jämförs vid rekvisitbedömningen inte behöver ha samma ålder för att vara i en jämförbar situation är i princip en förutsättning för att åldersdiskrimineringsförbudet skall kunna få någon praktisk tillämpning. Härtill skall personer med i övrigt samma meriter och personliga förutsättningar anses vara i en jämförbar situation oberoende av deras respektive ålder. De meriter och personliga förutsättningar en person har är dock i flera fall som beskrivits oupplösligt kopplade till personens ålder. I stället för en faktisk jämförelse kan en hypotetisk jämförelse då bli nödvändig, men det är inte givet att en sådan jämförelse är enkel att göra i samtliga fall av påstådd åldersdiskriminering.

Ålderns föränderlighet medför också att den eventuella åldersdiskriminering en person utsätts för skiftar mellan olika faser i livet. Detta kan i vissa fall ha samband med vissa samhälleliga normer eller föreställningar kopplade till olika åldrar. Dessa föreställningar eller normer behöver dock inte nödvändigtvis motsvara den berörda individens uppfattning och låter sig inte alltid påverkas av individens gradvisa åldrande. Som Krekula uttrycker det: ”Att individer ständigt åldras och byter åldersposition innebär dock inte att samhälleliga hierarkiska ordningar mellan ålderskategorier är lika föränderliga. Sociala värderingar, normer, institutionella praktiker och strukturella ordningar kan kvarstå intakta oavsett de enskilda individernas byte av åldersposition.”¹⁴⁸ Vidare kan föränderligheten medföra att individen har en förhållandevis svag identifiering av sig själv med sin ålder, vilket kan ytterligare försvåra synliggörandet av enskilda fall av diskriminering grundad på ålder.¹⁴⁹

Utöver dessa påpekanden kan ålder som nämnts tidigare även samspela ihop med andra diskrimineringsgrunder och leda till ett missgynnande från arbetsgivarens sida. Detta gör att olika diskrimineringsgrunder i ett enskilt diskrimineringsfall kan vara svåra eller omöjliga att separera från varandra. Även om åberopandet av flera diskrimineringsgrunder samtidigt härvid är fullt möjligt, kan

¹⁴⁶ Hennigs och Land Berlin, p. 70

¹⁴⁷ Kilpatrick, s. 295

¹⁴⁸ SOU 2010:7, bilaga 3, s. 392

¹⁴⁹ A.bet. s. 394

det inte uteslutas att ålderns samverkan med andra faktorer i detta avseende kan medföra att den enskilde personens varseblivning av åldersdiskriminering inte är lika stark. Vidare har ålder också ofta en betydande roll i frågor som rör förhållandet mellan arbetsliv och familjeliv. Diskriminering av kvinnor i barnafödande ålder behandlas exempelvis traditionellt som könsdiskriminering, men att faktorn ålder här spelar in är tydligt även om situationen som sådan inte skulle definieras som åldersdiskriminering.

10.2 Åldersdiskrimineringsförbudets konflikt med samhällsstrukturer

En följd av införandet av åldersdiskrimineringsförbudet är att diskrimineringshänsyn måste beaktas på ett helt annat sätt än tidigare rörande åldersrelaterade regler och bestämmelser. Förbudet har därmed en benägenhet att komma i konflikt med etablerade samhällsstrukturer och rådande rättssystem, eftersom beaktandet av ålder är en relativt vanligt förekommande omständighet i olika författningar, kollektivavtal och andra rättskällor. Detta gäller i hög grad för arbetslivet, och kompliceras ytterligare av arbetslivets ofrånkomliga anknytning till pensionssystemet. Problematiken ligger därmed som Sigeman skriver i att förbudet ”delvis strider mot handlingsmönster som sedan länge tillämpats och ansetts acceptabla på arbetsmarknaden.”¹⁵⁰ Ett flertal av dessa åldersbeaktanden existerar som en följd av olika komplicerade socialpolitiska överväganden och är anpassade till regleringar i andra författningar. Flertalet regleringar avseende ålder är införda för att skydda eller främja situationen för särskilt utsatta åldersgrupper. Ett oinskränkt förbud mot åldersdiskriminering skulle sålunda kunna få betydande konsekvenser för rättssystemet i stort.

Konflikten stärks av det faktum att i princip samtliga berörda rättsområden hör till det socialpolitiska området. Enligt artikel 4.2 b) FEUF har EU och medlemsstaterna delad kompetens på detta område, vilket medför att medlemsstaterna kan utöva sin kompetens såtillvida EU inte har utövat eller bestämt att inte utöva sin kompetens på området. Detta innebär en kompetenskonflikt mellan medlemsstaterna och EU, vilket som nämnts illustrerades tydligt efter domen i *Mangold*. Åldersdiskrimineringsförbudets koppling till det socialpolitiska området förklarar därmed till stor del EU-domstolens tillåtande bedömning i praxis av berättigade syften hos medlemsstaterna.

10.3 Utrymmet för undantag på grund av ålder och den särskilda proportionalitetsbedömningen

Till följd av konflikten ovan har införandet av undantag från åldersdiskrimineringsförbudet setts som en absolut nödvändighet. Detta uttrycks redan i punkt 25 i ingressen till arbetslivsdirektivet och direktivet stipulerar sammanlagt fyra möjliga undantag för medlemsstaterna att rättfärdiga direkt åldersdiskriminering: det generella undantaget på grund av ålder artikel 6.1, undantag för verkligt och avgörande yrkeskrav enligt artikel 4.1, undantag för allmän säkerhet etc. enligt artikel 2.5 och undantag för försvarsmakten enligt artikel 3.4.¹⁵¹ I propositionen uttrycker den svenska regeringen att ”ett diskrimineringsförbud utan undantag skulle kunna innebära icke önskvärda nackdelar för både yngre och äldre arbetstagare” och att det inte är givet ”att ett diskrimineringsförbud utan undantag innebär en starkare ställning för yngre eller äldre än en förbudsregel som lämnar visst utrymme för avsteg från huvudregeln.”¹⁵² Utan tvekan vore ett absolut åldersdiskrimineringsförbud inte praktiskt genomförbart med hänsyn till rådande samhällsstrukturer och rättssystem, och införandet av undantag för särbehandling utifrån ålder får anses som behövliga. Detta medför dock frågan om hur dessa undantag skall tillämpas i praktiken. Med en växande praxis från EU-domstolen har denna fråga

¹⁵⁰ Sigeman, s. 161

¹⁵¹ Den svenska regeringen ansåg inte att ett särskilt undantag för den svenska försvarsmakten var nödvändigt utan ansåg att de övriga undantagen var tillräckliga, se prop. 2007/08:95 s. 176.

¹⁵² Prop. 2007/08:95, s. 175

tydliggjorts undan för undan men flera frågetecken kvarstår fortfarande, i synnerhet rörande det generella undantagets tillämplighet i förhållande till rekryteringssituationer. Det finns också som berörts ovan otydligheter kring gränsdragningen mellan olika undantag utifrån ålder, såsom mellan det generella undantagets tillämplighet i nämnda rekryteringssituationer och undantaget för verkligt och avgörande yrkeskrav.

EU-domstolens proportionalitetsbedömning rörande det generella undantaget för ålder tycks vidare, som tidigare nämnts, avvika från den prövning som är gängse för andra grunder såsom kön i fall som rör avgång i samband med pension. Denna särskilda prövning kan ses som en balansgång från domstolens sida mellan två icke önskvärda alternativ, nämligen att tillämpa en gängse diskrimineringsanalys samt att i princip helt undanta dylika avgångsbestämmelser från åldersdiskrimineringsförbudet,¹⁵³ och utgör ett illustrativt exempel på den komplexitet som frågor om åldersdiskriminering kan generera.

10.4 Olika rättskällor och dess förhållande sinsemellan

10.4.1 Rättskällor på EU-nivå

Ett flertal rättskällor eller rättsliga stöd existerar på EU-nivå för åldersdiskrimineringsförbudet. EU-domstolens uttalanden i domarna *Mangold* och *Kücükdeveci* understryker förbudets ställning som en allmän rättsprincip inom gemenskapsrätten, och förbudet mot åldersdiskriminering utgör därmed på denna grund en del av EU:s primärrätt. En annan primärrättslig källa för förbudet är Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna som i dess artikel 21 förbjuder diskriminering utifrån bland annat ålder, och att inte bli diskriminerad på grund av ålder kan sålunda ses som en grundläggande rättighet vars skydd EU-rätten garanterar. Vidare utgör arbetslivsdirektivet, i vilket de mer utförliga bestämmelserna återfinns, en sekundärrättslig källa till stöd för förbudet mot åldersdiskriminering. Förutom dessa tre rättsliga stöd framhåller Kilpatrick även viss inspiration från Europakonventionen som ytterligare ett juridiskt tillnärmelsesätt som EU-domstolen tillämpar i fråga om diskrimineringsrätt.¹⁵⁴ Samtidigt som dessa rättskällor kan ses som förstärkande sinsemellan, inställer sig frågan hur dessa förhåller sig till varandra och vilken omfattning åldersdiskrimineringsförbudet har som en följd av detta, en fråga som framställningen ovan visar inte är lätt att besvara. Mångfalden av rättskällor bidrar alltså ytterligare till förbudets komplexitet, särskilt som denna ställs mot de redan berörda undantagen.

Förhållandet mellan åldersdiskrimineringsförbudets natur som allmän rättsprincip och bestämmelserna i arbetslivsdirektivet är därutöver kopplad till frågan om EU-direktivs rättskraft. Trots en gradvis utökning av EU-direktivs rättsliga genomslagskraft och tillämpningsområde har EU i praxis upprepade gånger valt att upprätthålla regeln om att direktiv inte kan ha horisontell direkt effekt. Denna balansgång har föranlett diskussioner kring de rättsliga gränsdragningarna i denna fråga, samtidigt som EU-domstolen har varit förhållandevis tystlåten i fråga om sina rättsliga motiv.¹⁵⁵ Det faller emellertid utanför den här uppsatsens utrymme och syfte att närmare undersöka frågan om EU-direktivs rättskraft, men det kan vara lämpligt att här ändå påpeka åldersdiskrimineringsförbudets beröringspunkter med denna mer övergripande EU-rättsliga fråga.

Utöver det interna förhållandet mellan dessa rättskällor till stöd för förbudet mot åldersdiskriminering finns även frågan kring förbudets förhållande till andra relevanta lagrum. Här kan nämnas rätten att arbeta enligt artikel 15.1 i EU-stadgan som skall utgöra en tolkningsbakgrund för förbudet, även om

¹⁵³ Kilpatrick, s. 296-297

¹⁵⁴ A.a. s. 300-301

¹⁵⁵ A.a. s. 287

denna artikel endast omnämns i två (*Fuchs och Köhler* och *Hörnfeldt*) av alla de rättsfall som rört avgång i samband med pension. Dessutom är artikel 19 FEUF som utgör den rättsliga grunden för arbetslivsdirektivets tillkomst av intresse i sammanhanget och artikelns relation till förbudet specificerades av EU-domstolen i domen *Bartsch*. Hur artikel 19 FEUF och arbetslivsdirektivet närmare förhåller sig till åldersdiskrimineringsförbudet som allmän rättsprincip inom EU är dock fortfarande något oklart.

10.4.2 Förhållandet mellan EU-rätt och svensk rätt

Vissa aspekter av förhållandet mellan EU-rätten och den svenska diskrimineringslagstiftningen och arbetsrätten bör även beröras i denna kontext. Införlivandet av arbetslivsdirektivet och ålder som diskrimineringsgrund i svensk rätt har medfört ett flertal tolkningsfrågor, samtidigt som vägledningen ur direktivet i sig är relativt knapphändig. Det har i stället varit EU-domstolens uttalanden i rättsfall som varit av avgörande betydelse på denna punkt. Vissa oklarheter kring tolkningen av arbetslivsdirektivets bestämmelser kvarstår dock i den svenska diskrimineringsrätten, exempelvis i förarbetena där ekonomiska hänsyn som berättigat intresse ges en annan tyngd än vad som synes motiverat utifrån tidigare uttalanden från EU-domstolen.

Det bör här framhållas att arbetslivsdirektivet är ett minimidirektiv och därmed sätter en lägstanivå för det skydd som skall garanteras direktivets skyddsobjekt. Skillnader mellan arbetslivsdirektivets krav och svenska regler innebär alltså inte att dessa nödvändigtvis är oförenliga med EU-rätten. I vissa delar går åldersdiskrimineringskyddet på svensk nivå utöver de krav som ställs inom EU-rätten. Det finns exempelvis inget EU-rättsligt krav på att ha ett ombudsmannainstitut för fall av eventuell åldersdiskriminering.¹⁵⁶

Som regeringen uttrycker i propositionen är Diskrimineringslagens syfte att vara heltäckande i så mening att EU-direktiven rörande likabehandling och diskriminering skall vara slutligt genomförda i Sverige.¹⁵⁷ Om det skulle visa sig finnas brister i implementeringen av direktiven kan dessa, som Göransson med flera skriver, ”åberopas i en process mot stat, kommun eller landsting, däremot inte mot privata arbetsgivare”.¹⁵⁸ Detta följer av att arbetslivsdirektivet, i likhet med andra EU-direktiv, riktar sig till medlemsstaterna i enlighet med dess artikel 21 och att ansvaret för implementeringen vilar på respektive medlemsstat. Förhållandet mellan privata parter bör dock behandlas ytterligare. Direktiv som riktar sig till medlemsstaterna kan som EU-domstolen har framhållit inte skapa någon horisontell direkt effekt, dvs. att ett privat subjekt kan förlita sig på direktivet i förhållande till ett annat privat subjekt.¹⁵⁹ Det bör dock i detta sammanhang understrykas som nämnts ovan att själva förbudet mot åldersdiskriminering och likabehandlingsprincipen har givits status som allmän rättsprincip, och har i kraft av detta direkt horisontell effekt. En privat part i en civilrättslig tvist kan således åberopa förbudet mot åldersdiskriminering gentemot en annan privat part, åtminstone så länge det sker inom ramen för EU-lagstiftning som aktualiserar rättsprincipen.¹⁶⁰ Mångfalden av EU-rättsliga källor ger därmed utökade möjligheter för en part att åberopa förbudet mot åldersdiskriminering, men försvårar samtidigt som nämnts förståelsen av förbudets innebörd och omfattning. Den nationella domstolens skyldighet i sammanhanget kan belysas genom att citera EU-domstolens slutsats i rättsfallet *Kücükdeveci*, nämligen att det är den nationella domstolens ansvar, oberoende av om förhandsavgörande inhämtas, ”att i en tvist mellan enskilda säkerställa att principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder, såsom den har kommit till uttryck i direktiv 2000/78,

¹⁵⁶ Numhauser-Henning (1), s. 440

¹⁵⁷ Prop. 2007/08:95, s. 2

¹⁵⁸ Göransson m.fl., s. 28

¹⁵⁹ Rosas, s. 67

¹⁶⁰ Craig, De Burca, s.894

iakttas, genom att vid behov underlåta att tillämpa varje bestämmelse i den nationella lagstiftningen som strider mot denna”.¹⁶¹

Några ord bör också nämnas om EU-rättens mer övergripande inverkan på svensk arbetsrätt. Åldersdiskrimineringsförbudet bygger, i likhet med andra av EU-rätten påbjudna diskrimineringsförbud, på ett individcentrerat perspektiv där säkerställandet av individens rättigheter är primärt. Detta medför vissa svårigheter i mötet med den svenska arbetsmarknaden som i stort bygger på kollektivavtalsregleringar. Nyström skriver att den ”hastigt växande icke-diskrimineringslagstiftningen till följd av EU-rätten representerar i sig en utmaning för den svenska modellen med dess övervägande kollektiva inriktning”¹⁶² och att ”kollektivavtalet som regleringsinstrument försvagats, eftersom EU-rätten inte kan genomföras enbart i kollektivavtal av svensk modell. Genom att kollektivavtalet försvagas så försvagas också arbetsmarknadens parter i förhållande till staten och lagstiftaren.”¹⁶³ Konsekvensen av detta kan bli att arbetsmarknadens parter intresse av åldersdiskrimineringsfrågor minskar eftersom deras förhandlingsutrymme i dessa frågor är starkt begränsat. På så vis riskerar även deras känsla av delaktighet i och samröre med frågorna att minska vilket kan ha tydligt negativa följder, inte minst för arbetet med aktiva åtgärder som omnämns längre fram. Å andra sidan har den flexibilitet som kollektivavtalsreglering medger i åldersdiskrimineringsfall framhållits av EU-domstolen som ett argument för att avvägningen av olika berättigade intressen är proportionell, vilket skulle kunna tyda på att domstolens förtroende för arbetsmarknadens parter att hitta egna välavvägda lösningar skulle vara större just i fråga om åldersdiskriminering. Förhandlingsrätten som sådan är även skyddad enligt artikel 28 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Detta till trots får utformningen av de EU-rättsliga diskrimineringsförbuden anses medge ett något begränsat utrymme för att utöva denna rätt. Med hänsyn till detta begränsade förhandlingsutrymme kan det också ifrågasättas om möjligheten att genomföra direktiv i kollektivavtal är någon fördel jämfört med lagstiftning. Nyström framhåller att ett ”system som tillåter avsteg från direktiv genom kollektivavtal är kanske ett bättre närmande till en ’nordisk modell’ där den enskilde ändå har garanti för ett grundläggande gemensamt skydd.”¹⁶⁴ Sammantaget kan det hur som helst konstateras att denna övergripande ”perspektivkonflikt” får konsekvenser även för åldersdiskrimineringskyddet inom svenskt arbetsliv.

10.5 Åldersdiskrimineringskyddets rättsstatus

Den ställning förbudet mot åldersdiskriminering har är i förhållande till de andra diskrimineringsgrunderna i 1 kap 1 § DL ytterst speciell. Sedd som ett uttryck för likabehandlingsprincipen har förbudet givits status som allmän rättsprincip inom EU-rätten, samtidigt som ingen annan diskrimineringsgrund har så många undantag från sin tillämpning. Dessa undantag motiveras, som framställningen ovan visar, inte endast indirekt diskriminering utan även direkt sådan. I doktrin har ifrågasatts om man med så många inskränkningar kan tala om ett diskrimineringsförbud i verklig mening. Christensen skrev vid tillkomsten av arbetslivsdirektivet att åldersdiskrimineringsförbudet inte uppfyller det krav som är grundläggande i all diskrimineringslagstiftning, nämligen ”att individen har rätt att bli bedömd utifrån sina egna förutsättningar, inte utifrån sin gruppstillhörighet.”¹⁶⁵ Onekligen framstår åldersdiskrimineringsförbudet som något fragmentariskt när man ställer de olika rättsliga stöden för förbudet emot de omfattande undantagen från detsamma. I jämförelse med de andra diskrimineringsgrunderna är grunden ålders ställning, den relativa mångfalden av rättskällor till

¹⁶¹ Küçükdeveci, slutsats 2)

¹⁶² Nyström (2), s. 12

¹⁶³ A.a. s. 13

¹⁶⁴ Nyström (1), s. 351

¹⁶⁵ Christensen, s. 64

trots, uppenbart svag, och Craig och De Burca konstaterar i sammanhanget att det på EU-nivå kvarstår en sorts hierarki i fråga om skyddsvärde mellan diskrimineringsgrunderna, där ålder tycks ligga nära botten.¹⁶⁶

11. Frågan om regleringar

11.1 Regleringar kring åldersdiskrimineringsförbudet

Mot bakgrund av framställningen ovan kommer jag i det följande att undersöka vilka eventuella lagregleringar som bör vidtas i fråga om åldersdiskrimineringsförbudet.

11.1.1 Utrymmet för lagreglering

Det lagmässiga utrymmet för regleringar rörande förbudet mot åldersdiskriminering bestäms till största delen av EU-rätten och av arbetslivsdirektivet i synnerhet. Direktivet sätter i kraft av minimidirektiv en lägsta gräns för det skydd som skall garanteras de individer som omfattas av direktivet. Lagändringar får alltså inte innebära att detta skydd inskränks, däremot får bestämmelser införas som är mer fördelaktiga i fråga om upprätthållandet av likabehandlingsprincipen än de som anges i direktivet enligt artikel 8.1. Det följer alltså att eventuella regleringar av förbudet mot åldersdiskriminering måste vara inriktade på en förstärkning av diskrimineringsskyddet.

11.1.2 Ålderspreferenser i platsannonser

Med tanke på de givna ramarna från EU-rättsligt håll och nödvändigheten av undantag för ålder anser jag rent generellt att utformningen av åldersdiskrimineringsförbudet inte föranleder några specifika regleringar. Särskilt en fråga kommer jag emellertid att undersöka närmare, nämligen det faktum att diskrimineringsförbudet i DL inte omfattar platsannonsers utformning.

Exkluderandet av platsannonsers utformning från diskrimineringsförbudet får anses utgöra ett betydande undantag från principen om att diskrimineringsförbuden omfattar hela anställningsprocessen.¹⁶⁷ Orsaken är att förbudet för sin tillämplighet förutsätter att en individ gör en förfrågan med anledning av den utannonserade tjänsten eller söker densamma, varpå platsannonsern som nämnts kan få betydelse som bevismedel vid en efterkommande tvist. Även om det således står arbetsgivaren fritt att ange ålderspreferenser i platsannonser har det också framhållits att utformningen av platsannonser kan ifrågasättas utifrån bestämmelserna om aktiva åtgärder. Faktum kvarstår dock att uttryckliga ålderspreferenser i en platsannons kan avskräcka vissa personer från att överhuvudtaget söka tjänsten. Även om de inte faktiskt hindras från att lämna in en ansökan kan effekten av preferensangivelserna i slutändan ändå bli att de arbetssökande avstår från att söka den aktuella anställningen. Utformningen av diskrimineringsförbudet förutsätter i detta avseende därmed förhållandevis aktiva enskilda individer för att påvisa diskriminering. I sammanhanget kan även nämnas EU-domstolens dom i rättsfallet *Feryn NV* ovan om att arbetsgivares offentliga uttalanden att inte anställa vissa personer i vissa fall kan utgöra direkt diskriminering.

Bör då åldersdiskrimineringsförbudet även omfatta platsannonsers utformning? I förhållande till omständigheterna i fallet *Feryn NV* torde uttalanden från en arbetsgivares sida att hen inte kommer anställa personer av en viss ålder vara förhållandevis sällsynta, vilket är förklarligt med tanke på de potentiella negativa effekterna för arbetsgivarens rykte och verksamhet det kan medföra. Det bör därutöver påpekas att en arbetsgivares uttalanden om att hen inte kommer anställa personer av en viss ålder inte per automatik är detsamma som att ange ålderspreferenser i en platsannons. Även om

¹⁶⁶ Craig, De Burca, s. 921

¹⁶⁷ Glavå, s. 341

preferenser om ålder anges i annonsen har inte arbetsgivaren därmed uttryckt att hen inte kommer anställa sökande som avviker från den angivna åldern. Det går naturligtvis att argumentera för att gränsen är diffus mellan dessa två fenomen och att de bägge när det kommer till kritan kan avskräcka arbetsökande från att söka en tjänst. Även om detta är möjligt kan det emellertid ifrågasättas om det ens är praktiskt genomförbart att låta åldersdiskrimineringsförbudet omfatta platsannonsers utformning. Vissa tjänster såsom trainee- och lärlingstjänster är avsedda för yngre arbetstagare och en arbetsgivare bör således kunna ange ålderspreferenser i platsannonsen. Vidare vore en sådan utsträckning av förbudet mot åldersdiskrimineringsförbudet inte koherent med tanke på de undantagsmöjligheter i rekryteringssituationer som existerar för samma förbud. Både uttryckliga åldersgränser kopplade till verkligt och avgörande yrkeskrav, såsom 30-årsgränsen i fallet *Wolf*, och högsta åldersgränser för rekrytering i linje med undantagsexemplet i artikel 6.1. c (må vara att frågan om var denna gräns får dras är osäkert) utgör undantag som enligt min mening talar emot att ålderspreferenser i platsannonser skall kunna angripas utifrån åldersdiskrimineringsförbudet som sådant. En sådan reglering skulle nämligen svårigen vara kompatibel med den aktuella utformningen av detta förbud med omfattande undantagsmöjligheter.

Även om det således inte är motiverat att vidta regleringar i detta avseende kvarstår förhållandet att enskilda personer ges ett förhållandevis stort ansvar i uppmärksammandet av diskriminerande rekryteringsförfaranden. Med tanke på åldersdiskrimineringsförbudets begränsade möjligheter härvid bör möjligen i stället åtgärder med en kompletterande funktion vidtas för att underlätta för de arbetsökande. Vi kommer härmed in på bestämmelserna om aktiva åtgärder.

11.2 Aktiva åtgärder

Bestämmelserna om aktiva åtgärder i 3 kap. DL utgör tillsammans med diskrimineringsförbuden i 2 kap. DL de konkreta regler som strävar efter att uppnå lagens syfte att motverka diskriminering och på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter utifrån diskrimineringsgrunderna. Bestämmelserna om aktiva åtgärder är dock främst inte menade att tillämpas i enskilda fall på samma sätt som förbudsreglerna, utan har en mer generell och kollektiv tillämpning. Syftet med dessa allmänt formulerade bestämmelser är att verka för ökade ansträngningar för att motverka diskriminering på ett mer förebyggande sätt än diskrimineringsförbuden. Reglerna om aktiva åtgärder kan närmast definieras som en ramlagstiftning, där de mer specifika åtgärder som skall vidtas bestäms utifrån de aktuella omständigheterna.¹⁶⁸

I nuläget omfattas inte diskrimineringsgrunden ålder av bestämmelserna om aktiva åtgärder utan dessa berör endast grunderna kön, etnisk tillhörighet samt religion eller annan trosuppfattning. Frågan om att utvidga tillämpningsområdet till även de andra diskrimineringsgrunderna var dock uppe för bedömning vid beredningen av Diskrimineringslagen, men regeringen ansåg att det framlagda förslaget var alltför allmänt hållet samtidigt som det inte var tillräckligt utrett vilka konsekvenser förslaget skulle få. Med hänsyn till detta förklarade regeringen att inga nya bestämmelser om aktiva åtgärder skulle införas och att frågan skulle utredas ytterligare.¹⁶⁹ Följaktligen har Arbetsmarknadsdepartementet tillsatt en utredning rörande bland annat frågan om en utvidgning av kravet på aktiva åtgärder till andra grunder, vars resultat ska redovisas senast den 1 november 2013.¹⁷⁰ Min tanke med detta avsnitt är att utreda om diskrimineringsgrunden ålder bör omfattas av reglerna om aktiva åtgärder och även vilka andra eventuella regleringar som bör ske i anslutning till detta.

¹⁶⁸ Prop. 2007/08:95, s. 317

¹⁶⁹ A.prop. s. 319

¹⁷⁰ Kommittédirektiv 2012:80

11.2.1 Utrymmet för lagreglering

För diskrimineringsgrundens ålders vidkommande är artikel 7.1 i arbetslivsdirektivet av störst betydelse i fråga om regleringsutrymmet i fråga om aktiva åtgärder. Där anges att likabehandlingsprincipen inte får hindra en medlemsstat från att, i syfte att säkerställa full jämlikhet i yrkeslivet, ”behålla eller besluta om särskilda åtgärder för att förhindra att personer på någon av de grunder som anges i artikel 1 missgynnas eller att kompensera för ett sådant missgynnande.”

En form av aktiva åtgärder som dock särskilt riskerar att komma i konflikt med den EU-rättsliga likabehandlingsprincipen är positiv särbehandling. Positiv särbehandling, som är reglerad i 3 kap 9 § DL och i nuläget endast avser grunden kön, innebär en möjlighet för arbetsgivaren att beakta arbetssökandens kön vid rekrytering för att uppnå en större balans mellan män och kvinnor i en viss typ av arbete eller inom en viss kategori av arbetstagare. Åtgärden utgör således ett undantag från könsdiskrimineringsförbudet vilket även uttrycks i 2 kap 2 § p.2 DL. Som denna regel uttalar skall dock denna åtgärd vara ett led i ett strävande att främja jämställdhet, vilket innebär att den positiva särbehandlingen måste ingå i jämställdhetsplanen, vilken behandlas längre ned, eller annars utgöra en del av arbetsgivarens personalpolitiska beslut.¹⁷¹ Ytterligare krav ställs dock för att positiv särbehandling skall ses som förenlig med EU-rätten. Diskrimineringskommitténs sammanfattning utifrån EU-praxis av dessa krav, vari regeringen instämde, uttalar att positiv särbehandling är tillåten

– när två arbetssökande, arbetstagare etc. har lika eller nästan lika meriter. Om det råder en påtaglig skillnad mellan t.ex. två personers meriter eller personliga kvalifikationer är positiv särbehandling inte tillåten,

– så länge en egenskap som t.ex. kön eller etnisk tillhörighet inte är automatiskt eller ovillkorligt avgörande, utan en objektiv bedömning görs av t.ex. en arbetssökandes alla meriter och personliga förhållanden där även icke-traditionella meriter får vägas in, och

– om särbehandlingen står i proportion till ändamålet.¹⁷²

Detta innebär att kvotering inte är förenlig med EU-rätten eftersom kravet på individuell prövning av arbetssökande inte uppfylls med hänsyn till det automatiska företräde åtgärden innebär. Slutligen bör det påpekas att möjligheten för arbetsgivaren till positiv särbehandling inte innebär någon skyldighet i det enskilda fallet att positivt särbehandla, utan arbetsgivaren kan alltid i det enskilda fallet välja att rekrytera den mest meriterade arbetssökanden.¹⁷³

10.2.2 Samverkan och målinriktat arbete

Bestämmelserna om aktiva åtgärder i 3 kap. DL är av varierande slag men har det gemensamma draget att de ska ske i samverkan mellan arbetsgivare och arbetstagare enligt 3 kap. 1 § DL. Innebörden av denna allmänt hållna regel är att arbetsgivaren och de fackliga organisationerna på arbetsplatsen skall föra en dialog om hur de aktiva åtgärderna praktiskt skall genomföras. Formerna för denna samverkans genomförande styrs inte av några uttryckliga regler utan parterna kan komma överens om detta själva med hänsyn till eventuella särskilda behov i en viss bransch eller på en arbetsplats. Vidare skall arbetsgivaren enligt 3 kap. 3 § DL inom ramen för sin verksamhet bedriva ett målinriktat arbete för att aktivt främja lika rättigheter och möjligheter i arbetslivet oavsett kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning. Denna skyldighet innebär att samtliga arbetsgivare skall på eget initiativ bedriva ett planmässigt arbete med klara målsättningar för att främja lika rättigheter och

¹⁷¹ Glavå, s. 415

¹⁷² Prop. 2007/08:95, s. 166-167

¹⁷³ Glavå, s. 415

möjligheter på arbetsplatsen. Åtgärderna skall med andra ord inte vara improviserade eller av tillfällig natur utan skall bedrivas regelbundet utifrån klara fastställda mål.¹⁷⁴ Mer preciserade bestämmelser om aktiva åtgärder återfinns i 3 kap. 4-13 §§ DL, vilka rör frågor om arbetsförhållanden, rekrytering, lönefrågor och jämställdhetsplan. Utifrån dessa fyra områden och befintliga bestämmelser kommer jag nedan behandla specifika frågor som kan uppstå gällande ålder i förhållande till respektive område.

11.2.3 Arbetsförhållanden

Enligt 3 kap. 4 § DL skall arbetsgivaren genomföra sådana åtgärder som med hänsyn till dennes resurser och omständigheterna i övrigt kan krävas för att arbetsförhållandena ska lämpa sig för alla arbetstagare oberoende av de omfattade diskrimineringsgrunderna. Denna skyldighet inbegriper både den fysiska och den psykosociala arbetsmiljön på arbetsplatsen.¹⁷⁵ Liknande skyldigheter för arbetsgivaren, om än inte kopplade till särskilda faktorer som kön och etnicitet, framgår även av arbetsmiljölagstiftning.¹⁷⁶ Specifika behov och förutsättningar utifrån grunden ålder varierar givetvis kraftigt beroende på vilken period i livet man befinner sig i. En aspekt som redan berörts är avtagande fysiska förmågor som berör främst äldre arbetstagare. I detta avseende kan nämnas redan befintliga åtgärder för att både kvinnor och män skall kunna utföra fysiskt krävande arbetsuppgifter, såsom anpassning av maskiner och utrustning på arbetsplatsen för att anställda av bägge könen skall kunna använda dessa. Sådana åtgärder bidrar även till att generellt fler äldre kan utföra arbetsuppgifterna. Krav på muskelstyrka och andra fysiska förmågor kan naturligtvis även missgynna yngre arbetstagare och åtgärder som bidrar till att göra arbetsförhållandena mer likvärdiga kan därmed ha gynnsamma effekter för olika åldersgrupper samtidigt. Rörande arbetsorganisationen kan åtgärder som arbetsbyte och arbetsrotation enligt min mening ha gynnsamma effekter inte bara mellan kvinnor och män utan också för personer ur olika åldersgrupper, särskilt i fråga om monotona arbetsmoment som medför risk för belastningsskador. Friskvård under arbetstid är ytterligare en åtgärd som på ett långsiktigt sätt kan förebygga fysisk ohälsa hos arbetstagare oavsett ålder.

I fråga om försämrade sinnesförmågor till följd av en stigande ålder bör också vissa aktiva åtgärder rörande arbetsförhållandena kunna vidtas. I likhet med att manualer och säkerhetsföreskrifter kan behöva översättas till andra språk för att främja etnisk mångfald på en arbetsplats,¹⁷⁷ bör exempelvis även vissa viktigare texter eller föreskrifter kunna skrivas tydligare eller med större typsnitt för att underlätta för anställda med sämre syn. Naturligtvis finns här en bortre gräns och dylika åtgärder bör inte krävas av arbetsgivaren i fråga om anställda som inte längre uppfyller yrkeskrav på fysisk förmåga för ett visst arbete.

3 kap. 5 § DL föreskriver åtgärder för att underlätta för både kvinnliga och manliga arbetstagare att förena förvärvsarbete och föräldraskap. Regeln syftar till en jämnare fördelning av föräldraledigheten och rör uteslutande diskrimineringsgrunden kön.¹⁷⁸ Även om det är vanligare att skaffa barn i vissa åldrar är grunden ålder i sig inte relevant för regelns tillämplighet. Det är därför enligt min mening inte aktuellt att bedöma grunden ålder i förhållande till denna regel.

Vidare gällande arbetsförhållanden skall arbetsgivaren i enlighet med 3 kap. 6 § DL vidta åtgärder för att förebygga och förhindra att någon arbetstagare utsätts för trakasserier eller repressalier som har samband med de tre ovan nämnda diskrimineringsgrunderna eller för sexuella trakasserier. I detta avseende upprättas ofta policydokument som tydliggör att arbetsgivaren inte tolererar vissa beteenden

¹⁷⁴ Göransson m.fl., s.97-98

¹⁷⁵ Prop. 2007/08:95, s. 535

¹⁷⁶ Se främst Arbetsmiljölagen (1977:1160) och AFS 1993:17.

¹⁷⁷ Göransson m.fl., s. 99

¹⁷⁸ Prop.2007/08:95, s. 536

på arbetsplatsen. Densamme bör även göra klart för anställda vilka följder, som t.ex. omplacering och uppsägning, som kan aktualiseras vid brott mot denna policy samt ha en beredskapsplan för hur sådana ärenden skall hanteras. Arbetsledare och fackliga företrädare bör även utbildas för att lära sig känna igen trakasserier.¹⁷⁹

Trakasserier och repressalier på en arbetsplats riskerar i likhet med redan omfattade diskrimineringsgrunder även förekomma i fråga om ålder. Åldersgrupperingar kan leda till att vissa anställda blir utfrysade från gemenskapen på arbetsplatsen, i synnerhet personer som avviker från den just där rådande åldersnormen. Skämt och kommentarer kollegor emellan kopplade till en arbetstagares ålder kan vidare vara irriterande eller kränkande för den anställde som utsätts medan arbetsgivaren kan ha svårt att uppfatta problematiken i sådana situationer. En utvidgning av nämnda bestämmelse att omfatta även grunden ålder skulle kunna bidra till att synliggöra den beskrivna problematiken. Vissa anställda kanske inte har en uppfattning om hur deras beteende härvidlag påverkar andra personer. Naturligtvis kan jargongen mellan olika arbetsplatser variera och rent bagatellartade incidenter bör inte omfattas, men en sådan reglering som nämnts skulle anser jag kunna tjäna som en bra utgångspunkt för diskussioner om vilka beteenden rörande en persons ålder som är acceptabla eller inte på en viss arbetsplats. Sådana åtgärder skulle därmed potentiellt kunna leda till en mindre ålderssegregerad arbetsplats och i förlängningen ett bättre arbetsklimat.

11.2.4 Rekrytering

3 kap. 7 § DL stadgar att arbetsgivaren skall verka för att personer oavsett kön, etniskt ursprung, religion eller annan trosuppfattning bereds möjlighet att söka lediga anställningar. Regeln tar i huvudsak sikte på utformning av platsannonser för lediga tjänster, där arbetsgivaren exempelvis kan ange att arbetssökande av båda könen välkomnas. En likadan regel för ålder torde kunna tillämpas så att arbetsgivaren analyserar och anpassar utformningen av annonser så att personer ur olika åldersgrupper söker den lediga anställningen. En sådan bestämmelse måste dock begränsas med vissa undantag. I fråga om lärlingsplatser, traineetjänster och liknande anställningar speciellt avsedda för yngre bör arbetsgivaren kunna ange att sökande av en viss ålder efterfrågas, om detta inte skall anses framgå direkt av beskrivningen av den aktuella tjänsten. Även i fråga om anställningar med vissa åldersrelaterade yrkeskrav bör arbetsgivaren kunna ange uttryckliga ålderspreferenser.¹⁸⁰

Ett sätt för att öka mångfalden i rekryteringsprocessen som vissa arbetsgivare använder är anonymisering av ansökningar. Ett exempel är att ansökandens namn döljs i ett inledande skede för att inte rekryteraren medvetet eller mer omedvetet skall välja att inte kalla hen till en intervju eftersom namnet avslöjar en viss etnisk härkomst. Jag är dock frågande till vilka praktiska effekter ett sådant förfarande gällande ålder skulle få. Även om åldern som sådan döljs, framgår det fortfarande av meritförteckningen under vilka år en arbetssökande har utbildat sig respektive arbetat sedan innan. Utifrån dessa uppgifter är det förhållandevis enkelt att ungefärligt uppskatta den sökandes ålder. Att även dölja årtalen i meritförteckningen skulle inte vara en lämplig lösning eftersom handläggningskostnaderna för rekryteringen då lär bli oproportionerliga samtidigt som arbetsgivaren har svårt att bedöma i vilken mån den sökande har aktuella kunskaper som krävs för tjänsten.

Bestämmelserna i 3 kap. 8-9 §§ rör åtgärder för att främja en jämn fördelning mellan kvinnor och män i skilda typer av arbete och inom olika kategorier av arbetstagare och rör som synes endast diskrimineringsgrunden kön. Tanken bakom den förra av dessa bestämmelser är att genom utbildning, kompetensutveckling och andra lämpliga åtgärder främja att kvinnor ”bryter in” på mansdominerade yrkesområden och vice versa och att anställda av båda könen skall kunna befordras till högre

¹⁷⁹ Prop. 2007/08:95, s. 536-537

¹⁸⁰ Jämför fallet Wolf ovan.

tjänster.¹⁸¹ Liknande åtgärder i fråga om ålder skulle kunna ha vissa positiva effekter, t.ex. undvikande av fall där äldre arbetstagare nekas vidareutbildning eller kompetensutveckling till förmån för yngre arbetstagare enbart på grund av ålder. Ett visst utrymme för skön bör dock här finnas för arbetsgivaren, i synnerhet om den anställde snart skall gå i pension och kompetensutvecklingen därför inte bringar någon egentlig nytta för arbetsgivaren. Generellt finns dock klara begränsningar för en övergripande fördelning av olika åldrar i skilda typer av arbeten och inom olika arbetstagar-kategorier. Vissa typer av arbeten eller befattningar är ouplösligt förknippade med att den anställde har en viss erfarenhet eller kompetens som krävs för tjänsten, och att i detta avseende eftersträva en jämn åldersfördelning rent generellt kan inte ses som motiverat. Ett grundläggande problem i sammanhanget är gränsdragningssvårigheten mellan olika åldrar vilket tydligt komplicerar frågan om vad en "jämn" fördelning skall vara. Med tanke på de förhållandevis omfattande krav för att enligt 3 kap. 9 § DL tillämpa positiv särbehandling i fråga om kön där uppdelningen mellan olika grupper är tydlig anser jag inte att positiv särbehandling skall kunna grundas på ålder, eftersom de diffusa gränserna riskerar att medföra en godtycklig tillämpning av sådana åtgärder i enskilda rekryteringsfall.

11.2.5 Lönefrågor

3 kap. 10-12 §§ DL behandlar åtgärder i syfte att uppnå mer jämställda löner och andra anställningsvillkor mellan kvinnor och män. 3 kap. 10 § DL stadgar att arbetsgivaren vart tredje år skall utföra en kartläggning och analys i fråga om tillämpade bestämmelser och praxis om löner och andra anställningsvillkor hos arbetsgivaren samt löneskillnader mellan kvinnor och män som utför arbete som är att betrakta som lika eller likvärdigt. 3 kap. 11 § DL innebär vidare en skyldighet för arbetsgivare med minst 25 anställda att vart tredje år upprätta en handlingsplan för jämställda löner där resultatet av kartläggningen och analysen enligt 3 kap. 10 § DL skall presenteras. 3 kap. 12 § DL stadgar slutligen en skyldighet för arbetsgivaren att förse arbetstagarorganisation till vilken arbetsgivaren är bunden av kollektivavtal med den information som behövs för samverkan om åtgärder enligt 3 kap. 10-11 §§ DL.

En anställds ålder har som nämnts tidigare ett indirekt samband med den yrkeserfarenhet och samlade kompetens den anställde har inhämtat och i det avseendet är det inte förvånande att lönenivåerna generellt är högre för äldre arbetstagare än för yngre. Utformningen av de nämnda reglerna bör dock kunna innebära att en närmare analys om löner och andra anställningsvillkor är möjlig även i fråga om ålder. I fråga om anställda som utför arbete som är att betrakta som lika eller likvärdigt torde arbetsgivaren således kunna analysera om löneskillnader mellan anställda av olika ålder motiveras av motsvarande skillnader i yrkeserfarenhet och kompetens. Om de anställdas meriter vid en sådan jämförelse är likvärdiga kan detta vara ett tecken på att de bestämmelser och den praxis arbetsgivaren tillämpar i fråga om löner och andra anställningsvillkor bör ses över. En viss individuell flexibilitet bör förvisso medges i sammanhanget och bagatellartade löneskillnader bör inte fästas större avseende vid. Analysen och kartläggningen som sådan skulle dock kunna tjäna till att uppmärksamma utifrån vilka faktorer arbetsgivaren sätter en anställds lön. Detta skulle exempelvis kunna tillämpas i fråga om ingångslöner för anställda och i de fall särskilda löneskalor används hos en arbetsgivare.

Tanken bakom ett införlivande av diskrimineringsgrunden ålder under aktiva åtgärder rörande lönefrågor är därmed inte att helt utjämna existerande löneskillnader mellan olika åldrar. Ett syfte kan dock vara att undersöka vilka rutiner arbetsgivaren utgår ifrån vid bestämningen av de anställdas löner och härvid uppmärksamma omotiverad åldersdiskriminering.

¹⁸¹ Prop. 2007/08:95, s. 335

11.2.6 Jämställdhetsplan

3 kap. 13 § DL innebär slutligen en skyldighet för arbetsgivare med minst 25 anställda att vart tredje år upprätta en plan för sitt jämställdhetsarbete, som skall innehålla en översikt över behövliga och planerade åtgärder enligt 4-9 §§ och en översiktlig redovisning av handlingsplanen för jämställda löner enligt 11 §. Regeln innebär inga särskilda frågeställningar i förhållande till ålder utan denna rapporteringsskyldighet bör utan svårigheter kunna omfatta aktiva åtgärder utifrån ålder på samma sätt som för andra diskrimineringsgrunder.

11.2.7 Brister hos de nuvarande bestämmelserna om aktiva åtgärder

Trots den viktiga kompletterande rollen hos bestämmelserna om aktiva åtgärder har det framförts kritik mot regleringen och påpekanden av brister hos densamma. Bestämmelserna om aktiva åtgärder har bland annat kritiserats från arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer för att vara otydliga.¹⁸² Vidare visar slutsatser från utredare att bestämmelserna om aktiva åtgärder lider av en viss ineffektivitet, på så vis att de aktiva åtgärderna genomförs med en bristande systematik och utgörs främst av enstaka insatser som varken kopplas till ett sammanhang eller återkommer regelbundet. Gällande medvetandegörandet av diskrimineringsfrågor hos anställda är slutsatsen relativt nedslående: ”I arbetslivet har det inte gått att påvisa en ökad förståelse eller kunskap om diskrimineringsfrågor som kan hänföras till arbetsgivares arbete med aktiva åtgärder.”¹⁸³ I samma utredning poängteras dock att ”lagarna utgjort ett adekvat stöd för olika myndigheter, organisationer och enskilda personer i arbetet för att främja lika rättigheter och möjligheter” och en i lag definierad systematik tillsammans med kontinuerligt uppföljningsarbete som skall dokumenteras skriftligt föreslås för att förbättra arbetet med aktiva åtgärder inom arbetslivet.¹⁸⁴ Fackliga organisationer har i sammanhanget framfört förslag på att aktiva åtgärder även skall kunna regleras i kollektivavtal, vilket enligt organisationernas åsikt skulle medföra att reglerna blev mer effektiva och oftare tillämpade än om bara generell lagstiftning finns.¹⁸⁵ I SOU 2010:7 fastslås dock att ett skäl till att semidispositiviteten avskaffades i den gamla jämställdhetslagen var parternas svaga intresse för åtgärdsarbetet och att detta intresse inte tycks ha ökat nämnvärt. Fakta talar i stället enligt utredaren för att ”främjandearbete ligger vid sidan om de frågor som parterna prioriterar.”¹⁸⁶

11.2.8 Sammanfattning av bestämmelser om aktiva åtgärder utifrån ålder

Framställningen ovan visar att möjligheterna för att inkludera diskrimineringsgrunden ålder under bestämmelserna kring aktiva åtgärder i arbetslivet varierar mellan olika områden. Anpassning av arbetsförhållanden utifrån ålder bör i flertalet fall kunna vidtas där viss vägledning även kan hämtas från de diskrimineringsgrunder som aktiva åtgärder redan sker utifrån. Detta gäller även för det aktiva arbetet mot trakasserier och repressalier på arbetsplatsen. Ett visst utrymme för åldersrelaterade aktiva åtgärder torde även finnas gällande lönefrågor, medan bestämmelserna om aktiva åtgärder rörande rekrytering emellertid uppvisar särskilda svårigheter i förhållande till ålder. Sammantaget finns dock flera områden där aktiva åtgärder utifrån ålder skulle kunna vidtas för att på ett förebyggande sätt motverka åldersdiskriminering i arbetslivet.

De ovan nämnda bristerna med nuvarande bestämmelserna om aktiva åtgärder tyder på att en översyn av dessa bestämmelser bör utföras. Risken är annars att samma otydlighet och bristande systematik skulle drabba aktiva åtgärder utifrån diskrimineringsgrunden ålder. I detta sammanhang torde därför en lagdefinierad systematik för åtgärdsarbetet behöva införas som syftar till att arbetsgivare mer

¹⁸² Kommittédirektiv 2012:80, s. 2

¹⁸³ SOU 2010:7, s. 143

¹⁸⁴ A.bet. s. 145

¹⁸⁵ Kommittédirektiv 2012:80, s. 3

¹⁸⁶ SOU 2010:7, s. 21-22

kontinuerligt skall undersöka och analysera vilka åtgärder som krävs för att motverka diskriminering och främja lika rättigheter och möjligheter på arbetsplatsen. Med vilken uttrycklig frekvens denna analys skall genomföras och hur uppföljningsarbetet och tillsynen av åtgärdsarbetet skall ske för att vara effektivt är dock frågor som inte ryms att besvaras närmare inom ramen för den här uppsatsen. Med tanke på det svaga intresset från arbetsmarknadens parter att själva driva på åtgärdsarbetet tycks en lagstadgad möjlighet att reglera aktiva åtgärder i kollektivavtal riskera att bli relativt verkningslös. Det förefaller därför som att det åtminstone i nuläget inte finns anledning att ändra något i detta avseende. Det bör nämnas att med tanke på den övergripande koherensen hos diskrimineringslagstiftningen torde lagändringar troligen krävas även gällande övriga diskrimineringsgrunder. Fokus för denna uppsats har dock varit diskrimineringsgrunden ålder och det har således inte legat inom ramen för detta arbete att undersöka övriga grunders förenlighet med åtgärdsbestämmelserna i 3 kap. DL.

11.3 Förslag till regleringar

Sammanfattningsvis anser jag att inga lagändringar avseende åldersdiskrimineringsförbudet bör genomföras i nuläget. Jag efterlyser dock ökad vägledning ur praxis gällande undantag från åldersdiskrimineringsförbudet, i synnerhet gällande det generella undantagets tillämplighet i rekryteringssituationer.

Jag anser vidare att diskrimineringsgrunden ålder bör vara en av de grunder som omfattas av aktiva åtgärder enligt 3 kap. 1 § DL. Aktiva åtgärder utifrån ålder bör särskilt kunna vidtas i fråga om arbetsförhållanden enligt 3 kap. 4 och 6 §§ samt lönefrågor enligt 3 kap. 10-11 §§. En övergripande bestämmelse där en systematik definieras för hur arbetet med aktiva åtgärder skall bedrivas bör likaså införas.

12. Avslutning

Efter att härmed ha besvarat frågeställningarna i inledningen vill jag avslutningsvis göra en övergripande utblick över framtiden inom diskrimineringsrättens område. EU-rätten får anses ha utgjort den enskilt största drivkraften bakom utvecklingen av diskrimineringsrätten inom arbetslivsområdet de senaste två årtiondena och kommer av allt att döma fortsätta att inneha den rollen inom överskådlig framtid, även om den svenska lagstiftaren också har visat en viss egen pådrivande kraft på området.¹⁸⁷ Med det gradvis ökande antalet diskrimineringsgrunder aktualiseras frågan om en öppen lista för dessa grunder bör införas. Även om den svenska regeringen i propositionen begränsade omfattningen till de sju diskuterade grunderna uteslöt regeringen inte möjligheten till ett mer generellt diskrimineringsförbud i framtiden.¹⁸⁸ Scenariot med en framtida öppen lista över diskrimineringsgrunder i DL är inte helt osannolikt. Den svenska rätten kommer även fortsättningsvis att påverkas av EU-rätten, där inspirationen från Europakonventionen varit framträdande i fråga om likabehandling och icke-diskriminering. Ett tydligt exempel är Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna som i likhet med Europakonventionen innehåller en öppen lista över skyddsgrunder. Det återstår dock att se vilken väg den svenska lagstiftaren kommer att välja i detta avseende.

Den EU-rättsliga utgångspunkten i mänskliga rättigheter med ett tydligt individperspektiv har som nämnts bidragit till en större individcentrering och individualisering av den svenska arbetsrätten. Detta

¹⁸⁷ Jämför exempelvis grunden könsöverskridande identitet eller uttryck i 1 kap 1 § DL och existensen av ombudsmannainstitut vilka inte följer av EU-direktiv.

¹⁸⁸ Prop. 2007/08:95, s. 210-211.

får flera konsekvenser för parterna på den svenska arbetsmarknaden. Rönmar framhåller att ”utvecklingen på diskrimineringsområdet, tillsammans med trenderna mot kunskapssamhället, grundrättigheter i arbetslivet och en ökad individualisering av arbetsrätten i förlängningen leder till ett mer allmänt krav på saklig grund för arbetsledningsbeslut.”¹⁸⁹ De ökade möjligheter för rättslig granskning av sådana beslut som en sådan utveckling medför torde även innebära att betydelsen av utförlig dokumentation vid olika arbetsgivarbeslut ökar. Individualiseringen innebär även som tidigare nämnts att de kollektiva strukturerna på den svenska arbetsmarknaden försvagas, och därmed även det inflytande arbetsmarknadsparterna har över de berörda frågorna. Samtidigt har intresset för aktiva åtgärder kopplade till diskrimineringsfrågor varit påfallande svagt hos dessa parter redan från början. Som det har uttryckts i förarbeten och doktrin har bestämmelserna om aktiva åtgärder, åtminstone potentiellt, en viktig kompletterande funktion i förhållande till förbudsreglerna. Traditionellt har dock rättsligt fokus legat på diskrimineringsförbud medan frågan om förebyggande arbete tenderat att sjunka i bakgrunden. En balansering av dessa olika former av diskrimineringskydd skulle vara önskvärd, vilket dock förutsätter aktiva parter som driver på utvecklingen. Fransson och Stüber understryker härvid att fler incitament bör skapas inom arbetslivet för att parterna skall medverka i utvecklingen av diskrimineringskyddet.¹⁹⁰ Med tanke på att inget i nuläget tyder på att den nämnda individualiseringsprocessen kommer att avta utgör frågan om vilka specifika incitament som bör skapas, hur det förebyggande arbetet skall utföras samt hur den svenska diskrimineringslagstiftningen skall utformas för att vara effektiv sammantaget en framtida utmaning för den svenska lagstiftaren och de svenska arbetsmarknadsparterna.

¹⁸⁹ Rönmar, s. 302

¹⁹⁰ Fransson, Stüber, s. 51

13. Referenser

Lagtext

Sverige

Arbetsmiljölagen (1977:1160)

Lagen (1982:80) om anställningsskydd

Socialavgiftslagen (2000:980)

Diskrimineringslagen (2008:567)

Socialförsäkringsbalken (2010:110)

Europeiska unionen

Fördraget om Europeiska unionen

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFF, UNICE och CEEP

Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung

Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling

Internationella konventioner

Förenta Nationernas stadga

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Internationella arbetsorganisationens konvention nr 111 angående diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning

Offentligt tryck

Prop. 2007/08:95 - Ett starkare skydd mot diskriminering

SOU 2010:7 - Aktiva åtgärder för att främja lika rättigheter och möjligheter - ett systematiskt målinriktat arbete på tre samhällsområden

SOU 2013:25 – Åtgärder för ett längre arbetsliv

Kommittédirektiv 2000:106 – Ett utvidgat skydd mot diskriminering

Kommittédirektiv 2009:72 - Ett stärkt skydd mot diskriminering på grund av ålder

Kommittédirektiv 2012:80 - Aktiva åtgärder för att förebygga diskriminering och främja lika rättigheter och möjligheter

Föreskrifter

AFS 1993:17 – Kränkande särbehandling i arbetslivet, Arbetarskyddsstyrelsen

Litteratur

Christensen, A, *Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser*, ur, *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, (red.) Numhauser-Henning, A , Juristförlaget i Lund, 2000

Craig, P, De Burca, G, *EU Law – Text, Cases and Materials*, femte upplagan, Oxford University Press, 2011.

Fransson, S, *Berättigad och positiv särbehandling – undantag från likabehandlingsprincipen* ur *Vänbok till Ronnie Eklund*, (red) Ahlberg, K, Iustus förlag, 2010

Fransson, S, Stüber, E, *Diskrimineringslagen – en kommentar*, Norstedts Juridik, 2010

Gabinus Göransson, H, Slorach, M, H, Flemström, S, del Sante, N, *Diskrimineringslagen*, andra upplagan, Norstedts Juridik, 2011

Glavå, M, *Arbetsrätt*, andra upplagan, Studentlitteratur, 2011

Jensen, U, Rylander, S, Lindblom, P H, *Att skriva juridik – Regler och råd*, fjärde upplagan, Iustus förlag, 2007

Kilpatrick, C, *The Court of Justice and Labour Law in 2010: A New EU Discrimination Law Architecture*, *Industrial Law Journal*, Vol. 40, No. 3, s. 280-301, September 2011

Malmberg, J, *Diskriminering och principalansvar* ur *Vänbok till Ronnie Eklund*, (red.) Ahlberg, K, Iustus förlag, 2010

McCrudden, C, Prechal, S, *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach*, European Commission, 2009

Numhauser-Henning, A, *Åldersdiskriminering och några anställningsskyddsrelaterade frågor* ur *Vänbok till Ronnie Eklund*, (red) Ahlberg, K, Iustus förlag, 2010 (benämns ”1”)

Numhauser-Henning, A, *Om avgång i samband med pension och åldersdiskriminering* ur *Nedslag i den nya arbetsrätten*, (red.) Malmberg, J, Nyström, B, Edström, Ö, Liber, 2012 (benämns ”2”)

Nyström, B, *EU och arbetsrätten*, fjärde upplagan, Norstedts Juridik, 2011 (benämns ”1”)

Nyström, B, *Europeiseringen av den svenska arbetsrätten ur Nedslag i den nya arbetsrätten*, (red.) Malmberg, J, Nyström, B, Edström, Ö, Liber, 2012 (benämns ”2”)

O’ Cinneide, C, *Age discrimination and European Law*, European Commission, 2005

Rosas, A, Armati, L, *EU Constitutional Law – An Introduction*, Hart Publishing, 2010

Rönmar, M, *Arbetsgivarens arbetsledningsrätt – från arbetsgivarprerogativ till krav på saklig grund*, ur Numhauser-Henning, A, *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget i Lund, 2000

Sandgren, C, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, andra upplagan, Norstedts Juridik, 2007

Sigeman, T, *Arbetsrätten – en översikt*, femte upplagan, Norstedts Juridik, 2011

MEMO/08/69, 31/01/2008, European Commission

Aktiva åtgärder mot diskriminering – effekter och kostnader, 2011:4, Statskontoret

Internet

Derland, M, 35-åring för gammal för jobbet, Dagens Arbete 5/4 2013 (2/5 2013), http://www.dagensarbete.se/home/da/content.nsf/aget?openagent&key=35_aring_for_gammal_for_ad_ecco_jobb_1365149797117

Rättsfall

Arbetsdomstolens domar

AD 1999 nr 21

AD 2005 nr 69

AD 2009 nr 11

AD 2010 nr 91

AD 2011 nr 37

AD 2012 nr 3

EU-domstolens domar

Werner Mangold v. Rüdiger Helm, mål C-144/04 , den 22 november 2005

Maria-Luise Lindorfer v. Europeiska unionens råd, mål C-227/04, den 11 september 2007

Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA, mål C-411/05, den 16 oktober 2007

Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v. Firma Feryn NV, mål C-54/07, den 10 juli 2008

Birgit Bartsch v. Bosch und Siemens Hausgeräte (BSH) Altersfürsorge GmbH, mål C-427/06, den 23 september 2008

Age Concern England v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, mål C-388/07, den 5 mars 2009

Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG, mål C-555/07, den 19 januari 2010

David Hütter v. Technische Universität Graz, mål C-88/08, den 18 juni 2009

Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main, mål C-229/08, den 12 januari 2010

Domnica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe, mål C-341/08, den 12 januari 2010

Ingeniørforeningen i Danmark, som för talan för Ole Andersen v. Region Syddanmark, mål C-499/08, den 12 oktober 2010

Gisela Rosenblatt v. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH, mål C-45/09, den 12 oktober 2010

Vasil Ivanov Georgiev v. Tehnicheski universitet – Sofia, filial Plovdiv, förenade målen C-250/09 och C-268/09, den 18 november 2010

Pensionsversicherungsanstalt v. Christine Kleist, mål C-356/09, den 18 november 2010

Gerhard Fuchs och Peter Köhler v. Land Hessen, förenade målen C-159/10 och 160/10, den 21 juli 2011

Sabine Hennigs v. Eisenbahn-Bundesamt och Land Berlin v. Alexander Mai, förenade målen C-297/10 och 298/10, den 8 september 2011

Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach v. Deutsche Lufthansa AG, mål C-447/09, den 13 september 2011

Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH v. Betriebsrat Bord der Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt Gesellschaft mbH, mål C-132/11, den 7 juni 2012

Torsten Hörnfeldt v. Posten Meddelande AB, mål C-141/11, den 5 juli 2012

Erik Jutblad

Första kursregistrering: Vårterminen 2013

Omregistrering: -

Examinationstillfälle: 27 maj 2013