

Åldersdiskriminering

Ett förbud med undantag som regel

Clara Törnsäter Johnsson

Kandidatuppsats inom arbetsrätt
Institutionen för handelsrätt
VT2012

Handledare:
Andreas Inghammar



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning.....	9
Ämne Bakgrund.....	10
Syfte Frågeställning.....	10
Avgränsningar.....	10
Metod och material.....	11
Disposition.....	12
Förbudet mot åldersdiskriminering.....	13
Ålder som diskrimineringsgrund.....	13
Direkt & indirekt diskriminering.....	14
Särskilt om jämförelsen vid påstådd åldersdiskriminering.....	15
Särskilt om orsakssambandet vid påstådd åldersdiskriminering.....	16
Intresseavvägningen.....	16
Skydd mot åldersdiskriminering.....	17
Varför behövs en lag mot åldersdiskriminering?.....	17
Bakgrunden till EU:s arbetslivsdirektiv.....	18
Principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder.....	19
Något om flexicurity.....	20
Undantag från åldersdiskriminering.....	20
Varför behövs undantag från diskrimineringslagen?.....	20
Befogad särbehandling på grund av ålder.....	21
Åldersdiskriminering i praktiken.....	24
Anställningens ingående.....	24
Visstidsanställningar.....	25
Löner och förmåner.....	25
Anställningens avslut.....	26
Uppsägningstid.....	28

Den svenska pensionsåldern.....	30
Ålderism.....	31
Diskussion och analys.....	34
När är särbehandling på grund av ålder tillåten?.....	34
Svensk arbetsrätt och förbudet mot åldersdiskriminering.....	36
Hur skiljer sig ålder från övriga diskrimineringsgrunder?.....	37
Slutsats.....	39
8	
Referensförteckning	41

Sammanfattning

Denna uppsats kommer att diskutera begreppet åldersdiskriminering med fokus på de undantag från diskrimineringsförbudet som finns. Sedan 2008 finns ålder med som diskrimineringsgrund i den svenska diskrimineringslagen som en följd av införlivandet av EU:s arbetslivsdirektiv. Detta innebär att det är förbjudet för en arbetsgivare att diskriminera en arbetstagare eller arbetssökande i alla situationer som kan uppstå dem emellan. Förbudet mot åldersdiskriminering innehåller dock fler undantag än någon annan diskrimineringsgrund och detta skapar en del problemställningar. När får en arbetsgivare särbehandla på grund av ålder? Svaret på detta finns dels i svensk rätt, dels i EU-rätten och jag kommer därför att behandla båda. Utöver särbehandling kommer även diskuteras vad det innebär att ha ålder som diskrimineringsgrund samt hur den särskiljer sig från de övriga med grund i de mänskliga rättigheterna. Jag kommer också att ifrågasätta en del svenska arbetsrättsliga reglers förhållande till förbudet mot åldersdiskriminering samt titta på sammanhanget mellan åldersdiskriminering, den svenska pensionsåldern och ålderism.

Det har sedan diskrimineringsgrundens införlivande tagits upp ett fåtal fall om åldersdiskriminering i Arbetsdomstolen. EU domstolen har sedan tidigare flera fall av åldersdiskriminering vilket gör det intressant att studera.

För att särbehandling av ålder ska vara legitimt krävs dels ett berättigat syfte, dels att medlen för att nå dit är lämpliga och nödvändiga. Att proportionalitetsprincipenligt avgöra gränsen är särbehandlingens stora komplexitet.

Nyckelord: *Åldersdiskriminering, särbehandling, arbetslivsdirektivet, proportionalitetsprincip, ålderism*

Summary in English

This essay will discuss the concept and issues of age discrimination, focusing on the exceptions of the prohibition rule. In 2008 the Swedish Discrimination Law implemented the directive 2000/78/EU which resulted in a prohibition of age discrimination.

There are many exceptions from the prohibition which creates some difficulties knowing when it is permitted to treat a person differently due to age and in which cases it is considered discrimination. I will also study the relation between age discrimination, ageism and the Swedish retire system.

There has been a few legal cases in the Swedish Labor Arbitration Court of age discrimination since the prohibition was incorporated. The EU court has several legal cases which makes it interesting to study.

To legitimate special treatment due to age demands a qualified purpose and that the means to reach that purpose is adequate and necessary. Defining the line between special treatment and discrimination through the principle of proportionality is the major difficulty of the subject.

Key words: Age discrimination, special treatment, directive 2000/78/EU, the principle of proportionality, ageism

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
DL	Diskrimineringslagen
DS	Departementsserie
EU	Europeiska unionen
FN	Förenta nationerna
LAS	Lagen om anställningsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv avd. I
Prop	Proposition
RF	Regeringsformen
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar

1. Inledning

1.1 Ämne | Bakgrund

Internationellt har det länge funnits regler som förbjuder åldersdiskriminering i arbetslivet medan det i Sverige länge legat mest fokus på könsdiskriminering då jämställdhet är starkt förankrat i det svenska samhället. Det är därför intressant att se hur den nya diskrimineringslagen, med ålder som diskrimineringsgrund, kommer att påverka den svenska arbetsrätten.

Vilka är det då som ska innefattas av skyddet mot åldersdiskriminering? I den svenska diskrimineringslagen lyder definitionen av ålder; uppnådd livslängd. Detta innebär att åldersdiskrimineringen skyddar alla som diskrimineringslagen vänder sig till, varje människa har ju en ålder. I praktiken är det dock främst äldre och yngre som diskrimineras på arbetsmarknaden och det är också dessa som ska skyddas. Diskrimineringslagen kommer dock med ett undantag från förbudet vilket gör det möjligt för en arbetsgivare att särbehandla på grund av ålder. Denna särbehandling kan för individer innebära både nackdelar och fördelar och utgör en komplex del av åldersdiskrimineringen.

1.2 Syfte | Frågeställning

Syftet med denna uppsats är främst att analysera kring undantaget från åldersdiskriminering och fastställa när det anses legitimt att särbehandla på grund av ålder, men en diskussion kring åldersdiskriminering som begrepp i sig kommer också föras. Ålder är en ny diskrimineringsgrund som tillkom i den nya diskrimineringslagen för att implementera EU:s arbetslivsdirektiv. Den är därför ännu relativt outforskad och har endast använts ett fåtal gånger i arbetsdomstolen vilket gör den intressant att studera. Min förhoppning är att kunna se hur framförallt svenska arbetsgivare ska förhålla sig till den nya diskrimineringsgrunden för att undvika diskriminering.

Frågeställningar som kommer att besvaras i uppsatsen är följande:

- När är särbehandling på grund av ålder att anses tillåten och när är den diskriminerande?
- Hur går den svenska arbetsrätten och LAS ihop med förbudet mot åldersdiskriminering?
- Hur skiljer sig åldersdiskriminering från övriga diskrimineringsgrunder vad gäller attityd och normer?

1.3 Avgränsningar

Jag har avgränsat mig genom att fokusera på diskrimineringsgrunden ålder i diskrimineringslagen. Vidare har jag avgränsat mig till att enbart beröra åldersdiskriminering inom arbetslivet, dels för att det för närvarande inte finns ett liknande diskrimineringsförbud inom samhällets övriga delar men även för att det tillhör mitt huvudämne; arbetsrätt.

Åldersdiskriminering förekommer under hela yrkeslivet men jag har valt att lägga fokus på anställning och avslut även om jag är medveten om att diskriminering även förekommer vid exempelvis befordran och kompetensutveckling.

Jag har valt att koncentrera mig på gränsen mellan särbehandling och diskriminering då det enligt mig är den mest intressanta delen av åldersdiskrimineringen och vad som särskiljer ålder ifrån övriga diskrimineringsgrunder. Jag har inte avgränsat mig till att endast beröra åldersdiskriminering av äldre men på grund av att de flesta rättsfall och mest fokus har legat på diskrimineringen av äldre så tar det mest plats i uppsatsen.

1.4 Metod och material

Uppsatsen är skriven med rättsdogmatisk metod vilket innebär att fastställa gällande rätt genom en rekonstruktion av rättssystemet genom tolkning av olika rättskällor. Hur rättskällor ska tolkas är en fråga utan några konkreta svar. Jan Hellner menar att det i Sverige finns två grunduppfattningar om lagtolkning¹, dels den teleologiska, dels en uppfattning om att tolkningen sker genom flera olika faktorer som måste tas i beaktande samtidigt. Jag kommer i min uppsats mest hålla mig till den teleologiska, det vill säga se till syftet bakom lagstiftningen, dock utan att vara blind för att andra faktorer visst kan spela in i tolkningen.

Motiven till lagar nämns sällan i själva lagtexten varför det är en nödvändighet att vända sig till lagens förarbeten för att kunna tolka den. I Sverige har förarbeten och motivtolkning av tradition spelat en större roll än i många andra länder. För att ge mening åt de olika lagar och domar som finns fungerar rättsdogmatik som ett normativt system med generösare plats för värderingar.

Sveriges medlemskap i EU påverkar hierarkin i både rättskällorna och hur dessa ska tolkas. Eftersom europarätten numera är en del av svensk nationell rätt så krävs tolkning även av artiklar, prejudikat och förhandsavgöranden från EU. Europarätten löper som en tråd genom hela uppsatsen med en del komparativa inslag från andra medlemsländer. Även länder utanför EU används ibland som komparativa exempel, dock skulle jag inte sträcka mig till att kalla uppsatsen för komparativ i sig.

De material jag främst kommer att studera är den svenska diskrimineringslagen samt dess förarbeten, arbetslivsdirektivet från EU, prejudikat från Europadomstolen som berör frågan om åldersdiskriminering samt svenska rättsfall inom ämnet. Jag kommer också att använda mig av empiriska undersökningar av svenska myndigheter för att ta reda på arbetsgivarnas åsikter om äldre på arbetsmarknaden. Jag kommer också ha med ett visst sociologiskt perspektiv då jag diskuterar begreppet ålderism främst utifrån Lars Anderssons bok "Ålderism".

Som teori kan nämnas normativteorin som fokuserar på skillnaden mellan sociala normer och rättsregler. Rättsregler kan sägas vara normsystem kodifierat i ett formellt system med förutbestämda sanktioner. Rättsordningen syftar till att ge skydd åt utsatta grupper, exempelvis arbetstagare jämte arbetsgivare, eller minoritetsgrupper jämte majoritet.²

¹ Se Hellner, Jan, Rättsteori 2:a upplagan 2000, s 77, Norstedts Juridik Stockholm

² Hydén, Håkan. 2002. *Normvetenskap* s 58. Sociologiska institutionen, Lunds universitet

1.5 Disposition

Mitt första kapitel består av inledning med presentation av ämnesvalet samt syfte och frågeställning. Det andra kapitlet är ett deskriptivt kapitel där jag förklarar och går igenom de rättskällor som berör åldersdiskriminering med fokus på lagar och förarbeten. Det tredje kapitlet är även det deskriptivt men fokuserar mer på hur det ser ut i praktiken ute på arbetsmarknaden. Det fjärde kapitlet är ett analytiskt kapitel där jag diskuterar och analyserar tolkningen av föregående material för att kunna generalisera och få fram på svar på mina frågeställningar.

2. Förbudet mot åldersdiskriminering

2.1 Ålder som diskrimineringsgrund

Den nya diskrimineringslagen som trädde i kraft 1 januari 2009 ersatte en rad tidigare lagar som berör diskriminering³. Diskrimineringsgrunden ålder har lagts till i den nya svenska diskrimineringslagen för att tillmötesgå det europeiska arbetslivsdirektivet som främjar likabehandling och förbjuder diskriminering på grunderna; religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder och sexuell läggning.⁴ Diskrimineringsgrunden kön är sedan tidigare förbjuden, vilket inom EU-rätten reglerats i direktivet 76/207/EEG om likabehandling av kvinnor och män och redan är införlivad i svensk rätt.

Genom artikel 13 EG⁵ efter Amsterdamfördraget tilldelades de EG-rättsliga institutionerna 1999 kompetensen att vidta åtgärder för att bekämpa diskriminering p.g.a. såväl kön som ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder och sexuell läggning. Grundprincipen är att alla människor ska behandlas lika i arbetslivet.

Ålder är dock en diskrimineringsgrund som skiljer sig markant från de andra. Till skillnad från övriga diskrimineringsgrunder, som syftar till att skydda en grupp som får anses vara extra utsatt, så är ålder något som alla har och som dessutom är flytande. Varken i DL eller dess förarbeten går att utläsa en tydlig definition av ålder utan lagen nöjer sig kort och gott med ”uppnådd levnadsålder”⁶. Lagen verkar dock oftast syfta till att hjälpa människor från diskrimineringen antingen för att de är för gamla eller för unga. Begreppet har varken en nedre eller övre åldersgräns men i praktiken får förbudet olika betydelse för äldre än för yngre⁷. En orsak till att någon legaldefinition av begreppet ålder saknas kan vara tidspressen då Sverige redan låg efter med införlivandet av

³ Jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, 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

⁴ 2000/78/EU Arbetslivsdirektivet, artikel 1

⁵ 2000/78/EU Arbetslivsdirektivet

⁶ se förarbeten till DL, prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering

⁷ prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering s 130

åldersdiskrimineringsförbud i nationell rätt. Av förarbeten går att utläsa att en tydligare definition anses önskvärd⁸.

Att diskrimineringsgrunden ålder är flytande är troligen det som mest skiljer sig från övriga diskrimineringsgrunder. Alla människor har varit unga någon gång och de allra flesta blir även äldre vilket skulle kunna tänkas justera tänkbara orättvisor, det är ju i det långa loppet lika för alla. Utanför arbetslivet anses ålder ofta godtagbart som ursäkt att skilja människor åt eftersom olika levnadsålder innebär olika erfarenheter och färdigheter. För de allra flesta anses ålder, till skillnad från t.ex. kön eller etnisk bakgrund, inte sakna betydelse. Diskriminering p.g.a. ålder drivs heller sällan av starka skäl såsom hat eller intolerans, som kan vara fallet vid t.ex. etnisk diskriminering, vilket kan försvaga inställningen. Regeringen menar dock att skyddet mot diskriminering ska vara lika starkt för alla diskrimineringsgrunder⁹.

I Sverige har ålder haft stor betydelse inom arbetsrätten vilket skapar en del ovissheter när arbetslivsdirektivet nu införlivats. Vi har en lagstadgad pension och ett anställningsskydd som sträcker sig till 67 års ålder samt turordningsregler där äldst får stanna kvar när två personer har arbetat lika länge¹⁰. Äldre arbetstagare får ibland även förmåner som fler semesterdagar enligt vissa statliga kollektivavtal. Ett problem som ställs är nu vilka åtgärder som kan vara kvar och motiveras av särbehandlingens principer, och vilka som får anses strida mot diskrimineringsförbudet.

2.2 Direkt & indirekt diskriminering

Direkt diskriminering förekommer där det finns ett klart och direkt orsakssamband mellan ett missgynnande och någon av diskrimineringsgrunderna. Indirekt diskriminering förekommer när ett uppställt kriterium som kan verka neutralt, i själva verket utesluter grupper tillhörande någon av diskrimineringsgrunderna¹¹.

Begreppen missgynnande, orsakssamband och jämförbar situation är centrala inom diskrimineringslagstiftningen. Missgynnande kan innebära att någon försätts i ett sämre läge och får nackdelar eller får utstå faktiskt förlust och obehag. Jämförelsen förutsätter inte att det finns en faktisk person utan även en hypotetisk jämförelseperson kan användas, vilket förstås av lydelsen "... behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats" i DL. För att kunna konstatera orsakssambandet mellan ett missgynnande och en av diskrimineringsgrunderna, t.ex. ålder, är det nödvändigt att en jämförelse görs.¹² I arbetslivet kan "jämförbar situation" ha betydelse t.ex. när det gäller att jämföra

⁸ prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering, s 130-132

⁹ prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering, s 97

¹⁰ 22 och 32a §§ LAS, regler om rätten att kvarstå i anställningen till 67 års ålder och turordningsreglerna,

¹¹ se DL1:4, punkt 1 och 2.

¹² prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering, s 99-100

två arbetssökande varav endast den ene är tillräckligt kvalificerad jobbet. Om de arbetssökandes meriter skiljer sig åt så klart att de båda personerna inte befinner sig i en jämförbar situation kan inte jämförelsen utvisa att den som har de sämre meriterna diskriminerats. Det är även EG-rättens definition av direkt diskriminering att ett jämförande måste göras¹³.

Indirekt diskriminering anses förekomma när en bestämmelse eller ett kriterium som kan verka neutralt i själva verket särskilt missgynnar personer på någon av de grunder som anges i direktiven jämfört med andra personer så länge bestämmelsen kan motiveras objektivt av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga. Bakgrunden till denna definition går att utläsa i Europarättens direktiv¹⁴. En indirekt åldersdiskriminering skulle kunna vara att vid nyrekrytering föredra nyexaminerade sökande framför andra. Förvisso kan äldre också vara nyexaminerade, men kriteriet skulle troligen missgynna äldre sökande.

2.2.1 Särskilt om jämförelsen vid påstådd åldersdiskriminering

En jämförelse mellan faktiska personer förutsätter inte att de som jämförs har samma ålder. Om två arbetstagare har samma kvalifikationer och personliga förutsättningar i övrigt är de, oberoende av deras respektive ålder, i en jämförbar situation. En jämförelse dem emellan kan därmed utvisa diskriminering. Det är en annan sak att en skillnad i ålder kan antas spegla också att arbetstagare nått olika befattningar, att det finns en skillnad i erfarenhet och annat. Den typen av kriterier kan göra att skillnader i ålder försvårar eller omöjliggör en faktisk jämförelse med någon annan.

I praktiken tros det vara svårt att nå framgång med ett påstående om åldersdiskriminering efter en konkret jämförelse och en hypotetisk jämförelse ligger då närmare till hands. Om det t.ex. skulle förkomma en misstänkt lönediskriminering p.g.a. ålder, vilken lön skulle arbetstagaren ha haft om arbetsgivaren inte beaktat arbetstagarens ålder?¹⁵

¹³ prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering, s 95. Se bl.a. mål C-342/93 Joan Gillespie m fl.mot Northern Health and Social Services Boards, REG 1996 I-475, punkt 16, Celex 61993J0342 och mål C-394/96 Mary Brown mot Rentokil Ltd., REG 1998 I-4185, punkt 30, Celex 61996J0394 för exempel på regeln tillämpats av EU-domstolen i samma situationer.

¹⁴ Går att utläsa bl a i artikel 2.2 i besvisbördesdirektivet (97/80/EG), artikel 2.2 i direktivet mot etnisk diskriminering, (2000/43/EG) artikel 2.2 i arbetslivsdirektivet (2007/08/EG), artikel 2.2 i likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG ändrat genom direktiv 2002/73/EG), artikel 2b i direktivet om varor och tjänster (2004/113/EG) enligt prop 2007/08:95, s 102

¹⁵ prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering, s 488

2.2.2 Särskilt om orsakssambandet vid påstådd åldersdiskriminering

I de fall en arbetstagares ålder öppet åberopas som skäl t.ex. för att tillämpa en bestämmelse i ett kollektivavtal som tar hänsyn till ålder är orsakssambandet mellan den diskriminerande handlingen och diskrimineringsgrunden ålder klart. Men i andra fall är sambandet med ålder ofta indirekt och mindre tydligt. Om arbetsgivaren som skäl för ett visst handlande anför att erfarenhet, anställningstid, mognad eller liknande premierats är detta omständigheter som typiskt sett gynnar den som är äldre. Om arbetsgivaren i stället hänför sig till sådant som fysisk styrka eller smidighet, datakunskap eller beredskap att resa mycket i tjänsten, gynnas i praktiken många gånger yngre arbetstagare.¹⁶

2.2.3 Intresseavvägningen

Det finns möjlighet att tillämpa ett visst kriterium, en bestämmelse eller ett förfarande som förvisso kan få negativ effekt och särskilt missgynna personer tillhörandes en av diskrimineringsgrunderna om åtgärden uppfyller vissa krav. Syftet till åtgärden måste objektivt sett vara godtagbart och tillräckligt värt att skydda i sig för att principen om ickediskriminering ska kunna ge vika. Om syftet är berättigat som sådant gäller att medlet för att uppnå detta, det vill säga missgynnandet av en grupp tillhörande någon av diskrimineringsgrunderna, är lämpligt och nödvändigt. Finns det andra medel som är mer lämpliga och inte missgynnar en diskrimineringsgrund utgör handlingen i princip indirekt diskriminering. Intresseavvägning är därmed avgörande för frågan om ett visst förfarande ska anses vara tillåtet eller otillåtet som indirekt diskriminering.

Intresseavvägningen innebär att ett kriterium ska prövas utifrån verksamhetsbehovet hos arbetsgivaren, utbildningsanordnaren, myndigheten eller näringsidkaren. Utöver ett godtagbart verksamhetsbehov bör även tillämpning av nationellt bestämda regler som är avsedda att tillgodose viktiga samhällsliga syften inom ramen för ett lands social- eller sysselsättningspolitik godtas. Bestämmelser i lag med krav på svenskt medborgarskap anses generellt vara berättigade, lämpliga och nödvändiga. Inom diskrimineringsgrunden ålder kan det till exempel vara aktuellt med åldersgränser för yrken där säkerheten spelar stor roll och sätter krav på god fysisk förmåga, som t.ex. för piloter, då flygsäkerheten är ett klart berättigat mål, men medlen för att nå dit, t ex vart åldersgränsen skall sättas, är en intresseavvägning.¹⁷

¹⁶ prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering s 489

¹⁷ se t ex förhandsavgörandet i mål C-447/09 Reinhard Prigge m.fl. mot Deutsche Lufthansa AG.

2.3 Skydd mot åldersdiskriminering

2.3.1 Varför behövs en lag mot åldersdiskriminering?

Enligt 1 kap 2 § regeringsformen ska den offentliga makten utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet. Vidare ska det allmänna dels verka för att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället, dels motverka diskriminering av människor på grund av kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning, ålder eller annan omständighet som gäller den enskilde som person¹⁸. Det är däremot inte förrän i och med införlivandet av arbetslivsdirektivet som en faktisk lag mot åldersdiskriminering blivit aktuell i Sverige.

Diskrimineringslagen syftar till att skydda anställda och arbetssökande i alla situationer som kan uppstå i förhållande till arbetsgivaren¹⁹. Det har den senaste tiden riktats mycket uppmärksamhet mot den typ av diskriminering som drabbar medelålders arbetssökande på arbetsmarknaden, som trots gedigen arbetslivserfarenhet och utbildning väljs bort till förmån av yngre förmågor²⁰. Men även diskriminering av yngre arbetssökande förekommer som har svårt att ta sig in på arbetsmarknaden. Ungdomsarbetslösheten är idag relativt hög och anses vara ett stort problem. Nyttjandet av bemanningsföretag som anställer yngre personer har också kommit upp till diskussion som åldersdiskriminerande då detta försvårar en säker plats på arbetsmarknaden med tillsvidareanställning²¹.

Ett undantag från åldersdiskrimineringsförbudet är värnplikten då ålder och fysisk förmåga i detta fall ansågs vara av ytterst stor vikt.²²

Det finns enligt en europeisk studie från 1993²³ fem åtgärder på arbetsmarknaden som särskilt diskriminerar äldre. Dessa är *förlust av arbete, diskriminering vid nyanställning, utestängning från särskilda arbetslöshetsåtgärder, utestängning vid utbildning samt diskriminering vid pensionering*. Diskrimineringen kan visa sig i uttryck som åldersgräns vid rekrytering, rätt till befordran och utbildning samt uppsägning av äldre arbetstagare vid arbetsbrist och omstruktureringar. Studien är från 1993 men då ingen lagstiftning funnits tills nyligen kan den fortfarande antas gälla som exempel. Vissa av dessa åtgärder kan komma att passa in under befogad särbehandling men inte alla vilket visar på ett starkt behov av ett åldersdiskrimineringsförbud inom arbetslivet.

¹⁸ 1:2 RF

¹⁹ DL

²⁰ Åldersfällan – 40-plussare måste smygga in, artikel i Svenska Dagbladet

²¹ Lägre löner till unga ger inga jobb, artikel i Svenska Dagbladet

²² Värnplikt undantaget från åldersdiskrimineringsskyddet

²³ Age discrimination against older workers in the European Community, publicerad 1993 av Eurolink Age

Man kan alltså säga att alla omfattas av diskrimineringsgrunden; alla har ju en ålder. Det är en annan sak att behovet av skydd typiskt sett kan vara olika för olika åldrar, och att diskrimineringsförbuden i praktiken kan komma att ha olika betydelse för t.ex. äldre än för yngre.²⁴

Det finns idag inte några krav på aktiva åtgärder vad gäller åldersdiskriminering i svensk lagstiftning. Det finns dock ett flertal författningar som kan beskrivas som krav på aktiva åtgärder. Exempelvis har Arbetsmiljöverket i enlighet med bemyndiganden i arbetsmiljölagen och arbetsmiljöförordningen (1977:1166) meddelat föreskrifter om åtgärder mot kränkande särbehandling i arbetslivet (AFS 1993:17). Enligt 1 § i föreskrifterna avses med sådan behandling återkommande klandervärda eller negativt präglade handlingar som riktas mot enskilda arbetstagare på ett kränkande sätt och kan leda till att dessa ställs utanför arbetsplatsens gemenskap. Föreskrifterna ställer i övrigt krav på att arbetsgivaren ska planera och organisera arbetet så att kränkande särbehandling så långt som möjligt förebyggs (2 §) samt att det i verksamheten ska finnas rutiner för att på ett tidigt stadium fånga upp signaler om och åtgärda sådana otillfredsställande arbetsförhållanden m.m. som kan ge grund för kränkande särbehandling.²⁵

Den tidigare 45- åldersregeln, 3 § LAS, vilken gav arbetstagare över 45 år extra månader i anställningstid i en turordningslista (tillämpning av 22, 26 och 39 §§ i LAS), togs bort då det var tveksamt om det gick ihop med EU-rättens diskrimineringsförbud. Motivet var även att det i praktiken kunde försvåra för äldre att få jobb då det förstärkte anställningsskyddet sällan uppskattas av arbetsgivare. Avtal som strider mot diskrimineringslagen skall anses ogiltiga.²⁶

2.3.2 Bakgrunden till EU:s arbetslivsdirektiv

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna gäller för EU:s institutioner och för medlemsstaterna när de tillämpar EU-rätten. I artikel 20 i stadgan anges att alla människor är lika inför lagen. Av artikel 21.1 framgår att all diskriminering på grund av bland annat kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, genetiska särdrag, språk, religion eller övertygelse, politisk eller annan åskådning, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning ska vara förbjuden.

I skälen till EU:s arbetslivsdirektiv, 2000/78 EU, går bland annat att läsa om principen om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna samt rätten till likställdhet inför lagen och skydd mot diskriminering. Där står även att syftet är att vidta lämpliga åtgärder för social och ekonomisk integration av äldre och funktionshindrade och uppehålla en hög sysselsättning.²⁷ Vidare är rättigheten till

²⁴ prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering s 130

²⁵ prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering s 320

²⁶ DL 3:5

²⁷ 2000/78/EU Arbetslivsdirektivet

sysselsättning och arbete en grundläggande faktor för lika möjligheter för alla. Både för individens personliga utveckling och för att medborgare till fullo skall kunna delta i det ekonomiska, kulturella och sociala livet i en medlemsstat.²⁸

I ingressen till direktivet står följande om åldersdiskriminering:

(25) Förbudet mot åldersdiskriminering är en viktig faktor för att uppnå de mål som fastställs genom riktlinjerna för sysselsättning och för att uppmuntra mångfald inom sysselsättningen. Särbehandling på grund av ålder kan dock motiveras under vissa förhållanden och kräver alltså särskilda bestämmelser som kan variera efter förhållandena i medlemsstaterna. Det är följaktligen mycket viktigt 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.

(26)

(27) samt:

(28) Förbudet mot diskriminering bör inte hindra att bestämmelser får bibehållas eller antas för att förhindra eller kompensera nackdelar för en grupp av personer med en viss religion eller övertygelse, ett visst funktionshinder, en viss ålder eller en viss sexuell läggning, och sådana åtgärder kan innebära att organisationer för personer med en viss religion eller övertygelse, ett visst funktionshinder, en viss ålder eller en viss sexuell läggning är tillåtna om deras huvudsakliga syfte är att främja dessa personers särskilda behov.

Direktivet sätter en minimigräns. Medlemsländerna får därmed välja att stärka arbetstagarnas skydd mot diskriminering ytterligare.²⁹

2.3.3 Principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder

Europeiska Unionen bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna samt de grundläggande friheterna och på rättstatsprincipen. Detta innebär att det redan innan lagen om förbud mot åldersdiskriminering hade införlivats i nationell rätt stod i förbud mot EU:s grundprinciper att diskriminera på grund av ålder.³⁰

Mangold- domen:

Mangold-målet fastslog att principen om förbud mot åldersdiskriminering är en gemenskapsrättslig princip som ska gälla oberoende av arbetslivsdirektivet, och alltså även innan tidsfristen för införlivandet av detta direktiv skett, som gäller i fallet.³¹ Själva målet handlade om huruvida det var fel med visstidsanställningar efter 52 års ålder vilket inte objektivt kunde motiveras. Trots att bestämmelsen om visstidsanställningar inte stred

²⁸ 2000/78/EU Arbetslivsdirektivet, punkt (9)

²⁹ 2000/78/EU Arbetslivsdirektivet

³⁰ EU:s officiella webbplats

³¹ Mangold mot C-144/04

mot visstidsdirektivet så stred det mot det ännu ej införlivade arbetslivsdirektivet och gemenskapsrättsprincipen i sig.

2.3.4 Något om flexicurity

I Danmark saknas ett antällningsskydd liknande LAS och de använder sig istället av en modell kallad flexicurity (en sammansättning av orden flexibility och security). Danmark har sedan 1993 halverat sin arbetslöshet och har en relativt låg ungdomsarbetslöshet vilket lett till att modellen uppmärksammats av övriga Europa. Tanken är att förena arbetsgivares behov av en flexibel arbetsstyrka med arbetstagarens behov av trygghet. Detta genom en kännedom om att de inte ska behöva genomgå långa perioder av arbetslöshet utan att det ska vara enkelt att komma in på arbetsmarknaden.³²

Det går inte att säga om Sverige kommer att införa liknande system. Dock märks en önskan om detta hos vissa parter medan andra är klart emot och anser att sänkta löner för unga går emot diskrimineringsförbudet.

I KOM(2007) 726³³, meddelande från Kommissionen, diskuteras flexicuritybegreppet. Trygghet och flexibilitet kan stärka varandra och bör byggas på varandra. Citat:

En radikal politisk och kulturell omställning håller på att äga rum, bort från modellen med livstidsanställning och tidig pension mot en modell för anställning för livet som bygger på strategier för aktivt åldrande, förstärkt och mer lättillgängligt livslångt lärande, trygga och nyskapande arbetsvillkor samt ett modernt, effektivt socialt trygghetssystem. Det är så man kan locka och hålla kvar fler människor på arbetsmarknaden, så att de kan ta vara på sina möjligheter och dessutom bli produktivare.³⁴

Flexicurity och undantagen från åldersdiskriminering kan anses gå hand i hand då de bygger på idén att de som vill och kan ska kunna arbeta vidare upp i en högre ålder och att unga ska få en lättare ingång till arbetsmarknaden via att de har enklare att anpassa sig till arbetsgivarnas krav på flexibilitet.

2.4 Undantag från åldersdiskriminering

2.4.1 Varför behövs undantag från diskrimineringslagen?

Att inte ha några undantag från lagen om åldersdiskriminering skulle vara till nackdel både för yngre och äldre på arbetsmarknaden. Det finns därför en möjlighet till

³² EU:s officiella webbplats, *Employment, social affairs and inclusion, flexicurity*

³³ KOM(2007) 726

³⁴ KOM(2007) 726, s 7

särbehandling som i särskilda fall skall anses legitima undantag från principen om likabehandling.

Denna särreglering kan bland annat motiveras av att göra äldre mer attraktiva på arbetsmarknaden på bekostnad av ett svagare anställningsskydd och därmed öka sysselsättningen.³⁵

Diskrimineringskyddet mot ålder kan ses både som en samhällsekonomisk åtgärd och som en nödvändighet av de mänskliga rättigheterna som hela konventionen bygger på. Förr arbetade man tills man på grund av ålder och sjukdom inte längre kunde arbeta, idag är normen att man arbetar tills man uppnår pensionsberättigad ålder oavsett om det skulle vara praktiskt möjligt att arbeta i många år till. Det så kallade ”efterlivet”, livet efter pensionen, har i och med ökade livslängder också blivit mycket längre än tidigare vilket kräver mer av den arbetande generationen för att klara försörjningsbördan.³⁶

För att den äldre arbetskraften ska ha möjligheten att arbeta längre, åtminstone till 67 års ålder vilket de har rätt till, är det viktigt att de skyddas från diskriminering vid såväl anställningsförfarande som inom anställningen. För att den äldre arbetskraften ska orka arbeta anses det därför nödvändigt med undantag som tillåter t.ex. fler semesterdagar för behov av vila och rekreation.

2.4.2 Befogad särbehandling på grund av ålder

I artikel 6 i arbetslivsdirektivet går att läsa följande:

Befogad särbehandling på grund av ålder

1. Utan hinder av artikel 2.2 får medlemsstaterna föreskriva att särbehandling på grund av ålder inte skall utgöra diskriminering om särbehandlingen på ett objektiva och rimligt sätt inom ramen för nationell rätt kan motiveras av ett berättigat mål som rör särskilt sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning, och sätten för att genomföra detta syfte är lämpliga och nödvändiga. I sådan särbehandling kan i synnerhet följande inbegripas:

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.

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

³⁵ se Numhauser Henning, Ann ”Åldersdiskriminering och några anställningsskyddsrelaterade frågor” ut vänbok till Ronnie Eklund s 443

³⁶ se Numhauser Henning, Ann, ”Åldersdiskriminering och några anställningsskyddsrelaterade frågor” ur vänbok till Ronnie Eklund

2. Utan hinder av artikel 2.2 får medlemsstaterna föreskriva att följande inte utgör diskriminering på grund av ålder: fastställande av åldersgräns för att, när det gäller företags- och yrkesbaserade system för social trygghet, komma ifråga för pensions- eller invaliditetsförmåner, inbegripet fastställande av olika åldersgränser för arbetstagare eller grupper eller kategorier av arbetstagare och för tillämpningen inom ramen för dessa system av ålderskriterier för försäkringstekniska beräkningar, under förutsättning att detta inte leder till diskriminering på grund av kön.

Eftersom likabehandling är en grundläggande princip skall särbehandling som uttryckligen baserar sig på någon av grunderna i artikel 1.1 i regel betraktas som diskriminering. Enligt gemenskapens och medlemsstaternas befintliga lagstiftning verkar det vara så att det bara är under exceptionella omständigheter en sådan särbehandling kan vara befogad.

Artikeln innehåller en icke-uttömmande lista på sådan särbehandling på grund av ålder som inte skall betraktas som direkt diskriminering om den kan motiveras på ett objektivt sätt. Artikeln är avsedd både att begränsa möjligheten att begära att skäl redovisas i fall av direkt diskriminering vid exceptionella omständigheter på grund av ålder samt se till att detta begränsade utrymme för undantag följer de principer om nödvändighet, proportionalitet och legitimitet som domstolen har slagit fast när det gäller begreppet indirekt diskriminering. Medlemsstaterna kan därför tillåta annan särbehandling på grund av ålder än den som förtecknas i artikel 6 i överensstämmelse med sina rättsliga traditioner och politiska prioriteringar, under förutsättning att denna är lämplig och nödvändig för att uppnå ett berättigat mål. Artikel 6 utesluter inte att väsentliga yrkesmeriter åberopas i samband med ålder.

I Svenska diskrimineringslagen har artikel 5 i arbetslivsdirektivet införlivats genom kapitel 2, 2§ fjärde stycket:

”Förbudet i 1§ hindrar inte... 4) särbehandling på grund av ålder, om den har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.”

I kommentarer till lagen³⁷ kan läsas att syften som rättfärdigar särbehandling kan vara att tillgodose äldres behov av vila eller att vid rekrytering ta ålder vid beaktande för att undvika att en större del av personalstyrkan går i pension samtidigt. Åldersgränser i kollektivavtal anses inte berättigat även om arbetsmarknadens parter har ett visst handlingsutrymme vad gäller mål och medel för socialpolitiken.

Diskrimineringslagen innehåller vidare fler paragrafer där särbehandling på grund av ålder är tillåtet. Bland annat inom skolväsendet, arbetsmarknadspolitisk verksamhet och arbetsförmedling utan offentligt uppdrag och start eller bedrivande av näringsverksamhet samt yrkesbehörighet.³⁸ Där gäller också ett berättigat syfte och att de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå detta. Undantagen är generellt utformade och förarbeten innehåller inga vidare preciseringar än de som angivits i DL 2:2 punkt fyra.

Några fall av undantag från diskrimineringslagen som alltjämt anses legitima är³⁹:

³⁷ prop 2007/08:95

³⁸ DL 2:5, 2:9, 2:10,

³⁹ prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering s179-180

Anställnings avslut vid viss ålder som sammanfaller med pensionsåldern. För att yngre ska få en möjlighet att komma in på arbetsmarknaden anses det nödvändigt att den äldre arbetskraften tillslut måste gå i pension. I och med den ekonomiska ersättningen som pensionen innebär är pensionsberättigade arbetstagare inte i samma jämförbara situation som de utan.

Traineejänster förbehållet unga som mål att få in dem på arbetsmarknaden. Anses inte strida mot åldersdiskriminering då syftet är legitimt av arbetsmarknadsmässiga skäl och ett steg för att minska ungdomsarbetslösheten.

Förmåner för äldre som syftar till vila och rekreation. I ett steg att få äldre att orka arbeta till 67 års ålder, eller ännu längre, anses det angeläget att de ska ha rätt till mer vila och rekreation än yngre arbetstagare.

3. Åldersdiskriminering i praktiken

3.1 Anställningens ingående

Enligt diskrimineringslagen 2:1 andra punkten är det förbjudet för en arbetsgivare att diskriminera någon som söker arbete. Trots detta är det vanligt att äldre arbetstagare sällas bort redan i rekryteringsprocessen trots likvärdiga eller bättre meriter än andra, yngre sökande. Vad detta beror på finns det flera åsikter om, fördomar om att äldre är mindre flexibla och benägna att lära sig nya saker samt har högre löneanspråk tros vara en orsak. Det är förbjudet för en arbetsgivare att vid rekrytering ta hänsyn till sådant som homogen ålderssammansättning eller en viss ålder för att lättare passa in i arbetsstyrkan⁴⁰. Det finns dock möjlighet till undantag som har en stark koppling till verkliga och avgörande yrkeskrav, som en skådespelare som behöver en viss ålder för att en pjäs ska bli trovärdig. Att ideella föreningar för pensionärer och ungdomar ställer som krav att företrädare ska vara i samma ålder anses också berättigat⁴¹.

Det finns inte många svenska domar ännu inom området åldersdiskriminering och de som finns gäller diskriminering av äldre arbetstagare. I rekryteringssammanhang kan detta bero dels på att yngre är mindre benägna att stämma en arbetsgivare då det skulle kunna försvåra vid framtida arbetssökningar⁴² men även på att jämförelsen vid direkt diskriminering är svårare vid en yngre person som kanske inte är helt jämförbar med en äldres beroende på vilka meriter som önskas. I en Arbetsgivarundersökning från 2001 besvarades frågan i vilken omfattning nyanställningar av individer över 50 år sker. Resultatet blev att sju av tio arbetsgivare sällan eller aldrig nyanställer personer över 50 år.⁴³

I Sverige finns det än så länge bara ett fall i Arbetsdomstolen där en kvinna fått diskrimineringsersättning från staten på grund av åldersdiskriminering vid anställningsförfarandet:

⁴⁰ prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering s 180

⁴¹ prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering s 160

⁴² diskuteras bland annat i Age discrimination in the american workplace, s 79

⁴³ Arbetsgivares attityder till äldre yrkesverksamma, 2001:9 s 25

I en AD-dom från 2010 dömdes staten att betala diskrimineringsersättning till en 62-årig kvinna. Kvinnan sökte en av två anställningar som jobbcoach vid arbetsförmedlingens kontor i Strängnäs men blev inte ens kallad till intervju trots att hon hade bättre meriter än övriga sökande. De två som anställdes var 27 och 36 år gamla. AD konstaterade att kraven på jämförbar situation uppfylldes då den 62-åriga kvinnan passade mycket bra in på kravprofilen både gällande utbildning och tidigare erfarenheter. Staten misslyckades med att bevisa att beslutet att inte kalla kvinnan till intervju berodde på bristande personliga egenskaper och dömdes därmed att betala diskrimineringsersättning.⁴⁴

I ett annat fall rörande åldersdiskriminering i arbetsdomstolen avslogs DO:s talan då det efter inte gick att bevisa att diskriminering förekommit.⁴⁵ Skillnaden fallen emellan låg i jämförandet. I båda fallen handlade det om två 62-åriga kvinnor men i det andra fallet berodde avvisningen till intervju på att ansökan var ofullständig och att det fanns andra, bättre meriterade sökande.

3.1.1 Visstidsanställningar

Avtal om tidsbegränsad anställning får träffas vid visstidsanställning, för vikariat, för säsongarbete och när arbetstagaren fyllt 67 år.⁴⁶ Detta kopplas till en önskvärd flexibilitet på arbetsmarknaden. Bakgrunden går att finna i artikel 4.1 visstidsdirektivet⁴⁷. Direktivet har till syfte att genomföra det ramavtal om visstidsarbete som ingåtts mellan arbetsmarknadens parter på europainivå. Av klausul 1 i ramavtalet om visstidsarbete framgår att syftet med avtalet är att förbättra kvaliteten på visstidsarbete genom att garantera att principen om icke-diskriminering tillämpas och att förhindra missbruk som uppstår vid tillämpningen av på varandra följande anställningskontrakt eller anställningsförhållanden.⁴⁸

Man kan i förarbeten till DL läsa att tidsbegränsade anställningar är en viktig bro in i arbetslivet för unga och andra utan eller med liten arbetslivserfarenhet. Den höga arbetslösheten bland ungdomar och invandrare kan ha samband med att anställningsskyddslagens bestämmelser är mindre flexibla än vad som krävs i dagens moderna arbetsliv och att dagens trösklar för att komma in på arbetsmarknaden är för höga. Anställningar på begränsad tid, som komplement till tillsvidareanställningar, gör det möjligt för grupper som står långt från arbetsmarknaden att etablera sig och få arbetslivserfarenhet.⁴⁹

3.1.2 Löner och förmåner

⁴⁴ AD 91/2010

⁴⁵ AD 11/2009

⁴⁶ LAS 5§

⁴⁷ Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete

⁴⁸ prop 2006/07:111

⁴⁹ prop 2006/07:111

I Sverige finns ingen generellt verkande likalöneprincip.⁵⁰ Lika eller likvärdigt arbete ska belönas lika. Att män och kvinnor ska ha lika lön för samma arbete är arbetsmarknaden väldigt överens om, men vad gäller lika lön över åldersgränser? Senioritetsprincipen tillämpas vanligen inom lönesättning på arbetsplatser. Det är dessutom vanligt att äldre via kollektivavtal har rätt till fler semesterdagar än yngre kollegor. Det finns än så länge inga svenska rättsfall inom dessa frågor utan det anses gå under befogad särbehandling.

Vad gäller lönediskriminering så kan det endast vara fråga om diskriminering när lönerna inte skiljer sig på grund av andra orsaker såsom utbildning, erfarenhet eller yrkesval⁵¹. Då ålder ofta är kopplat till bl.a. erfarenhet kan det vara ännu svårare att identifiera diskriminering vid löneskillnader. Vid en jämförelse antas en äldre anställd ha högre lön än en yngre eftersom den äldre tros ha haft en längre arbetserfarenhet bakom sig.

Minimilöner i kollektivavtal är ett undantag från åldersdiskriminering som ska anses berättigad enligt diskrimineringslagens särbehandling på grund av ålder. Likaså förmåner för äldre som syftar till vila och rekreation⁵².

3.2 Anställningens avslut

Enligt LAS 32 a § har arbetstagaren rätt att kvarstå i anställning tills 67 års ålder. Detta skall ses som en rättighet den anställda har, inte som en skyldighet att tvingas vara kvar. Efter 67 års ålder är det upp till arbetsgivaren att besluta om han vill bereda arbetstagaren fortsatt anställning, då med ett kraftigt försvagat anställningsskydd. Frågan är om denna regel ska anses strida mot förbudet av åldersdiskriminering?

I promemorian med förslag om ändring i LAS och tillägget av 32a§ diskuterades huruvida bestämmelsen skulle vara antingen tvingande, tvingande med lagstadgade undantag eller semidispositiv. Att kalla rätten att kvarstå till 67 års ålder för just en rättighet, och inte hänvisa det till avgångsskyldighet vid 67 års ålder är en medveten formulering som ju innebär att avtal som strider mot rättigheten blir ogiltiga⁵³. Man kom fram till att en tvingande bestämmelse stämmer mest väl överens med de internationella förpliktelser som finns på området.

Den så kallade *pensionsreformen* på 90-talet innebar bland annat att pensionsinkomsten baseras på livsinkomstprincipen istället för den senaste inkomsten. Ett bakomliggande syfte till denna princip är att stimulera till arbete och att det ska vara möjligt att kunna påverka sin pension genom att arbeta längre. Man kan därmed ifrågasätta om arbetstagares borttagna anställningsskydd vid 67 års ålder är en lämplig regel.

⁵⁰ bl a AD 1974:14 och 1978:111

⁵¹ SOU 1993:7 s 8 f, diskuteras av Nycander, Svante i *Makten över arbetsmarknaden* s 382

⁵² prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering, s 179

⁵³ promemoria förslag på ändring i LAS, s 17

I ett förhandsavgörande⁵⁴ i EU-domstolen ställdes frågan om uppsägning på grund av uppnådd pensionsålder strider mot förbudet mot åldersdiskriminering. Arbetslivsdirektivets skäl 14 anger att direktivet inte påverkar de nationella bestämmelserna om pensionsålder. Frågan är huruvida detta motsätter ”tvångspensionering” vid viss uppnådd ålder. I sammanfattningen går att läsa ”*Detta skäl uttrycker emellertid endast att direktivet inte påverkar medlemsstaternas behörighet att fastställa en åldersgräns för pensionering, vilket inte hindrar att direktivet tillämpas på nationella bestämmelser som reglerar villkoren för anställningens upphörande när den på så sätt fastställda pensionsåldern har uppnåtts*”.

Automatisk pensionering vid 65 års ålder anses enligt EU-domstolens förhandsavgörande från juli 2011 inte utgöra åldersdiskriminering. Det föreligger inte hinder för nationell lag, enligt vilken tjänstemän med livslång anställning automatiskt pensioneras när de uppnår 65 års ålder, med möjlighet att fortsätta arbeta till maximalt 68 års ålder om tjänstens intresse kräver det. Detta gäller under förutsättning att lagen har som mål att inrätta en väl avvägd åldersstruktur i syfte att främja anställning och sysselsättning av ungdomar, att optimera personaladministrationen och därigenom förebygga eventuella tvister om den anställda är arbetsförmögen efter en viss ålder och att sätten för att genomföra detta mål är lämpliga och nödvändiga. För att åtgärden ska kunna betraktas som lämplig och nödvändig får den inte framstå som orimlig i förhållande till det eftersträfvade målet. Att avsluta en anställning i anslutning vid pension verkar alltså enligt EU-rätten vara tillåtet. Men då gäller det att det är landets lagstadgade pension det handlar om och inte åldern vilken en anställd har.

I Sverige har vi inte automatisk pensionering vid 67 men sättet på hur anställningsskyddet skulle i princip kunna ge det resultatet. Nyligen uppmärksammades ett fall av åldersdiskriminering gällande flygbolaget SAS uppsägning av personal:

Referat av rättsfall AD 2011 nr 37

Flygbolaget SAS har i enlighet med en avtalsturlista sagt upp bl.a. 25 kabinanställda på grund av arbetsbrist. De lokala avtalsparterna angav i överenskommelsen om avtalsturlistan att en del av den övertaligheten skulle hanteras genom uppsägningar av de arbetstagare som var "pensionsberättigade" eftersom de därigenom hade sin försörjning tryggad, vilket innebar arbetstagare över 60 år. DO yrkade på att ogiltigförklara uppsägningarna, ogiltigförklara turordningslistan samt förplikta SAS att betala ut dels diskrimineringsersättning dels allmänt skadestånd till de 25 berörda arbetstagarna. Åtgärden att säga upp de 25 kabinanställda, i enlighet med den överenskomna avtalsturlistan, har inneburit att arbetstagarna utsatts för åldersdiskriminering i strid mot diskrimineringslagen och uppsägningarna har inte varit sakligt grundade enligt anställningsskyddslagen. De 25 arbetstagarna har även utsatts för åldersdiskriminering i strid mot diskrimineringslagen genom att de i den lokala överenskommelsen undantagits från företrädesrätt till återanställning. Direkt diskriminering förelåg då det fanns ett direkt orsakssamband mellan missgynnandet, det vill säga uppsägningen, och diskrimineringsgrunden ålder i och med kriteriet "pensionsberättigande" vilket var 60 år. Angående undantaget i diskrimineringslagen ansåg inte AD att intresseavvägningen motiverade särbehandlingen på grund av ålder i ett socialpolitiskt syfte. Arbetsdomstolen ogiltigförklarade uppsägningarna samt förpliktade SAS att betala ut diskrimineringsersättning, allmänt skadestånd och att ersätta DO:s rättegångskostnader solidariskt med Flygarbetsgivarna. Dock avslogs DO:s yrkande att ogiltigförklara avtalsturlistan med anledning av att det inte finns något fastställelseintresse.

⁵⁴ Mål C-388/07

En sådan klausul i kollektivavtal anses strida mot EU:s arbetslivsdirektiv om intresset ligger främst på arbetsgivarens och inte det allmännas sida. I SAS-fallet föll arbetsgivaren på att syftet inte ansågs vara socialpolitiskt förankrat utan handlade om arbetsplatsens kollektiva bästa. Dessutom liknade avtalsturlistan ett kollektivavtal med avgångsskyldighet vid viss ålder, vilket inte är tillåtet.

Många av de fall som nått EU-domstolen om åldersdiskriminering gäller yrken där det kan anses väsentligt att den anställda har en god fysisk form. En flygvärdinna, Gertraud Kumpan, fick efter sin 55:e födelsedag visstidsanställning ett år i taget fram till sin 60:e födelsedag då hennes begäran om förlängd anställning avslogs. Kumpan väckte då talan vid Arbeitsgericht Frankfurt am Main. De ogillade talan men Hessisches Landesarbeitsgericht ändrade efter överklagande detta avgörande och biföll Gertraud Kumpan talan. Lufthansa överklagade hos Bundesarbeitsgericht och yrkade att avgörandet i första instans skulle fastställas. Bundesarbeitsgericht kom fram till att ett kollektivavtal som säger att anställning upphör vid 55 års ålder inte kan anses objektivt. Att en fysisk nedsatt förmåga hos kabinpersonal skulle medföra skada för passagerare anses vara så hypotetiskt och osannolikt att en fast åldersgräns på 55 år inte kan motiveras.⁵⁵

I ett svenskt domstolsfall gällande uppsägningen av en brevbärare som uppnått 67 års ålder från 2012 har tingsrätten skickat iväg en förfrågan om förhandsavgörande från EU-domstolen. De två frågor som tingsrätten vill ha besvarade är huruvida 67-årsregeln kan anses vara berättigad som särbehandling även om det inte finns några konkreta mål eller syften till regeln samt om i det fall regeln skulle anses berättigad, kan vara ett lämpligt och nödvändigt medel att inte ta hänsyn till enskild individs pension för att uppnå detta syfte?⁵⁶ Denna prövning av 67-årsregeln kan komma att bli avgörande för hur regeln ska se ut i framtiden.

3.2.1 Uppsägningstid

Uppsägningstiden är ofta kopplad till hur länge en person arbetat på företaget, vilket på sätt och vis kan verka diskriminerande för unga. En sådan form av diskriminering är svår att bevisa men det finns fall inom EU där unga har diskriminerats trots att de arbetat lika länge som andra på företaget via regler om kortare beräknad uppsägningstid för anställning under en viss ålder.

Dom av den 19 januari 2010 i mål C-555/07, Küçükdeveci⁵⁷

I juni 1996 började Seda Küçükdeveci sin anställning hos Swedex. Hon var då 18 år gammal. Hon blev uppsagd från denna anställning i december 2006. Uppsägningstiden beräknades som om hennes anställningstid endast hade varit tre år, trots att hon varit anställd hos företaget i tio år. Skälet var att anställningsperioder som fullgjorts före 25 års

⁵⁵ C-109/09

⁵⁶ Mål T-7477-09, Södertörns tingsrätt

⁵⁷ Ny Juridik 2:10 s 83

ålder inte skulle beaktas vid beräkningen av uppsägningstiden. Küçükdeveci bestred uppsägningen från Swedex vid Arbeitsgericht Mönchengladbach. Hon gjorde gällande att uppsägningstiden, enligt nationell rätt, borde ha varit fyra månader, vilket skulle ha gällt vid en anställningstid på tio år. Küçükdeveci ansåg att de tyska bestämmelserna innebar diskriminering på grund av ålder i strid med unionsrätten, eftersom de innebar att anställningsperioder som fullgjorts före 25 års ålder inte skulle beaktas vid beräkningen av uppsägningstiden. Landesarbeitsgericht Düsseldorf fann, sedan målet överklagats dit, att den nationella bestämmelsen innebar särbehandling som hade direkt samband med åldern. Den var inte övertygad om att denna särbehandling var grundlagsstridig, men betvivlade däremot att den var förenlig med unionsrätten. Landesarbeitsgericht Düsseldorf beslutade därför att vilandeförklara målet och ställa tolkningsfrågor till EU-domstolen. Den nationella domstolen ville få klarhet i huruvida den tyska lagstiftningen innebar särbehandling på grund av ålder som är förbjuden enligt EU:s fördrag och direktiv 2007/78 om en allmän ram för likabehandling. Den ville också få klarhet i huruvida en sådan lagstiftning kunde motiveras med att endast en minsta uppsägningstid behöver beaktas vid uppsägning av yngre arbetstagare, dels för att ge arbetsgivarna möjlighet att bedriva en flexibel personalpolitik, vilket inte skulle vara möjligt vid längre uppsägningstider, dels för att det är rimligt att kräva att yngre arbetstagare har en större yrkesmässig och personlig rörlighet än vad som kan fordras av äldre arbetstagare.

EU-domstolen påpekade att förbudet mot diskriminering på grund av ålder utgör en allmän rättsprincip i unionsrätten.⁵⁸ Domstolen påpekade vidare att det anges i artikel 6.1 i Fördraget om Europeiska unionen (FEU) att Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna ska ha samma rättsliga värde som fördragen. Enligt artikel 21.1 i denna stadga ska "all diskriminering på grund av bland annat ... ålder ... vara förbjuden".

Domstolen kunde också konstatera att den nationella lagstiftningen avsåg ett område som omfattades av direktiv 2000/78, nämligen villkoren för uppsägning. Den fann därför att frågan huruvida unionsrätten utgör hinder mot de aktuella nationella bestämmelserna skulle besvaras mot bakgrund av den allmänna unionsrättsliga principen om förbud mot diskriminering på grund av ålder, såsom den har kommit till uttryck i direktivet.

I det aktuella fallet behandlas arbetstagare mindre förmånligt enligt nationell rätt när de börjat arbeta för arbetsgivaren innan de uppnått 25 års ålder. Som exempel nämnde domstolen att av två arbetstagare som båda har varit anställda i 20 år, får den av dem som tillträtt sin anställning i ett företag vid 18 års ålder en uppsägningstid som uppgår till fem månader, medan uppsägningstiden uppgår till sju månader för den som tillträdde sin anställning vid 25 års ålder. Dessutom missgynnas unga arbetstagare generellt i förhållande till äldre arbetstagare genom den nationella lagstiftningen. Trots att de har varit anställda flera år i ett företag kan nämligen de yngre arbetstagarna, såsom utvisas av Küçükdevecis situation, undantas från den gradvisa förlängning av uppsägningstiden i förhållande till anställningstiden som äldre arbetstagare med motsvarande anställningstid kan komma i åtnjutande av.

Att yngre personer skulle ha en större möjlighet till rörlighet på arbetsmarknaden ansågs inte vara ett godtagbart skäl och motivera en sådan särbehandling, inte heller målet med en mer flexibel personalpolitik på företaget. Det var således enligt EU-domstolen fråga om direkt diskriminering enligt direktiv 2000/78 eftersom en person som omfattas av direktivets tillämpningsområde behandlades mindre förmånligt än en annan person som befinner sig i en jämförbar situation.⁵⁹

⁵⁸ mål C-144/04, Mangold, punkt 75

⁵⁹ mål C-388/07, Age Concern England, punkt 33

3.2.2 Den svenska pensionsåldern

Tidigare lagstiftning hade utgångspunkten att anställningen tog slut då pensionen tog vid, vilket allt som oftast var vid 65 års ålder. Den nya regeln, som ger arbetstagare rätten att arbeta kvar till 67 års ålder, är dock tvingande och det är numera förbjudet att via avtal bestämma en tidigare avgångsålder än 67 år⁶⁰. Vid 61 års ålder får man idag börja ta ut sin ålderspension samtidigt som det inte finns någon övre gräns för intjänande av pension. Det är alltså möjligt att få arbeta vidare efter 67 års ålder om överenskommelse nås med arbetsgivaren, dock med ett mycket försvagat anställningsskydd. T.ex. är uppsägningstiden endast en månad och återträdesrätten förloras helt. Den anställda kan heller inte åberopa skyddsregeln för funktionshindrade, 23§ LAS, efter 67 års ålder. Om arbetsgivaren inte önskar fortsätta anställningen efter att arbetstagaren fyllt 67 ska detta meddelas en månad i förväg.⁶¹

Syftet till pensionsreformen 1994 var att göra pensionen ”robust för samhällsekonomiska och demografiska förändringar” och följa utvecklingen. En prognos visar att åren 2005-2015 skulle vara extra kritiska och först under 2030-talet kommer den yrkesverksamma befolkningen öka i relation till den pensionerade.⁶² Rimligheten i att anställningen ska upphöra vid en viss ålder består i det starka skyddet LAS ger vid uppsägning på grund av personliga skäl, som till exempel nedsatt arbetsförmåga. Det kan därför vara skäligen att ge arbetsgivaren möjligheten att säga upp en arbetstagare än att vara skyldig att via omplacering i så lång utsträckning det går bereda annat arbete åt sina åldrande arbetstagare.

I förarbeten till reformen tog förutsättningen att förbättra sin pension upp som ett syfte och att därmed minska arbetshindren. Den som vill, kan och orkar ska ha rätt att vara kvar till åtminstone 67 års ålder. Detta tydliggör varför särbehandling p.g.a. ålder måste anses nödvändigt, det är inte rimligt att belasta en fysiskt äldre person på samma sätt som en yngre. Att ha möjlighet att höja sin pension beskrivs ”som en rättighet för individen.” Vidare talas som skäl om den ökande medellivslängden som skett kontinuerligt under flera decennier och att det är de åren en individ är frisk som ökar.

Den faktiska pensionsåldern för personer som vid 50 års ålder befinner sig i arbetskraften är drygt 62 år för män och knappt 62 år för kvinnor och antalet pensionärer i förhållande till yrkesverksamma stiger vilket får konsekvensen att allt färre yrkesverksamma ska försörja allt fler pensionärer. Den demografiska utvecklingen med stora pensionsavgångar inom några år förstärker bilden ytterligare. Det är sannolikt att Sverige går in i en period med allmän arbetskraftsbrist, vilket på sikt blir tillväxthämmande och påverkar välfärden. Det är därför angeläget att vidta åtgärder som motverkar arbetskraftsbristen. En sådan åtgärd är att minska hindren för dem som vill och kan arbeta längre⁶³.

⁶⁰ Enligt övergångsbestämmelserna undantogs kollektivavtal dock längst till utgången av 2002 och enskilda avtal tillsvidare

⁶¹ se LAS 33§

⁶² prop 1993/94:250 Reformering av det allmänna pensionssystemet, s 23

⁶³ prop 1993/94:250 Reformering av det allmänna pensionssystemet s 197-204

I en utredning⁶⁴ kom Seniorgruppen fram till följande orsaker till att få äldre är verksamma i arbetslivet; många känner att de *vill* lämna arbetslivet tidigt, ekonomiska incitament bidrar till att det är tacksamt för äldre att avgå innan 67 års ålder samt att arbetsgivare ofta är negativt inställda till äldre arbetskraft. Dessutom diskuterades hur en mer flexibel arbetsmarknad skulle kunna se ut för att bidra till att behålla äldre i arbetslivet och minska ”utlåsnings- och inlåsnings effekterna”. En sådan arbetsmarknad skulle bättre stämma överens med dagens och morgondagens arbetsliv och bidra till en större rörlighet. I utredningen, som är från 2002, togs förslaget att ta bort 45 års- regeln upp, vilket numera är genomfört. Ett annat förslag var att åldern för möjligheten att anställa tidsbegränsat skulle sänkas från 67 års ålder till 61 år, vilket är åldern då man får börja ta ut pension. Den uppfattningen överensstämmer med hur det ser ut i vissa EU-länder som bl a Tyskland och Italien. I en nyare utredning diskuteras tre olika alternativ till 67- årsregeln för att få äldre att stanna kvar längre på arbetsmarknaden; dels att helt avskaffa arbetsgivarens rätt att säga upp anställd uppnådd viss ålder, dels att istället höja åldern från 67 till 69 år eller att helt undanta arbetstagare fyllda 67 år kravet på saklig grund vid uppsägning, d.v.s. även vid personliga skäl.⁶⁵

3.3 Ålderism

Begreppet “ageism”, ålderism på svenska, myntades av den amerikanske psykiatern Robert Butler. Ordet används för att förklara diskriminering på grund av stereotypa föreställningar av äldre. Ålderism finns på samhällets alla områden men det är inom arbetslivet blir mest tydligt, inte minst i och med den nya lagen mot åldersdiskriminering. Det är inte längre tillåtet för arbetsgivare att t.ex. vid anställning avböja arbets sökande med motiveringen att de gärna sett någon yngre, eller äldre.

Ålderism är, enligt Lars Andersson, kanske den mest accepterade formen av diskriminering och den det tas lättast på. Begreppet ålderism syftar inte på någon speciell ålder men används oftast för att beskriva fördomar mot äldre. Den negativa attityd som finns mot äldre kan bero dels på makt och på rädslan för sitt eget åldrande.⁶⁶

I en undersökning inom utvecklingsprojektet *Livskompetens 50+* ställdes frågan “Anser du att medarbetare som är 50 år eller äldre har svårare att ta till sig förändringar eller lära nytt (exempelvis omorganisationer, införande av ny teknik) jämfört med yngre medarbetare?” till arbetsgivare slumpmässigt utvalda ur Svenskt Näringsliv. 52,4% svarade att det inte finns någon större skillnad mellan äldre och yngre, 46,3% svarade att äldre har svårare att ta till sig nytt och 1,4% svarade att äldre har lättare att ta till sig förändringar.⁶⁷

⁶⁴ DS 2002:10 s 73

⁶⁵ Anställningen och pensionsåldern, S 2011:05, s 14

⁶⁶ Andersson, Lars, Ålderism. s 5

⁶⁷ Arbetslivsrapport 2007:00

En liknande undersökning som gjorde för att undersöka arbetsgivares inställningar och attityder till äldre yrkesverksamma visade att ungefär hälften av arbetsgivarna ansåg att äldre personer har svårare att ta till sig förändringar på arbetsplatsen, såsom teknologi och omorganisation, och dels att yngre medarbetare är bättre utbildade. Studien visade vidare att 41% av arbetsgivarna inte tycker att äldre ska arbeta kvar längre på grund av stundande arbetskraftbrist och att så mycket som 70% sällan eller aldrig nyanställer äldre. (Denna studie från 2001, värt att nämna då det är långt innan diskrimineringsförbudet mot ålder införlivades i svensk rätt. Idag hade arbetsgivares svar troligen varit annorlunda även om attityden kan tänkas vara densamma.) Däremot tyckte 25% av arbetsgivarna att äldre visade för lite uppskattning på arbetsplatsen.⁶⁸

Arbetsgivarna verkar dock ha haft både negativa och positiva attityder till äldre. Vid övriga synpunkter framfördes en viss variation på uppfattningen av äldre, bland annat:

- ”Svåra att lära nytt, negativa till nya idéer, tror att de i alla lägen vet bäst.”
- ”Flertalet är ofta inte intresserade av kompetensutveckling. Ju lägre grundutbildning desto svalare intresse.”
- ”Problem vid förändringar.”
- ”Mycket kompetens med ett lägre arbetstempo men ökad kostnad.”
- ”Pensionskostnaden är mycket hög för höglönade över 55 års ålder ...”
- ”Det är bra med en åldersmix i företagen, äldre medarbetare har stor livserfarenhet och kunskap som bör tas till vara.”
- ”Äldre medarbetare har ett större ansvar mot företaget, är nästan aldrig sjuka utan är väldigt motiverade att arbeta.”
- ”De besitter fina värderingar och en god portion tyst kunskap, de stannar ofta kvar i sin anställning och innebär på så vis en stabilitet i en i övrigt föränderlig värld”
- ”Oftast mycket kompetenta och lojala medarbetare.”

Även om arbetsgivarna inte har en enbart negativ inställning till äldre verkar det fortfarande finnas fördomar. Även i de positiva kommentarerna finns en generalisering av äldre som inte går stick i stäv med tanken att ålder ska vara neutralt.

I USA, Canada och Australien är ålderism ett etablerat juridiskt begrepp. I USA skapades redan 1967 ett diskrimineringsförbud för anställda i åldern 40-65 år. 1978 höjdes gränsen till 70 år och 1986 togs maxgränsen bort helt.⁶⁹ Lagen ses inte som någon garanti att ge äldre arbeten utan helt enkelt som ett uttryck för medborgerliga rättigheter. Lagen är dock inte helt problemfri utan har visat sig ibland skapa generationsmotsättningar. Att skydda en grupp individer kan även, trots att syftet är att minska diskriminering, medföra att fördomar förstärks då ett skydd tyder på att gruppen faktiskt är svagare.⁷⁰

⁶⁸ Arbetsgivares attityder till äldre yrkesverksamma, RFV 2001:9 sidan 50

⁶⁹ Andersson, Lars Ålderism s 64

⁷⁰ Andersson, Lars Ålderism, s 64

En lagstiftning garanterar heller inte äldres plats på arbetsmarknaden i och med att lagar kan frångås och arbetsgivare har lärt sig att inte hänvisa till ålder so beslutsgrund. Omplacering med förändrade arbetsuppgifter som den anställde är överkvalificerad och ointresserad av förekommer också.⁷¹

Anledningen till att äldre diskrimineras i arbetslivet tros ha dels irrationella orsaker, såsom förutfattade meningar om äldres yrkesskicklighet, och dels ekonomiska orsaker. Fokus för forskningen har varit att påvisa att arbetsgivares attityder till äldre är baserade på felaktiga antaganden.⁷²

En departementsutredning ifrån 2002 med syftet att ta reda på hur äldre yrkesverksamma skulle kunna stanna kvar längre i arbetslivet kom fram till att svenskarna generellt faktiskt inte vill arbeta ens till 65 års ålder. Mindre än 10 % ville arbeta så länge och medelåldern för önskvärd pension var knappt 60 år.⁷³ Dock blev medelåldern för vad svenskarna trodde skulle bli deras faktiska pensionsålder 63,4 år, troligen då den enskilda ekonomin spelar in. När frågan om den då nya rättigheten at stå kvar i anställning till 67 års ålder svarade tre fjärdedelar av männen och två tredjedelar av kvinnorna att de inte trodde att de skulle arbeta så länge.⁷⁴

⁷¹ Andersson, Lars Ålderism s 65

⁷² Andersson, Lars Ålderism, s 69

⁷³ DS 2002:10 s 17

⁷⁴ DS 2002:10 s 18

4. Diskussion och analys

Åldersdiskriminering är ett ämne med många bottnar. Det är dels en samhällspolitisk fråga; för att ha råd med en åldrande befolkning krävs att de arbetsföra arbetar så länge som möjligt samtidigt som yngre måste få plats att komma in på arbetsmarknaden. Men åldersdiskriminering handlar också om den mänskliga rättigheten att inte bli diskriminerad på grund av något man inte kan påverka, samtidigt som diskrimineringsgrunden ålder inte verkar ha samma starka status som diskrimineringsgrunderna kön, etnicitet, sexuell läggning eller religion. Då ålder inte heller är en specifik grupp människor skapas ytterligare svårigheter. En särbehandling innebär alltid att någon får antingen en fördel eller nackdel, till bekostnad eller vinning för någon annan. Vem ska få stå undan för vem? Är det en lämplig åtgärd att kunna säga upp arbetstagare vid 67 för att på så sätt ge fler unga plats på arbetsmarknaden? Eller att sätta åldersgränser vid rekrytering? Dagens arbetsmarknads stora krav på flexibilitet spelar också stor roll i hur undantagen från diskrimineringslagen ska användas.

4.1 När är särbehandling på grund av ålder tillåten?

Kan man hitta en dragen linje som avgör gränsen mellan tillåten särbehandling och diskriminering? Troligen kan man inte det då det dels är en relativt ny lag som inte har tillräckligt mycket praxis som bakgrund och dels är upp till medlemsstaterna själva att till stor del bedöma vad som skall anses vara tillåtet. Vissa riktlinjer går dock att urskönja. För att särbehandling p.g.a. ålder ska anses rättfärdigad krävs att målen är av den art som beskrivs i artikel i Likabehandlingsdirektivet 2000/78/EG samt att medlet för att nå dit är lämpligt och nödvändigt. Målen ska vara av socialpolitisk art och syfta till att främja sysselsättningen på arbetsmarknaden. Skäl som kan härröras enbart till arbetsplatsens bästa godtas som regel ej. Detta gör särbehandlingen relativt svår för en enskild arbetsgivare att applicera då det är svårt att själv avgöra ett samhällspolitiskt förankrat skäl.

Syften som rör ett företags eller företagens kollektivt bästa är inte berättigat⁷⁵, t.ex. att via turordningsregler låta anställda med berättigad pension sägas upp framför de utan. Den

⁷⁵ t ex SAS

ekonomiska kompensationen innebär inte att medlet varit tillåtet och objektivt godtagbart då det saknar samhällspolitisk förankring.

Är det en lämplig åtgärd att kunna säga upp arbetstagare vid 67 för att på så sätt ge unga plats på arbetsmarknaden? Eller att sätta åldersgränser vid rekrytering? Det sista accepteras som regel ej. Exempelvis kan en arbetsgivare inte neka att anställa en äldre person för att få en homogen arbetsgrupp, för att "en viss ålder passar bättre i gruppen" eller av kommersiella skäl. Om syftet istället hade varit att undvika att en större grupp på arbetsplatsen går i pension samtidigt hade särbehandlingen troligen godkänts men det är i grunden en proportionalitetsprincipiell fråga. Brytpunkten för när medlet, en viss åtgärd, är att anse nödvändig och lämplig måste alltså sammanfalla med ett berättigat mål.

Enligt EU-praxis är bedömningen av berättigade syften tämligen generös och det är mycket upp till den nationella arbetsmarknadens parter att bedöma vilka social- och arbetsmarknadspolitiska mål som skall uppnås.⁷⁶ Sysselsättningen och mål för arbetsmarknaden anges också i arbetslivsdirektivet.⁷⁷ Åtgärder som att via kollektivavtal säga upp arbetstagare uppnådd pensionsålder anses vara ett berättigat undantag om målet är att underlätta inträdet på arbetsmarknaden,⁷⁸ men inte en lägre ålder än pensionsåldern. Medlet för att nå ett syfte får inte innebära en överdriven kränkning. Att tvingas avsluta sin anställning vid uppnådd pensionsålder, som i fallet *Palacios de la Villa*,⁷⁹ anses inte utgöra överdriven kränkning då åldern var tillräckligt högt satt och hade objektivitet. En åldersgräns som inte är uppnådd pensionsålder får anses sakna grund när den är alltför hypotetisk. En alltför snäv åldersgräns nedåt anses därmed sällan objektivt godtagbart. Detta skapar dock vissa skillnader mellan medlemsländerna då pensionsåldern skiljer sig åt.

För att särbehandling ska ske måste sysselsättningspolitiken vara motiverad. Att endast hänvisa till en ökad sysselsättning i sig är inte legitimt om det inte kan påvisas att så är fallet, exempelvis att ungdomsarbetslösheten de facto är hög och att en särbehandling av något slag är ett nödvändigt medel.

I Sverige pågår en debatt både bland arbetsmarknadens parter men även politiker hur åldersdiskriminering ska förhindras, samtidigt som ungdomsarbetslösheten och den stora mängden pensionärer ställer nya krav på arbetsmarknadslösningar. Personligen tror jag att den svenska arbetsmarknaden försöker närma sig ett system likt det danska flexicurity även om ungdomslöner och höjd pensionsålder än så länge bara diskuteras och möts av stort motstånd. Så länge det går att motivera till socialpolitiska mål och särbehandlingen följer proportionell till dessa så tror jag att det i framtiden blir vanligare med särbehandling för att lösa arbetsmarknadens behov.

⁷⁶ Bland annat i *Palacio de la Villa C-144/05*

⁷⁷ artikel 6.1 första stycket, 2000/78 EU Arbetslivsdirektivet

⁷⁸ *Palacio de la Villa C-144/05*

⁷⁹ *Palacio de la Villa C-144/05*

4.2 Svensk arbetsrätt och förbudet mot åldersdiskriminering

Inom den svenska arbetsrätten har ålder av tradition haft stor betydelse och åldersdiskrimineringsförbudets mening att hålla ålder neutralt kan därför bli svårt. Det finns fortfarande regleringar där ålder har betydelse som fått vara kvar trots arbetslivsdirektivets införlivande, såsom 67-årsregeln. Denna innebär att visstidsanställning får träffas i de fall arbetstagaren är över 67 år och att arbetsgivare kan säga upp arbetstagare över 67 år utan saklig grund. Det har diskuterats om en liknande regel skulle kunna införas för yngre arbetstagare. Tidigare partiledaren för centerpartiet, Maud Olofsson, kom med ett förslag om ett försvagat anställningsskydd för ungdomar under 25 för att lättare få in dem på arbetsmarknaden. Tyskland har tidigare använt sig av en lagregel som säger att anställningstid före 25 års ålder inte räknas med vid beräkningen av uppsägningstid som är beroende av anställningens längd vilket dock visade sig gå emot unionsrätten. Motiveringen av regeln var att arbetsgivaren hade ett verksamhetsmässigt intresse av personalflexibilitet och att unga rimligen antas ha en större rörlighet än äldre, syften som är att avse i artikel 6 likabehandlingsdirektivet. Men trots att syftet i sig var legitimt ansågs medlet inte nödvändigt som sådant.

Hur kommer det sig då att 67-årsregeln, som tillåter arbetsgivare att säga upp arbetstagare över 67 år utan saklig grund samt vid vidare anställning i praktiken saknar anställningsskydd, inte är åldersdiskriminering? Målet, att bereda väg för yngre arbetstagare på arbetsmarknaden, är definitivt av legitim art och medlet får i och med den ekonomiska trygghet som pensionen utgör gör att den personen inte befinner sig i jämförbar situation. Medlet kan då anses lämpligt och nödvändigt. Åldern 67 är relativt hög och stämmer därmed in proportionalitetsmässigt till skillnad från en yngre ålder. Den begäran om förhandsavgörande som skickats in till EU-domstolen av Södertörns tingsrätt kommer troligen att ställa 67-årsregelns framtid på sin spets. Fokus ligger på huruvida det är rimligt att en individ ska få oskäligt låg nivå på sin pension i och med möjligheten att bli uppsagd vid 67 års ålder. Det är en intressant fråga eftersom det verkligen ställer individens skydd å ena sidan mot arbetsgivarens rätt att särbehandla.

Huruvida pensionen innebär att en person inte är i jämförbar situation går dock att ifrågasätta. Idén att äldre ska kunna arbeta längre för att förbättra sin pension går på sätt och vis isär med det påståendet. Ska det vara en möjlighet att förbättra sin pension är man ju då, som pensionsberättigad individ, enbart ”relativt ej jämförbar”.

Det är möjligt att 67-årsregeln faktiskt bidrar till att äldre arbetssökande lättare får anställning. Hade det, likt USA, inte funnits någon övre gräns för när anställningsskyddet slutar gälla hade arbetsgivare möjligen börjat dra sig för att anställa arbetskraft i närheten av pensionsåldern. 67-årsregeln är omtvistad och paradoxal i sig i och med att den står i brytpunkten mellan diskriminering och särbehandling. Gör regelns möjliggörande av visstidsanställningar att arbetsgivare anställer fler äldre än vad denne hade gjort annars, eller är den bara ett sätt för arbetsgivaren att göra sig av med äldre, ej längre önskvärd arbetskraft? Skulle äldres plats på arbetsmarknaden kanske till och med stärkas av en sänkt ålder för visstidsanställningar, som t.ex. åldern för lagstadgad pension?

Det har på senare tid diskuterats om en lagändring inspirerad av den danska *flexicuritymodellen*⁸⁰, t.ex. med ett försvagat anställningsskydd för unga upp till 26 års ålder och så mycket som halverade lärlingslöner som ett steg att få in unga på arbetsmarknaden.⁸¹ Regeringen är dock splittrad. Det är också ett avsteg från den svenska modellen att låta politiker lägga sig i frågor som i normala fall är upp till arbetsmarknadens parter, detta kan tyda på att frågan är mycket angelägen. Denna fråga är liksom 67- års regeln omtvistad. En sådan lagändring skulle möjliggöra ett klimat på arbetsmarknaden då unga har lättare att få jobb. Samtidigt får man ha förståelse för att de unga som faktiskt får jobb ändå inte per automatik vill få sämre anställningsvillkor än någon annan enbart på grund av deras ålder.

I Sverige verkar debatten om åldersdiskriminering just vara på väg att få genomslag. Främst är det de politiska partiernas ungdomsförbund som trycker hårt på att förhindra att unga diskrimineras i arbetslivet genom exempelvis bemanningsföretagens starka inträde på arbetsmarknaden och turordningsregler som räknas på anställningstid. Anställningstid behöver ju dock inte i sig innebära en åldersdiskriminering, så länge hela anställningen räknas, även om man kan tänka sig att äldre arbetare ofta varit kvar i sin anställning en längre tid. Regleringen i sig är därför åldersmässigt neutral.

Är syftet med åldersdiskriminering att bevara yngre och äldres rättigheter på arbetsmarknaden, eller är det i och med sina många undantag mer ett verktyg för att kunna styra arbetsmarknaden? Frågan om åldersdiskriminering bär, i enlighet med den normativrättsliga teorin, på bipolära värden med individen på ena sidan och samhällets bästa på andra.

4.3 Hur skiljer sig ålder från övriga diskrimineringsgrunder?

Att skyddas från diskriminering på grund av sitt kön, sin religion, sitt etniska ursprung eller sexuella läggning anses mycket viktigt och är nästintill okränkbart i många demokratier i världen. Men hur är det då med ålder?

En implementering av lagar innebär ofta svårigheter då det då förväntas att en rättsregel ska absorberas av ett annat rättssystem på ett förväntat sätt. Dock har vi ju i Sverige redan haft diskrimineringsförbud mot andra grunder, såsom kön, etnicitet och sexuell läggning, så tanken på ett diskrimineringsförbud i sig kan knappast anses främmande.

Till skillnad från t.ex. kön anses det mer socialt accepterat att döma människor på grund av ålder. Att ha överseende med att en ungdom är oerfaren eller att ha ökad respekt för en äldre som upplevt mer, hur ska det då undvikas att ha med dessa föreställningar om ålder i arbetslivet? Att undvika stereotypa inställningar är precis vad som är svårigheten med diskriminering. Om en anställning kräver en person som är "flexibel, nyfiken och villig

⁸⁰ se tidigare avsnitt 2.3.4

⁸¹ bland annat i artikel, SvD, 13 okt 2011

att utvecklas”, innebär det ju i praktiken ofta att yngre förmågor eftersöks. Men kanske håller åsikterna på att förändras, för inte så länge sedan ansågs det lika självklart att män och kvinnor lämpades för olika yrken på grund av vad som ansågs manligt och kvinnligt. Å ena sidan får yngre dras med diskriminering och till exempel gå miste om chefsjobb då det antas att äldre bär på mer önskvärd erfarenhet. Korrelationen ålder och erfarenhet är ur diskrimineringssynpunkt nödvändigt att bortse ifrån. Syftet med ett diskrimineringsförbud är att förhindra särbehandling som är oberättigad och som därför kan anses kränkande. I många fall kan det emellertid finnas fullt godtagbara skäl till att personer behandlas olika beroende på ålder. I själva verket torde det sakliga behovet av undantag vara större beträffande ålder än för de andra diskrimineringsgrunderna. Kärnan inom mänskliga rättigheter är att man inte ska kunna bli diskriminerad för något man inte själv kan påverka. Kan den legitima särbehandlingen av äldre på sätt och vis urholka de mänskliga rättigheternas status, och skada även övriga grunder? Än så länge är det bara inom arbetslivet som skyddet för åldersdiskriminering är verksamt vilket fått en del kritik. Det har dock diskuterats om skyddet ska vidgas till att gälla även inom samhällets övriga delar, bland annat i SOU 2010:60 “Ett utvidgat skydd mot åldersdiskriminering”. Detta följer en trend både i Europa och i övrig världen. Förhoppningen är att förslaget ska förändra attityden till åldersfrågor och den slentrianmässiga åldersdiskrimineringen. Ett sådan utvidgat skydd mot åldersdiskriminering bör även stärka skyddet inom arbetslivet ytterligare. En problemställning med den nya diskrimineringslagen är att det nu finns sju diskrimineringsgrunder och därmed olika intressen att ta hänsyn till. Risken är att de olika diskrimineringsgrunderna prioriteras och vilken diskrimineringsgrund får då missgynnas till fördel för någon annan?

Citat Ny juridik:

“Det behövs en djuplodande analys för att de skyddade intressena ska omfattas av en lagstiftning som är förutsebar i sin tillämpning och inte skapar inläsningseffekter, utan istället blir ett verkningsfullt verktyg i kampen för allas rätt att behandlas lika. Detta sista påpekande inte minst av det skälet att det bland dem som har praktisk erfarenhet av att arbeta med frågorna förefaller finnas stor enighet om att verkliga resultat knappast uppnås genom lagarnas diskrimineringsförbud. Det viktiga verktyget i det hänseendet är den skyldighet lagarna lägger på arbetsgivaren att bedriva aktiva åtgärder och den vägen påverka attityder.”⁸²

Detta citat sammanfattar konkret komplexiteten i diskrimineringslagar generellt och ålder i synnerhet. De många möjligheter till undantag som finns runt diskrimineringsgrunden ålder urholkar skyddet till viss del. Dessutom är begreppet ”jämförbar situation”, som är mycket centralt i fråga om direkt diskriminering, inte lika applicerbart på diskrimineringsgrunden ålder som övriga.

En annan komplexitet i att ha ålder som diskrimineringsgrund är den att det inom grunden finns olika intressen att skydda, som yngre eller äldre, vars intressen ofta ställs emot varandra. Jämför man med diskrimineringsgrunden kön, som förvisso innehåller intressen både från män och kvinnors håll men där kvinnors intressen oftast ansetts vara mest värt att skyddas. Även om åldersdiskriminering till en början verkar ha gått i riktningen att främst skydda de äldres intressen är det inte alls säkert att det kommer att fortsätta så.

⁸² Ny Juridik 2:01 s 48-49

4.4 Slutsats

Syftet med min uppsats var att reda ut när särbehandling på grund av ålder är legitim och hur svenska arbetsrätten förhåller sig till åldersdiskrimineringsförbudet. Ålder verkar till synes vara en diskrimineringsgrund särställd de övriga. Det är möjligt att en viss attitydförändring är på gång i samhället och omvärlden i stort. En längre livslängd och bättre hälsa hos det svenska folket bör leda till en större grupp av yrkesverksamma äldre på arbetsmarknaden.

Inför implementeringen av arbetslivsdirektivet talades det om att särbehandling på grund av ålder skulle vara legitimt endast i exceptionella fall. Ser man till praktiken är frågan om skyddet mot åldersdiskriminering i själva verket är ganska svagt och saknar den dignitet som skyddet för andra diskrimineringsgrunder innehar. Som bevis på detta finns t ex 67 års- regeln eller regeln om visstidsanställning som fått vara kvar i anställningsskyddet trots att arbetslivsdirektivet har införlivats i svensk rätt.

Gränsen mellan legitimerad särbehandling på grund av ålder och åldersdiskriminering verkar på intet sätt stå tydlig. Medlemsstaternas stora utrymme för egen skönsmässig bedömning försvårar ytterligare och då Sverige än så länge inte har någon omfattande praxis är det svårt att klart säga vilka kriterier som bör gälla. Man kan baserat på praxis se att EU-domstolen i flera fall godkänt ett berättigat syfte men underkänt de medel som använts då de inte ansetts lämpliga eller nödvändiga. Svårigheten ligger att i för arbetsgivaren i första hand, och den svenska arbetsdomstolen i andra hand, bedöma proportionen på medlet för att nå det önskvärda målet.

En svårighet i särbehandlingens mönster är att det kan vara svårt att se hur ett missgynnande i det stora hela syftar till något positivt, även för den som missgynnas. Till exempel väcker diskussionen om sänkta ingångslöner mycket ilska från unga, trots att syftet är att minska ungdomsarbetslöshet. På samma sätt tyckte somliga att åtgärden att ta bort 45-årsregeln (denna regel innebar att anställda över 45 år gavs fler månader i anställningstid vilket gynnade dem vid turordningsreglerna) var åldersdiskriminering då det slog mot äldre trots att åtgärden var en nödvändighet för att *inte* diskriminera på grund av ålder.

Undantagen från förbudet mot åldersdiskriminering, den befogade särbehandling, verkar på sätt och vis nästan mer självklar än diskrimineringsförbudet i sig, vilket särskiljer ålder stort ifrån andra grunder för diskriminering. Ålderism är heller inte ett lika starkt förankrat begrepp och upprör inte på samma sätt som t ex sexism, eller rasism. Vidare kan dras slutsatsen att åldersdiskrimineringskyddet för äldre fokuserats på de attityder gentemot äldre arbetskraft som finns i arbetslivet. Å ena sidan finns en motvillighet hos den äldre arbetskraften att faktiskt stå kvar i anställningen till 67 års ålder eller ännu längre vilket går emot en önskan ur samhällsekonomiskt perspektiv att minska försörjningsbördan hos den arbetsföra befolkningen. Däri verkar inte förbud mot åldersdiskriminering vara tillräckligt för att faktiskt få den äldre gruppen att vilja arbeta kvar.

Ur samma perspektiv kan man se att insatser för att gynna yngres inträdande på arbetsmarknaden inte heller verkar ge resultatet som önskas. De undantag som skulle

kunna ge yngre svagare anställningsskydd för att öka deras attraktivitet på arbetsmarknaden bemöts av stora protester då de inte är villiga att gå ned i lön eller trygghet. För att undvika diskriminering av både äldre och yngre på arbetsmarknaden verkar en ökad flexibilitet vara önskvärd av arbetsgivarna vilket kan uppnås med hjälp av undantagsmöjligheterna i diskrimineringslagen.

Då det är en fråga av samhällsekonomisk betydelse att dels få in unga på arbetsmarknaden, dels få den äldre arbetsföra befolkningen att stanna kvar i arbetslivet är undantagen från diskrimineringslagen ofta socialpolitiskt förankrade vilket leder till att både yngre och äldre får finna sig i en viss särbehandling som inte varit godtagbar om anledningen till denna varit på grund av t ex kön eller etniskt ursprung. Svårigheten ligger kvar att i för arbetsgivarna känna till skillnaden mellan särbehandling som kan anses kränkande och ovidkommande och den som är nödvändig för att tillmötesgå framtidens krav på en flexibel arbetsmarknad. Därtill bör arbetsgivare bli varse äldres anställdas kompetens och lära sig undvika klassiska stereotyper om äldres arbetsinsatser både vad gäller anställning och att låta arbetstagare som vill och kan stanna kvar.

De slutsatser jag har kunnat dra av mitt arbete är att undantaget från åldersdiskrimineringsförbudet ger ett svagt skydd för enskild arbetsgivare att utnyttja då förutsättningarna är så pass socialpolitiskt förankrade att det är svårt att som enskild arbetsgivare använda sig av. Undantaget ger dock ett starkt skydd för arbetsmarknadens parter att nyttja vad gäller t.ex. att sätta äldre åldersgränser för anställningsskydd, och eventuellt framtida liknande ingrepp för yngre. Som enskild arbetsgivare innebär den nya diskrimineringslagen även att ytterligare försiktighet måste beaktas vid bland annat nyanställningar då rekvisit som direkt eller indirekt kan kopplas till ålder måste elimineras vid rekryteringsförfarandet.

Som arbetstagare blir skyddet mot diskriminering vid exempelvis sökande av anställning starkt inte minst i skenet av EU-rättens grundläggande principer om likabehandling och nondiskriminering. Dock får man troligen i fortsättningen även finna sig i den särbehandling som exempelvis det försvagade anställningsskyddet efter 67 års ålder innebär. Sett till den önskvärda flexibiliteten på arbetsmarknaden så tror jag att särbehandlingen fortsättningsvis kommer yttra sig i fler arbetsmarknadspolitiska åtgärder som även kan beröra yngre arbetstagare.

Referensförteckning

Offentligt tryck

Svensk författningssamling

SFS 2008:567 Diskrimineringslag
SFS 1974:12 Lag om anställningsskydd
SFS 1974:152 Regeringsformen

Propositioner

Prop 2007/08:95 Ett starkare skydd mot diskriminering
Prop 2006/07:111 Bättre möjligheter till tidsbegränsad anställning
Prop 1993/94:250 Reformering av det allmänna pensionssystemet

Utredningar

SOU 1993:7 Löneskillnader och lönediskriminering

Departementsserien

Ds 1999:39 Höjd ålder för avgångsskyldighet till 67 år
Ds 2002:10 Riv hindren för äldre i arbetslivet!

EG-rättslig lagstiftning

Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling
Rådets direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete

Övrigt

KOM(2007)726 *Möjligheter, tillgång och solidaritet: mot en ny samhällsvision för tjugohundratalets Europa* (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/sv/com/2007/com2007_0726sv01.pdf)

Litteratur

- Andersson, Lars. 2008. *Alderism*. Studentlitteratur, Stockholm.
- Hydén, Håkan. 2002. *Normvetenskap*. Sociologiska institutionen, Lunds universitet.
- Hellner, Jan. 2000. *Rättsteori 2:a upplagan*. Norstedts Juridik, Stockholm
- Numhauser-Henning, Ann. 2000. Rätt att gå vid 67? ur *Normativa perspektiv Festskrift till Anna Christensen*. Juristförlaget i Lund.
- Numhauser Henning, Ann. 2010. "Åldersdiskriminering och några anställningskyddsrelaterade frågor" ur vänbok till Ronnie Eklund, Iustus förlag, Uppsala.
- Nycander, Svante. 2008. *Makten över arbetsmarknaden*. SNS Förlag, Stockholm.

Rättspraxis

Mål från EU-domstolen

mål C-388/07, *Age Concern England*

mål C-144/04, *Mangold*

mål C-411/05 *Félix Palacios de la Villa mot Cortefiel Servicios SA*.

mål C-447/09 *Prigge m.fl. mot Deutsche Lufthansa*

Rättsfall

AD 1974 nr 14

AD 1978 nr 111

AD 1987 nr 34

AD 1988 nr 178

AD 2009 nr 11

AD 2010 nr 91

AD 2011 nr 37

Södertörns tingsrätt mål nr T7477-09

Artiklar

Ny Juridik 2:10, utgiven 2010

Lag & Avtal, publicerad 17 dec 2009 (hämtad från <http://www.lag-avtal.se/nyheter/diskriminering/lagstiftning/article111369.ece>)

Lag & Avtal redaktionen *Är det okej att välja bort äldre?* publicerad 19 maj 2011 (hämtad från <http://www.lag-avtal.se/tidningen/article3183014.ece>)

Svenska Dagbladet, *Lägre löner för unga ger inga nya jobb*, 13 okt 2011 (hämtad från http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/lagre-loner-for-unga-ger-inga-nya-jobb_6549081.svd)

Svenska Dagbladet, *Åldersfällan – 40-plussare måste smygas in*, 8 maj 2011 (hämtad från http://www.svd.se/naringsliv/karriar/aldersfallan_6144593.svd)
Chefstidningen, 28 mars 2011

Internet

EU:s officiella webbplats, http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/c10823_sv.htm samt <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=102&langId=en>

Rapporter

Age discrimination against older workers in the European Community, publicerad 1993 av Eurolink Age
S 2011:05, Anställningsskyddet och pensionsåldern, Pensionsåldersutredningen
RFV 2001:9, Arbetsgivares attityder till äldre yrkesverksamma
2007:00, Arbetslivsrapport