



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Kenny Östergren

Åldersdiskriminering

*Berättigad särbehandling på grund av ålder enligt 2
kap. 2 § 4 DiskL och dess förenlighet med principen om
likabehandling och icke-diskriminering*

LAGM01

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Birgitta Nyström

Termin för examen: Period 1 VT2016

Innehållsförteckning

Kap 1 – Inledning	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Disposition	11
Kap 2 – Diskrimineringslagen	12
2.1 Diskrimineringslagens förhållande till EU-rätten	12
2.2 Diskrimineringslagens inledande bestämmelser	12
2.3 Diskrimineringsförbudet för arbetsgivare	13
2.4 Direkt- och indirekt diskriminering	14
2.4.1 Definitionen av diskriminering	14
2.4.2 Direkt diskriminering	14
2.4.3 Indirekt diskriminering	15
2.5 Undantagen från arbetsgivares diskrimineringsförbud	17
Kap 3 – Principen om likabehandling och icke-diskriminering	19
3.1 Principens ursprung, förekomst och motivering i folkrätten	19
3.1.1 Principen i Förenta nationernas folkrättsliga instrument	19
3.1.2 Principen i Europarådets traktat	22
3.1.3 Principens utveckling utifrån FN och Europarådet	23
3.2 Principens ursprung, förekomst och motivering i EU-rätten	24
3.3 Principens ursprung, förekomst och motivering i svensk rätt	25
3.4 Principens innebörd	26
3.4.1 Principens innebörd inom EU-rätten	26
3.4.2 Den första tolkningen av principen	27
3.4.3 Den andra tolkningen av principen	27
3.4.4 Den tredje tolkningen av principen	28
3.4.5 Den fjärde tolkningen av principen	30
3.4.6 Tolkningarnas inbördes förhållande	30

Kap 4 – Berättigad särbehandling enligt 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen	32
4.1 Särskilt om diskrimineringsgrunden ålder	32
4.2 Utredningens disposition	33
4.3 Undantagsbestämmelsernas lydelse	33
4.3.1 Undantagets lydelse i artikel 6.1 arbetslivsdirektivet	33
4.3.2 Undantagets lydelse i 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen	34
4.4 Undantagsbestämmelsernas utformning inom respektive lagkomplex	34
4.4.1 Undantagets utformning i artikel 6.1 inom arbetslivsdirektivet	34
4.4.2 Undantagets utformning i 2 kap. 2 § 4 inom diskrimineringslagen	36
4.5 Undantagsbestämmelsernas tillämpning	39
4.5.1 EU-domstolens tillämpning av artikel 6.1 arbetslivsdirektivet	39
4.5.1.1 Rättsfall av allmänt intresse	39
4.5.1.2 Rättsfall med anknytning till artikel 6.1 a)	41
4.5.1.3 Rättsfall med anknytning till artikel 6.1 b)	58
4.5.1.4 Rättsfall med anknytning till artikel 6.1 c)	60
4.5.2 Arbetsdomstolens tillämpning av 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen	61
4.6 De lege lata-analys av 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen	63
Kap 5 – Förenligheten mellan 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen och principen om likabehandling och icke-diskriminering	69
5.1 Är 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen förenlig med principen om likabehandling och icke-diskriminering?	69
5.2 Diskussionsunderlag de lege ferenda och diskrimineringsgrunden ålders särdrag	71
Kap 6 – Slutsatser	73
Käll- och litteraturförteckning	76

Summary

DiskL regulates the possibility for an employer to consider age in relation to workers and job seekers. The regulation of the employer's discretion has a practical importance because of the fact that everyone has an age, and that most people at some point participates in the labor market. The prohibition of age discrimination limits employer's discretion by restricting the use of the consideration of age in making decisions. This obligation gives rise to a corresponding right not to be discriminated because of age. But there are exceptions to this prohibition under which certain kinds of differences in treatment on grounds of age are justified.

The purpose of this thesis has been to determine the limits of employer's discretion in this regard by investigating the scope of the exemption in 2 c. 2 § 4 DiskL and to establish a basis for a further *de lege ferenda* discussion by relating its meaning to the principle of equal treatment and non-discrimination. The aim has been achieved through investigating of *de lege lata* relating to 2 c. 2 § 4 DiskL as well as the meaning of the principle, and then determine whether they are compatible with each other. The method used to achieve this purpose is the dogmatic legal method that includes requirements regarding transparency and a critical approach.

A conclusion made in the thesis is that the meaning of the principle is dependent upon context. From this a decision was made to use a theoretical framework consisting of four interpretations of its meaning. These interpretations and the meaning of the principle as a general principle in EU-law were then related to *de lege lata* regarding 2 c. § 4 DiskL. The investigation revealed that the scope of the exemption was relatively wide. The conditions under which the exemption is applicable are set by the assessment model developed in the case law of the CJEU. 2 c. 2 § 4 DiskL is with a high degree of certainty consistent with the principle as a general principle in EU-law. This conclusion is made on the fact that the directive it's based upon is regarded as a specific application of the principle. Regarding its compatibility with the different interpretations of the principle in a wider context, laid down by the chosen theoretical framework. The conclusion was that it was compatible with the three least restrictive interpretations. The fourth and final interpretation, whose development is still at an early stage, is probably not compatible with the exemption possibilities regarding direct discrimination on grounds of age. If a *de lege ferenda* discussion regarding 2 c. 2 § 4 DiskL was held, under consideration of the content put forward by the fourth interpretation, the legal developments would likely entail removing the possibilities to justify cases of direct age discrimination. It is my opinion that such a legal development is unlikely unless the prohibition of age discrimination is decoupled from its economic justification and instead based on human rights arguments.

Sammanfattning

I DiskL regleras arbetsgivares möjligheter att beakta ålder i förhållande till arbetstagare och arbetssökande. Regleringen av arbetsgivarens handlingsutrymme har praktisk betydelse eftersom de flesta någon gång är aktiva på arbetsmarknaden och att ålder är universellt. Förbudet mot åldersdiskriminering beskär arbetsgivarens handlingsutrymme genom skyldigheten att inte beakta ålder vid beslut. Skyldigheten ger upphov till en korresponderande rättighet hos motparten att inte bli åldersdiskriminerad. Från diskrimineringsförbudet finns undantag för berättigad särbehandling.

Uppsatsens syfte har varit att fastställa arbetsgivarens handlingsutrymme i detta avseende genom att utreda omfattningen av undantaget för berättigad särbehandling i 2 kap. 2 § 4 DiskL samt att etablera en utgångspunkt för en vidare de lege ferenda diskussion genom att relatera dess innebörd till principen om likabehandling och icke-diskriminering. Syftet har uppnåtts genom utredningen av de lege lata avseende 2 kap. 2 § 4 DiskL samt innebörden av principen för att sedan avgöra huruvida dessa är förenliga med varandra. Genomförandet har skett genom användandet av den rättsdogmatiska metoden vilken inkluderar krav på transparens och ett kritiskt förhållningssätt.

I uppsatsen har konstaterats att principens innebörd är beroende av kontext vilket resulterade i valet att använda ett teoretiskt ramverk avseende dess innebörd bestående av fyra olika tolkningar. Tolkningarna samt principens innebörd som allmän rättsprincip inom EU-rätten ställdes sedan mot de lege lata avseende 2 kap. 2 § 4 DiskL. Av utredningen framkom att undantagsmöjligheterna för berättigad särbehandling är förhållandevis stora. Förutsättningarna för berättigandet är att de uppfyller kraven enligt den bedömningsmodell som utvecklats av EU-domstolen. 2 kap. 2 § 4 DiskL är med största sannolikhet förenlig med den allmänna rättsprincipen inom EU eftersom arbetslivsdirektivet, som den utgör ett införlivande av, anses utgöra en specifik tillämpning av sagda princip. Avseende dess förenlighet med de olika tolkningarna där principen utgår från en vidare kontext blev slutsatsen att den var förenlig med de tre minst restriktiva tolkningarna. Den fjärde och sista tolkningen, vars utveckling ännu är på ett tidigt stadium, erkänner antagligen inte så vida undantagsmöjligheter från direkt diskriminering på grund av ålder. Om en diskussion skulle föras de lege ferenda avseende 2 kap. 2 § 4 DiskL och med beaktan av den fjärde tolkningens innehåll skulle den förespråkade rättsutvecklingen sannolikt vara att ta bort möjligheterna att berättiga fall av direkt åldersdiskriminering. Min uppfattning är att en sådan rättsutveckling skulle förutsätta att förbudet mot åldersdiskriminering frikopplades från de ekonomiska motiv som historiskt har motiverat den och istället enbart motiverades av att det är en mänsklig rättighet att inte bli diskriminerad på grund av sin ålder.

Förord

Först och främst vill jag tacka min fru för all inspiration hon har bidragit med. Utöver uppslaget till ämnesvalet i uppsatsen har hon varit en förebild avseende hög arbetsmoral. Jag vill även passa på att tacka min handledare Birgitta Nyström för all välbehövlig feedback på uppsatsen. Sen ska mina outröttliga korrekturläsare Carlos och Fia ha ett stort tack för visat tålamod och ett jobb väl genomfört.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
BrB	Brottsbalk (1962:700)
c.	Chapter
CEDAW	Konventionen om avskaffande av all slags diskriminering mot kvinnor
CERD	Konventionen om avskaffande av alla former av rasdiskriminering
CJEU	Court of Justice of the European Union (EU-domstolen)
CRC	Konventionen om barns rättigheter
DiskL	Diskrimineringslag (2008:567)
DO	Diskrimineringsombudsmannen
Ds	Departementsserien
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN	Förenta Nationerna
ICCPR	Konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter
ICESCR	Konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter
ICRPD	Konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning
ILO	Internationella arbetsorganisationen
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
Prop.	Proposition
RF	Regeringsform (1974:152)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

De flesta deltar någon gång aktivt på arbetsmarknaden. Ett sådant deltagande förutsätter vanligtvis att personen underordnas en arbetsgivare. Arbetsgivaren innehar i förhållande till personen en maktposition men dennes handlingsutrymme är inte obegränsat. En för uppsatsen relevant begränsning är skyldigheten att inte diskriminera på grund av ålder. Skyldigheten ger upphov till en korresponderande rättighet för den arbetssökande att inte bli diskriminerad på grund av ålder. I Sverige regleras detta civilrättsligt i Diskrimineringslagen¹, nedan DiskL.

Mitt intresse för diskrimineringsfrågor i allmänhet och åldersdiskriminering i synnerhet uppstod i samband med att min fru, i rollen som arbetsgivare, anställde personal. Under anställningsprocessen ansåg en arbetssökande att hen hade blivit åldersdiskriminerad. I min roll som hemmets juridiska rådgivare antog jag uppgiften att redogöra för rättsläget avseende åldersdiskriminering. En uppgift som visade sig ligga bortom min kompetens då rättsläget var mer komplicerat än vad jag hade förväntat mig. I svensk rätt är nämligen förbudet mot åldersdiskriminering belagt med undantag. Uppfyller särbehandlingen på grund av ålder kraven enligt något undantag är den berättigad och utgör därigenom inte åldersdiskriminering.² Min oförmåga att redogöra för rättsläget inför min fru var det som initialt motiverade mitt ämnesval för uppsatsen. Förhoppningsvis leder uppsatsen till att jag kan ge min fru ett något försenat, men förhoppningsvis tillfredställande, svar. I syfte att ge uppsatsen ytterligare en dimension har jag även valt att avhandla principen om likabehandling och icke-diskriminering. Bedömningen av förenligheten mellan de lege lata för undantagsbestämmelsen i 2 kap. 2 § 4 DiskL och principen om likabehandling och icke-diskriminering ger för handen en utredning vars genomförande behandlar flera grundläggande aspekter av diskrimineringsrätten i stort. Det är min förhoppning av framställningen härom både är intresseväckande och kan leda till en diskussion om åldersdiskrimineringens roll inom diskrimineringsrätten.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att redogöra för de skyldigheter respektive rättigheter som förbudet mot åldersdiskriminering ger upphov till. En sådan redogörelse har ett akademiskt värde men kan också vara praktiskt värdefull, främst för arbetsgivare respektive arbetstagare. Med förståelse för dessa rättigheter och skyldigheter kan dessa parter agera utifrån ett bättre

¹ Diskrimineringslagen (2008:567)

² För tydlighetens skull vill jag påpeka att min fru inte särbehandlade någon på grund av dennes ålder.

beslutsunderlag i sitt yrkesliv.

Uppsatsens syfte uppnås genom att fastställa ramarna för en arbetsgivares handlingsutrymme när det gäller att beakta ålder. En utredning av de lege lata avseende 2 kap. 2 § 4 DiskL är nödvändig eftersom undantagsbestämmelsens omfattning har en direkt inverkan på omfattningen av arbetsgivarens skyldighet att inte åldersdiskriminera och den korresponderande rättigheten för arbetstagaren att inte bli åldersdiskriminerad. Uppsatsen har även ett syfte av mer akademisk art som är relaterad till en utredning av, den för diskrimineringsrätten fundamentala, principen om likabehandling och icke-diskriminering. Syftet med denna utredning är att etablera en utgångspunkt för en de lege ferenda diskussion om i vilken riktning rättsutvecklingen för åldersdiskriminering bör föras.

Uppsatsens huvudsakliga frågeställning är:

- Är de lege lata för undantagsbestämmelsen i 2 kap. 2 § 4 DiskL förenlig med principen om likabehandling och icke-diskriminering?

För att besvara frågeställningen ska dessa delfrågor först besvaras:

- Vad innebär principen om likabehandling och icke-diskriminering?
- I vilken mån tillåter 2 kap. 2 § 4 DiskL särbehandling på grund av ålder?

1.3 Avgränsningar

Till stor del följer uppsatsens avgränsningar naturligt av dess inriktning vilken grundar sig på uppsatsens frågeställningar. Utöver dessa kommer nedan redogöras för ytterligare avgränsningar och hur dessa är motiverade.

Den viktigaste avgränsningen följer av att uppsatsens är inriktad mot undantaget för berättigad särbehandling enligt 2 kap. 2 § 4 DiskL. I 2 kap. 2 § 1 finns ett generellt undantag för berättigad särbehandling som är tillämpligt för samtliga diskrimineringsgrunder. Denna bestämmelse behandlas bara översiktligt trots att den de facto stadgar ett undantag för berättigad särbehandling på grund av ålder. Motiveringen bakom denna avgränsning är att undantaget för berättigad särbehandling på grund av ålder enligt i 2 kap. 2 § 1 DiskL tillämpas restriktivare än motsvarigheten i 2 kap. 2 § 4 DiskL.³ Undantaget i 2 kap. 2 § 1 DiskL påverkar därav inte omfattningen av undantagsmöjligheterna för berättigad särbehandling på grund av ålder och blir således bara av sekundärt intresse i uppsatsen. Övriga relevanta delar av diskrimineringslagen behandlas också bara i den mån det är behövligt för att förklara sammanhanget i vilket 2 kap. 2 § 4 DiskL förekommer och vilka bedömningar dess tillämplighet förutsätter. Vid genomgång av praxis är framställningen begränsad till de delar av rättsfallen som avser bedömningen enligt 2 kap. 2 § 4 DiskL eller dess motsvarighet i EU-rätten. En redogörelse av rättsfallen i sin helhet hade möjligen inneburit en något mer lättförståelig framställning men fördelen

³ Se 2.5 sista stycket.

hade inte stått i proportion till nackdelarna i form av upprepningar och anspråk på utrymme. Utgångspunkten för uppsatsen är ett svenskt perspektiv. Utgångspunkten är viktig att ha i åtanke främst i förhållande till utredningen av principen om likabehandling och icke-diskriminering. Det svenska perspektivet befinner sig förvisso i en EU-rättslig kontext på grund av Sveriges medlemskap i EU men en distinktion bör upprätthållas mellan dessa perspektiv då det svenska perspektivet även inkluderar dess internationella åtaganden utanför EU. Avseende principen är dess behandling avgränsad till en europeisk kontext som inkluderar material från EU-rätten, Europarådet och FN. Avseende principens innebörd utifrån det svenska perspektivet begränsas framställningen genom användandet av ett teoretiskt ramverk. Det använda ramverket fastställs i ”The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach”. Valet att använda detta ramverk är motiverat av utrymmesmässiga skäl. Att i uppsatsen presentera en motsvarande utredning av principens innebörd hade i sig varit underlag för ytterligare en examensuppsats.

1.4 Metod och material

Med utgångspunkt i uppsatsens syfte och de frågeställningar som formulerats avser uppsatsen att rekonstruera gällande rätt. Resultatet av denna rekonstruktion avseende 2 kap. 2 § 4 DiskL och principen om likabehandling och icke-diskriminering sedan att sättas i relation till varandra genom en analys av deras förenlighet. Resultatet av analysen kommer i sin tur att utgöra ett diskussionsunderlag av de lege ferenda för 2 kap. 2 § 4 DiskL. Huruvida den metoden som används ska anses utgöra vad som traditionellt, ibland slentrianmässigt, kallas den rättsdogmatiska metoden är ingen självklarhet. Den svenska juridiska akademiker-kåren framstår nämligen som något splittrad i sin syn på metodologiska frågor. Avseende den rättsdogmatiska metoden har såväl dess innebörd som vetenskapliga legitimitet ifrågasatts och varit föremål för debatt. Grogrunden för kritiken verkar vara förekomsten av det slentrianmässiga refererandet till metoden utan att erbjuda någon förklaring till vad den innebär.⁴ Men även termen ”rättsdogmatisk” har kritiserats utifrån att den inte passar eftersom metoden inte alltid är särskilt dogmatisk. Det har förespråkats att termen ska ersättas med ”analytisk rättsvetenskaplig metod” som hade varit en rättvisare spegling av metodens innehåll.⁵ En närmare redogörelse för diskursen ligger dock utanför uppsatsens ramar. I förtydligande syfte kommer nedan en redogörelse av vad som avses med rättsdogmatiska metoden och hur den kommer att användas i uppsatsen.

Den rättsdogmatiska metoden utgår som regel från en konkret frågeställning.⁶ Metoden innebär att ett svar erhålls genom en rekonstruktion av rättssystemet i de delar som är relevanta för den aktuella

⁴ Sandgren: Är rättsdogmatiken dogmatisk?, *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, Vol. 118, s. 648.

⁵ *Ibid*, s. 655 f.

⁶ Kleineman: Rättsdogmatisk metod, *Juridisk metodlära* s. 23.

frågeställningen.⁷ Användandet av metoden medför inte per definition att vetenskaplig legitimitet föreligger. Sådan legitimitet uppnås genom att framställningen har ett vetenskapligt syfte och att den vetenskapliga inställningen bibehålls under genomförandet.⁸ Ett vetenskapligt genomförande erfordrar fullständighet, transparens och ett kritiskt förhållningssätt.⁹ Dessa utmärkande egenskaper för ett vetenskapligt förhållningssätt är nära sammankopplade med kravet på vetenskaplig akribi vilket förutsätter noggrannhet och en tydlig koppling mellan underlag och analys.¹⁰ Bristande vetenskaplig akribi kan exempelvis bestå av att författarens personliga uppfattning outtalat formar framställningen på ett sätt som berövar analysen dess legitimitet genom att inte uppfylla kravet på transparens.¹¹ Den rättsdogmatiska metoden är inte begränsad till att enbart behandla gällande rätt. Möjligheten att enligt metod gå utanför gällande rätt är begränsad till de tillfällen då det sker i syfte att ifrågasätta gällande rätt och genom ifrågasättandet kunna presentera bättre lösningar på en identifierade problematik.¹² Det förutsätter med andra ord att ett otillfredsställande rättsläge är identifierat.¹³ I en sådan situation finns även utrymme att inom ramarna för den rättsdogmatiska metoden föra en fri kritisk argumentation, vilken inte utesluter nyttjandet av fristående ändamålsargument.¹⁴ Bortsett från dessa krav sammanfaller den rättsdogmatiska metoden till stor del med den juridiska metod som rättstillämparen använder. Arbetssätten är likartade och dess förhållande till rättskällorna är densamma.¹⁵ Möjligen följer av kravet på ett vetenskapligt förhållningssätt inom den rättsdogmatiska metoden striktare krav på källkritik.

Som följd av kravet på ett vetenskaplig genomförande innehåller uppsatsen fortlöpande kommentarer om de ställningstaganden som företagits. Även avseende fortlöpande analytiska inslag som grundar sig i min egen uppfattning har dessa särskilt påpekats för att inte beröva uppsatsen av transparens.

Det kritiska förhållningssättet speglas även av vilka rättskällor som valts att använda i uppsatsen. Avseende förarbeten kan det i detta avseende konstateras att deras reella värde närmast är att betraktas som doktrinellt. Förarbetsuttalanden har inte formellt erkänts av riksdagen. Riksdagen har enbart godkänt lagtexten och föreslagna tolkningar av denna i förarbeten faller utanför godkännandet.¹⁶ I förhållande till praxis uppställs krav på att dess inverkan på gällande rätt grundar sig på ett tydligt och vägledande avgörande från prejudicerande instans. Men även i ett sådant fall saknas en

⁷ Jareborg: Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004 s. 4.

⁸ Ibid, s. 8.

⁹ Kleineman: Rättsdogmatisk metod, Juridisk metodlära, s. 25.

¹⁰ Ibid, s. 37.

¹¹ Ibid, s. 43.

¹² Jareborg: Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004 s. 4.

¹³ Kleineman: Rättsdogmatisk metod, Juridisk metodlära s. 27.

¹⁴ Ibid, s. 39.

¹⁵ Olsen: Rättsvetenskapliga perspektiv, SvJT 2004 s. 114.

¹⁶ Kleineman: Rättsdogmatisk metod, Juridisk metodlära s. 28.

formell prejudikatbundenhet i svensk rätt vilket medför möjligheten till en deskription mellan formellt gällande rätt och den som tillämpas.¹⁷ Rörande doktrin, som har lägre dignitet enligt rättskällevärdet, är dess legitimitet i hög grad beroende av dess inre tyngd. Vilken doktrin som bör uppbära tillräcklig legitimitet för att utgöra en rättskälla är en omstridd fråga som är beroende av vem som står som avsändare samt dess innehåll. En devis som i min mening framstår som välavvägd är att det är ”den inre logiken som finns i analysen” som avgör. Det är tillika en stark sådan som är ett signum för doktrinen rättskapande verkan.¹⁸

Det bör påpekas att hanteringen av EU-rättsligt material kan skilja sig från hanteringen av material från den nationella rätten. Det föreligger vissa särdrag i hur det EU-rättsliga materialet ska tolkas och tillämpas i en nationell kontext.¹⁹ I den arbetsrättsliga litteraturen verkar ingen metodologisk skillnad göras mellan nationella respektive EU-rättsliga regler. På sikt finns möjligheten att en vedertagen EU-rättslig metod framträder men tills dess är det framförallt de EU-rättsliga källornas särdrag som bör beaktas.²⁰ I stora drag är skillnaden mellan rättsordningarna att EU-lagstiftningen är mer detaljrik och tekniskt utformad än den svenska lagstiftningen. Inom EU-rätten kompletteras den tekniskt utformade lagtexten av EU-domstolens praxis som är, i jämförelse med svenska domstolarnas praxis, principiellt hållen. Skillnader avseende praxis mellan rättsordningarna är framförallt att EU-domstolen i större omfattning tillämpar teologiska tolkningsmetoder och att den har en mer påtaglig rättskapande roll.²¹ Det finns även en påtaglig skillnad mellan vilken roll förarbeten spelar i de respektive rättsordningarna. I EU-rätten finns ingen direkt motsvarighet till de svenska förarbetena. Det viktigaste tolkningsunderlaget inom EU-rätten framgår av lagstiftningens ingress, vilket ska beaktas vid dess tillämpning. Ingressen innehåller huvudsakligen vad som är lagstiftningens syfte.²²

Som följd av användandet av den rättsdogmatiska metoden bygger uppsatsen huvudsakligen på rättskällor av hög dignitet såsom lagtext, offentligt tryck och rättsfall från prejudicerande instans. I urvalet av behandlade förarbeten kan noteras att två källor har en förhållandevis svag koppling till uppsatsens ämne. Att dessa har använts vid behandlingen av principen om likabehandling och icke-diskriminering beror deras datering närmare nutid. Av detta följer att de är mer omfattningsrika och aktuella. Rörande urvalet av den rättspraxis som presenteras i uppsatsen bör detta kommenteras. Urvalet av de svenska rättsfallen som presenteras faller sig tämligen naturligt. Då det bara finns två rättsfall från prejudicerande instans vari åldersdiskriminering enligt 2 kap. 2 § 4 har bedömts, presenteras dessa. Praxis från EU-domstolen är mer omfattande och av de rättsfall som finns

¹⁷ Ibid s. 38.

¹⁸ Ibid s. 33.

¹⁹ Reichel: EU-rättslig metod, Juridisk metodlära s. 109 f.

²⁰ Ibid, s. 128 f.

²¹ Ibid, s. 11 ff.

²² Sigeman & Sjödin: Arbetsrätten - En översikt, s. 51.

publicerade där artikel 6.1 bedöms har nästintill samtliga behandlats i någon omfattning. Några rättsfall som tangerar tidigare bedömningar har enbart nämnts kortfattat, eller i en fotnot, medan övriga rättsfall har behandlats i de delar som är relevanta för uppsatsen. Urvalets omfattning har motiverats av att praxis är den rättskälla som har högst dignitet varifrån det är möjligt att i någon mån besvara uppsatsens frågeställning av de lege lata för 2 kap. 2 § 4 DiskL. Val av den doktrin som har används i nämnvärd omfattning bör också motiveras eftersom det är en rättskälla vars bäring är beroende av dess kvalitet och inre logik.²³ Den doktrin som har använts avseende uppsatsens metod bygger på en rad artiklar av svenska akademiker. Artikelförfattarna tar ställning i vissa metodologiska frågor men dessa ställningstaganden bör närmast betraktas som inlägg i en pågående debatt och inte som någon definitiv teoretisk utgångspunkt. Standardlitteratur avseende diskrimineringsrätt har även använts i form av ”Diskrimineringslagen – En kommentar” av Fransson och Stüber. Den har främst varit vägledande i kapitel två där en översiktlig genomgång av DiskL görs. Vid utredningen av principen om likabehandling och icke-diskriminering har två publikationer utgjort det huvudsakliga källmaterialet. Dessa publikationer har skrivits på uppdrag av EU-kommissionen och dess författare har medverkat i egenskap som medlemmar i en grupp juridiska experter inom diskrimineringsrättens område som underordnas EU-kommissionen.²⁴ Den första publikationen är ”The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach av Christopher McCrudden och Sacha Prechal. Publikationen har en särställning i uppsatsen eftersom den utgör det teoretiska ramverk som uppsatsen utgår ifrån vid framställningen av principens innebörd.²⁵ Den andra publikationen är ”Age discrimination and European law” av Colm O’Cinneide har varit vägledande vid utredningen för hur artikel 6.1 i arbetslivsdirektivet har utformats.

²³ Kleineman: Rättsdogmatisk metod, Juridisk metodlära s. 33.

²⁴ European Network of legal experts in the non-discrimination field.

²⁵ Se 1.3 för motiveringen till detta val.

1.5 Disposition

Efter detta inledande kapitel följer kapitel två som innehåller en översiktlig redogörelse av, för uppsatsen, relevanta bestämmelser i DiskL.

I kapitel tre utreds innebörden av principen om likabehandling och icke-diskriminering. I kapitlet redogörs för principens bakgrund och innebörd i olika kontexter. Avslutningsvis presenteras dess innebörd i EU-rätten respektive utifrån det valda teoretiska ramverket.

Kapitel fyra utgör uppsatsens kärna och innehåller en utredning av de lege lata för 2 kap. 2 § 4 DiskL. Kapitlet inleds med att kort redogöra för den särställningen ålder har som diskrimineringsgrund. Därefter behandlas 2 kap. 2 § 4 DiskL och artikel 6.1 i arbetslivsdirektivet om vartannat avseende deras formuleringar, utformningar och hur de har tillämpats. Slutligen innehåller kapitlet en sammanfattande de lege lata-analys av 2 kap. 2 § 4 DiskL.

I kapitel fem analyseras förenligheten av vad som framkommit i kapitel fyra om de lege lata för 2 kap. 2 § 4 DiskL och vad som framkommit i kapitel tre om innebörden av principen enligt det teoretiska ramverket respektive inom EU-rätten. Denna analys kompletteras även med ett utlägg om den särställning som ålder har som diskrimineringsgrund vilken relateras till underlaget för en de lege ferenda-diskussion.

I kapitel sex besvaras uppsatsens frågeställningar och slutsatserna presenteras.

2 Diskrimineringslagen

2.1 Diskrimineringslagens förhållande till EU-rätten

Som nämnts i inledningen är förbudet mot åldersdiskriminering en del av DiskL. Ålder som diskrimineringsgrund tillkom i svensk rätt genom införandet av DiskL.²⁶ DiskL syftade bland annat till att uppfylla kraven enligt en rad EU-direktiv.²⁷ Införandet av ett förbud mot åldersdiskriminering följde av arbetslivsdirektivet, nedan direktivet, vilket också uppställde krav på dess innehåll.²⁸ Direktivet är ett minimidirektiv vilket innebär att det anger en lägsta skyddsnivå som måste efterföljas i de nationella rättsordningarna. Därav följer att medlemsländerna är fria att behålla eller anlägga en högre skyddsnivå mot diskriminering.²⁹ Följden av lagens EU-rättsliga bakgrund är att de nationella bestämmelser som är grundade i direktiv, vid dess tillämpning, ska tolkas direktivkonformt i den mån tolkningsutrymme finns. Syftet med principen om direktivkonform tolkning är att i görligaste mån uppnå de resultat som direktivet eftersträvar.³⁰ Ytterligare en effekt är att EU-domstolens praxis har en inverkan på det nationella rättsläget avseende dessa bestämmelser genom dess roll i att tolka direktivets bestämmelser. Skulle en nationell domstol efter att ha uttömt befintligt tolkningsutrymme finna att den nationella rätten står i strid med direktivet är domstolen skyldig att åsidosätta den nationella rätten.³¹

2.2 Diskrimineringslagens inledande bestämmelser

Nedan redogörs för DiskL i de delar som är relevanta för att sätta 2 kap. 2 § 4 DiskL i ett sammanhang samt vilka förutsättningar som krävs för en bedömning enligt bestämmelsen. Lagens första bestämmelse innehåller en programförklaring som anger lagens syfte. Programförklaringens funktion består i att dels ange vad som utgör lagens kärna och dels att etablera en utgångspunkt för tolkning av lagens bestämmelser. I förehavande fall anges lagens syfte vara att värna om principen om allas rätt att bli behandlade på lika villkor och att tillerkännas samma värde.³² Programförklaringen innehåller även en uttömmande uppräkningslista av diskrimineringsgrunderna

²⁶ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 30.

²⁷ Prop. 2007/08:95 s. 2; Se likabehandlingsdirektivet (direktiv 76/207/EEG ändrat genom direktiv 2002/73/EG), direktivet mot etnisk diskriminering (direktiv 2000/43/EG) och arbetslivsdirektivet (direktiv 2000/78/EG).

²⁸ Prop. 2007/08:95 s. 172 ff.

²⁹ Se skäl 28 i direktivets ingress respektive artikel 8 i direktivet.

³⁰ Reichel: EU-rättslig metod, Juridisk metodlära s. 124.

³¹ Sigeman & Sjödin: Arbetsrätten - En översikt s. 44 f.

³² Prop. 2007/08:95 s. 79.

som utgör ramarna för lagens skyddsområde.³³ 1 kap. 3 § DiskL anger att lagen är tvingande och avtalsbestämmelser som står i strid med lagen är utan rättslig verkan. Innebörden av lagens tvingande karaktär är inte nullitet avseende avtalsbestämmelser i strid med lagens bestämmelser. Däremot är det inte möjligt, att på rättslig väg, framtvunga att skyldigheter att efterleva sådana avtalsbestämmelser. Skulle ett avtal erbjuda en högre skyddsnivå avseende diskriminering än DiskL är detta tillåtet.³⁴ Under förutsättning att den förhöjda skyddsnivån inte har en motsatt effekt för någon annan. I ett sådant fall är inte avtalets giltigt i dessa delar.³⁵ 1 kap. 5 § DiskL innehåller lagens diskrimineringsgrund och legaldefinitionen av var och en av dem. Enligt sjätte punkten definieras ålder som uppnådd levnadslängd vilket vid lagens tillkomst ansågs vara den naturliga tolkningen av begreppet.³⁶

2.3 Diskrimineringsförbudet för arbetsgivare

I 2 kap. 1 § DiskL regleras diskrimineringsförbudet för arbetsgivare. Begreppet arbetsgivare har samma rättsliga innebörd som i övriga arbetsrättsliga sammanhang.³⁷ Bestämmelsen anger tillämpningsområdet för förbudet mot att diskriminera för arbetsgivare. Motsatsvis anger bestämmelsen även vilka som omfattas av skyddet som diskrimineringsförbudet innebär. De som omfattas av skyddet är de som i förhållande till arbetsgivaren är; arbetstagare, arbetssökande, personer som gör en förfrågan om arbete, personer som söker eller fullgör praktik och personer som annars står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft. Enligt 2 kap. 1 § 3 DiskL ansvarar även arbetsgivaren för diskriminering som utförs av en anlitad agent, exempelvis en rekryteringsfirma.³⁸ Ansvaret gäller även om den som anlitas att företa sådan verksamhet handlat i strid med givna instruktioner. Arbetsgivarens ansvar är närmast att betrakta som ett principalansvar. Det föreligger dock en möjlighet att i ett senare led föra en regresstalan mot den som de facto har utfört den diskriminerande handlingen.³⁹

³³ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 52.

³⁴ Prop. 2007/08:95 s. 485.

³⁵ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 54 f.

³⁶ Prop. 2007/08:95 s. 130.

³⁷ AD 2007 nr 45.

³⁸ Prop. 2007/08:95 s. 137 f.

³⁹ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 134f

2.4 Direkt- och indirekt diskriminering

2.4.1 Definitionen av diskriminering

1 kap. 4 § DiskL anger hur begreppet diskriminering definieras. Det finns sex former av diskriminering i DiskL varav två är relevanta för uppsatsen; dessa två är direkt respektive indirekt diskriminering.

2.4.2 Direkt diskriminering

Direkt diskriminering föreligger om tre objektiva rekvisit är uppfyllda. Dessa är i att någon ska ha *missgynnats* genom att behandlats sämre än någon annan som var i en *jämförbar situation* och det ska finnas ett *orsakssamband* mellan missgynnandet och någon av lagens diskrimineringsgrunder.

Den som *missgynnats* måste vara en fysisk person.⁴⁰ Missgynnande kan ske på flera olika sätt men en gemensam nämnare för dessa är att ett förfarande har medfört att någon har lidit skada eller på annat sätt känt av en negativ effekt. Rekvisiten är som tidigare nämnts objektiva vilket innebär att intentionerna hos parten som missgynnar någon saknar betydelse.⁴¹

Personen som anser sig ha blivit diskriminerad måste ha befunnit sig i en *jämförbar situation* vilket innebär att behandlingen avviker från hur någon annan i samma situation skulle behandlats. Föreligger inte möjligheten att jämföra med en verklig person i den aktuella situationen kan jämförelsen ske mot en hypotetisk jämförelseperson. För att jämförelsen ska anses vara adekvat⁴² måste jämförelsen mellan personerna framstå som rimlig och naturlig. Bedömningen skiljer sig i praktiken åt beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. Som exempel skulle en jämförbar situation vid ett anställningsförfarande förutsätta att jämförelsepersonerna var tillräckligt meriterade för att kunna utföra de aktuella arbetsuppgifterna på ett tillfredställande sätt. Avseende åldersdiskriminering kan en verklig jämförelse vara problematisk om ålderskillnaden mellan personerna är påtagligt stor. Problematiken ligger i att en påtaglig ålderskillnad generellt också inbegriper motsvarande skillnad i erfarenhet. För att överbrygga denna svårighet kan istället jämförelsen med en hypotetisk jämförelseperson användas. Därigenom kan den hypotetiska frågan om utfallet hade varit detsamma om den faktiska personens ålder inte beaktats ställas för att avgöra om personen varit utsatt för direkt diskriminering.⁴³ Kravet på jämförbar situation föreligger inte i en situation där någon gör en förfrågan

⁴⁰ Prop. 2007/08:95 s. 90.

⁴¹ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 64.

⁴² Begreppet ”adekvat jämförelse” myntades av Svea Hovrätt i mål nr T9187-08.

⁴³ Prop. 2007/08:95 s. 487 f.

om arbete och diskrimineras genom ett kränkande bemötande.⁴⁴

Det sista objektiva kravet för att direkt diskriminering ska vara visat är att det finns ett *orsakssamband* mellan missgynnandet och någon av diskrimineringsgrunderna. Kravet kan vara uppfyllt vid olika grader av orsakssambandets styrka. Det föreligger inget krav på att det ska finnas en diskriminerande avsikt. Det räcker med att något av skälen till den missgynnande handlingen innefattar en beaktan av den missgynnades karaktäristiska särdrag som anknyter till någon av diskrimineringsgrunderna.⁴⁵ Däremot krävs det att den som företagit handlingen har haft insikt om den missgynnade personens koppling till diskrimineringsgrunden. Föreligger ingen sådan insikt kan handlandet per definition inte ha något samband med diskrimineringsgrunden. Inom ramarna för orsakssambandsbedömningen kan således även ett subjektivt insiktsrekvisit anläggas.⁴⁶ Det finns två specialfall då orsakssambandsrekvisiten uppfylls genom ett indirekt orsakssamband. Det ena specialfallet är då någon misstar sig avseende någons koppling till en diskrimineringsgrund. Ett exempel är då någon nekas tillträde till ett uteställe eftersom denne uppfattats som homosexuell av entrévärden. I en sådan situation skulle ett orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden föreligga oaktat huruvida uppfattningen var korrekt eller inte. Det andra specialfallet är då någon missgynnas på grund av dennes förhållande till någon som anknyter till en diskrimineringsgrund. Exempelvis då någon nekas möjligheten att hyra en bostad eftersom dennes respektive tillhör en viss etnisk grupp.⁴⁷

2.4.3 Indirekt diskriminering

Indirekt diskriminering föreligger då någon missgynnats av ett förfarande som framstår som neutralt men som *särskilt missgynnar* en grupp av personer vars grupptillhörighet anknyter till någon av diskrimineringsgrunderna. *Jämförelsen* som avgör om gruppen missgynnas sker mot en grupp som saknar anknytning till diskrimineringsgrunden. Indirekt diskriminering förutsätter även att förfarandet inte kan berättigas genom att uppfylla kraven i en *intresseavvägning*. Har särbehandlingen haft ett berättigat syfte och medlet för att uppnå detta varit lämpligt och nödvändigt utgör förfarandet inte diskriminering.⁴⁸ Vid indirekt diskriminering föreligger inget rakt orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden utan bygger på att de missgynnande effekterna uppstår som ett resultat av förfarandet.⁴⁹

⁴⁴ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s.70.

⁴⁵ Prop. 2007/08:95 s. 488 f.

⁴⁶ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s 70 f.

⁴⁷ Prop. 2007/08:95 s. 489.

⁴⁸ Ibid, s. 490.

⁴⁹ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar 73 ff.

Avseende rekvisiten *särskilt missgynnande* avser missgynnandet, i likhet med direkt diskriminering, att någon lider skada, utsätts för obehag eller på annat sätt behandlas ofördelaktigt. I sammanhanget ger ordet ”särskilt” inte uttryck för att missgynnandet måste vara kvalificerat. Dess betydelse är som särskilt i jämförelse med någon annan, i förehavande fall jämförelsen mellan grupper.⁵⁰

I kontrast med direkt diskriminering tillåts ingen hypotetisk *jämförelse*. Möjligheten att jämföra en grupp mot en hypotetisk jämförelsegrupp föreligger därigenom inte. För att jämförelsrekvisiten ska vara uppfylld krävs att förfarandet resulterar i en betydande skillnad mellan grupperna.⁵¹ Förfarandet ska alltså påverka en väsentlig del av den missgynnade gruppen på ett negativt sätt i förhållande till jämförelsegruppen för att rekvisiten ska vara uppfylld.⁵²

Ett förfarande som uppfyller dessa rekvisit har särbehandlande effekter. Ett förfarande med sådana särbehandlande effekter utgör inte diskriminering om förfarandet kan motiveras av ett berättigat syfte och har en proportionell utformning. *Intresseavvägningen* härom har två bedömningsled varav det första består i att ställa förfarandets syfte mot den särbehandlade gruppens berättigade intresse att inte missgynnas. Det andra ledet består i att avgöra om förfarandet som medel för att uppnå syftet är lämpligt och nödvändigt. Bedömningen i det första ledet är att avgöra om förfarandets syfte är berättigat. Ett berättigat syfte är objektivt sett är av sådan vikt att det kan motivera ett avsteg från principen om icke-diskriminering. Vilka syften som är av sådan vikt får bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Tillämpas förvarandet av en arbetsgivare är utgångspunkten för bedömningen att det berättigade syftet ska vara kopplat till ett verksamhetsbehov. Bedömningen i andra ledet består i att avgöra om förfarandet är lämplig för att uppnå dess syfte samt att avgöra om det finns något alternativt förfarande som är lika ändamålsenligt men som inte är lika särbehandlande.⁵³

⁵⁰ Prop. 2007/08:95 s. 490.

⁵¹ Ibid, s. 490 f.

⁵² Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 76.

⁵³ Prop. 2007/08:95 s. 491 f.

2.5 Undantagen från arbetsgivares diskrimineringsförbud

2 kap. 2 § DiskL föreskriver fyra undantag från diskrimineringsförbudet i 2 kap. 1 § DiskL. Undantagsbestämmelsens formulering innehåller en direkt hänvisning till 2 kap. 1 § DiskL vilket innebär att undantagen enbart är tillämpliga i de situationer som diskrimineringsförbudet omfattar. Av de fyra undantagen är två tillämpliga vid åldersdiskriminering. I bestämmelsens första punkt stadgas ett generellt undantag som är tillämpligt för alla diskrimineringsgrunder. I dess fjärde punkt stadgas ett undantag som är specifikt för åldersdiskriminering. Eftersom undantaget i 2 kap. 2 § 4 DiskL utgör uppsatsens kärna ska det behandlas särskilt längre fram i uppsatsen och utlämnas därför i detta sammanhang.⁵⁴ I denna framställning ska däremot det generella undantaget i 2 kap. 2 § 1 DiskL kort beröras.

Som påpekats ovan är undantaget från diskrimineringsförbudet i 2 kap. 2 § 1 DiskL generellt, med vilket menas att det kan tillämpas avseende samtliga diskrimineringsgrunder som finns i 1 kap. 1 § DiskL. Undantaget innebär att ett särbehandlande förfarande som grundar sig i en anknytning till någon diskrimineringsgrund inte utgör diskriminering om den egenskap som särskilt efterfrågas, och föranleder särbehandlingen, är ett *verkligt och avgörande yrkeskrav*. Det krävs även att särbehandlingen uppfyller kravet på proportionalitet. Med yrkeskrav avses sådana förutsättningar som krävs för att utföra det aktuella arbetet väl. Särskilda yrkeskvalifikationer eller andra meriter kan exempelvis utgöra yrkeskrav.⁵⁵ Med kravet på att yrkeskravet ska vara *verkligt* åsyftas att kravet ska ha förelegat vid tidpunkten för särbehandlingen. Syftet med detta krav är att förhindra användandet av efterhandskonstruktioner för att berättiga ett diskrimineringen förfarande.⁵⁶ Yrkeskravets roll måste vara *avgörande* i den mening att det ska utgöras av en särskilt viktig egenskap eller förmåga som särskiljer den som innehar den från andra och medför att personen kan prestera bättre.⁵⁷ Genom undantagsbestämmelsen tillerkänns arbetsgivaren ett större utrymme att värdesätta särskilda egenskaper eller förmågor som annars hade varit grund för diskriminering.⁵⁸ Avseende kravet på proportionalitet som föreskrivs så är det en konsekvens av bestämmelsens EU-rättsliga bakgrund.⁵⁹ Det innebär att avsteget från principen om likabehandling och icke-diskriminering ska vara motiverat av ett syfte som är förenligt med värderingarna som arbetslivsdirektivet ger uttryck för. Proportionalitetskravet innebär att särbehandlingen måste ha ett berättigat syfte och att yrkeskravet är lämpligt och nödvändigt för att uppnå detta syfte.⁶⁰ Som exempel skulle ett anställningsbeslut vari en mindre meriterad

⁵⁴ Se kapitel 4.

⁵⁵ Prop. 2007/08:95 s. 158.

⁵⁶ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 209.

⁵⁷ Prop. 2007/08:95 s. 158.

⁵⁸ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 210.

⁵⁹ Se artikel 4.1 i arbetslivsdirektivet.

⁶⁰ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 210.

person med särskild etnisk tillhörighet anställs för att medverka i en teaterpjäs, framför än mer välmeriterad person av annan etnicitet, kunna utgöra berättigad särbehandling enligt 2 kap. 2 § 1 DiskL. Förutsatt att särbehandling motiverades av att rollfiguren som skulle gestaltas hade den första personens etniska tillhörighet.⁶¹

Det bör i sammanhanget erinras om att undantagsbestämmelserna i 2 kap. 2 § 1 och 4 DiskL är tillämpliga parallellt vilket innebär att en arbetsgivare kan åberopa båda undantagen för berättigad särbehandling samtidigt. Tillämpningen av 2 kap. 2 § 1 DiskL sker restriktivare än motsvarigheten av 2 kap. 2 § 4 DiskL vilket innebär att avseende åldersdiskriminering påverkar den inte omfattningen av vilka särbehandlingar på grund av ålder som är berättigade.⁶²

⁶¹ Prop. 2007/08:95 s. 158 f.

⁶² Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 212 ff.

3 Principen om likabehandling och icke-diskriminering

3.1 Principens ursprung, förekomst och motivering i folkrätten

Nedan följer en översiktlig historisk redogörelse av ett urval av folkrättsliga instrument. Redogörelsen nedan sker i syfte att ge en bild av hur och var principen uppkom, dess utveckling samt hur den motiverats. Redogörelsen motiveras av att EU-domstolen i sin dömande verksamhet har refererat till internationella överenskommelser som principens ursprung utan att ange vilka dessa är. De refererade internationella överenskommelserna, tillika folkrättsliga instrument, har i ett senare led grundat arbetslivsdirektivets utformning.⁶³ Urvalet av de folkrättsliga instrument som presenteras nedan och som kan vara de som åsyftas av EU-domstolen är baserat på i vilken mån principen, eller dess föregångstankar, finns i instrumentet och hur stort inflytande instrumentet har haft på dess utveckling. Urvalet är begränsat till de folkrättsliga instrument som Sverige är anslutna till.

3.1.1 Principen i Förenta nationernas folkrättsliga instrument

En organisation som har varit en viktig drivkraft bakom utvecklingen av principen om likabehandling och icke-diskriminering är FN. Med utgångspunkt i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, nedan förklaringen, som antogs 1948 proklamerades tanken om gemensamma mänskliga rättigheter. Förklaringen skedde mot bakgrund av de ”barbariska gärningar som har upprört mänsklighetens samvete”.⁶⁴ Förklaringen är inte juridisk bindande men delar av den anses utgöra internationell sedvanerätt.⁶⁵ I artikel 1 fastslås att alla människors har samma värde. I artikel 2 stadgas att envar har rätt till de rättigheter och friheter som förklaringen innehåller. Åtskillnad mellan människor på någon av de grunder som anges är inte tillåten enligt förklaringen. Uppräkningen av grunderna är inte avsedd att vara uttömmande. Förklaringen stadgar även ett diskrimineringsförbud i dess artikel 7. Diskrimineringsförbudet formuleras genom att fastslå att alla är lika inför lagen och att alla är berättigade till samma rättsliga skydd. Förklaringen stadgar även ett skydd mot alla former av diskriminering i strid med dess innehåll.⁶⁶

⁶³ Se mål C-144/04 p. 74 (Mangold) och mål C-555/07 p. 20 (Küçükdeveci).

⁶⁴ Arbour, L: Inledning av ”Allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna – Världighet och rättvis åt alla 1948-2008”

⁶⁵ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 18.

⁶⁶ Se Prop. 2013/14:198 s. 17.

Det i urvalet efterföljande folkrättsliga instrumentet är CERD-konventionen vars syfte var att avskaffa alla former av rasdiskriminering. CERD-konventionens ingress innehåller ett erkännande av FN:s stadga⁶⁷ som är grundad på principerna om alla människors jämlikhet och värdighet. Stadgans syfte är att främja att de mänskliga rättigheter och grundläggande friheterna respekteras utan åtskillnad på grund av ras, kön, språk eller religion. I konventionens ingress anförs även att alla människor ska vara lika inför lagen och berättigade till samma rättsliga skydd mot diskriminering. Även FN:s förklaring, som berördes i förra stycket, beaktas enligt direktivets ingress avseende alla människors lika värde och deras rätt att åtnjuta samma rättigheter utan åtskillnad.

I urvalets nästa folkrättsliga instrument från FN som är ICCPR-konventionen stadgas medborgerliga och politiska rättigheter. I konventionens ingress påtalas att varje människa har ett inneboende lika värde. Konventionen avser att verka i enlighet med de principer som finns i FN:s stadga samt FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna. I artikel 2 stadgas att de rättigheter som konventionen innehåller ska tillförsäkras envar utan åtskillnad av något slag.⁶⁸

Följande folkrättsliga instrument i urvalet är ICESCR-konventionen som till sin utformning och motivering motsvarar ICCPR men vars inriktning är rättigheter av ekonomisk, social och kulturella art. En avgörande skillnaden mellan de två konventionerna är att rättigheterna som stadgas i ICESCR inte är absolut eller möjliga att åberopa jämt mot en ansluten stat. Konventionens bestämmelser bör närmast betraktas som progressivt tillämpbara. Det vill säga att dess huvudsakliga syfte är att påverka anslutna stater att vidta positiva åtgärder för att främja likabehandling som stadgas däri.⁶⁹

Nästa folkrättsliga instrument i urvalet är CEDAW-konventionen vari könsdiskriminering behandlas. Konventionen syftar till att avskaffa all slags diskriminering mot kvinnor. I konventionens ingress konstateras, i likhet med flera föregående konventioner, tron på de grundläggande mänskliga rättigheterna och därtill knuta principer. Av naturliga skäl beaktas de utifrån perspektivet på förhållandet mellan könen. Konventionens ingress innehåller även en hänvisning till förklaringen om de mänskliga rättigheterna vari principen om icke-diskriminering särskilt urskiljs. I ingressen erinras om att diskriminering utgör ett avsteg från principen om icke-diskriminering vilket är en kränkning av principen om envars lika rättigheter samt respekten för människans värdighet.

En grupp som har ansetts vara särskilt skyddsvärd är barn. I konventionen om barns rättigheter (CRC), även kallad barnkonventionen, stadgas ett särskilt skydd för barn. I konventionens ingress hänvisas till FN:s stadga, förklaringen om de mänskliga rättigheterna samt EKMR. I dessa

⁶⁷ Förenta Nationernas stadga och stadga för den internationella domstolen från 1945.

⁶⁸ Se Prop. 2013/14:198 s. 17 f.

⁶⁹ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 19.

hänvisningar poängteras särskilt vikten av alla människors lika och att det finns mänskliga rättigheter som är okränkbara. Avseende rätten att inte bli diskriminerad så nämns den i anknytning till förklaringen om de mänskliga rättigheterna och EKMR. I ingressen anförs även en motivering till varför barn är särskilt skyddsvärde vid tillförsäkran av deras rättigheter och grundläggande friheter. Motiveringen är att barn på grund av sin fysiska och psykiska omognad är i behov av särskilda skyddsåtgärder vari juridiskt skydd inkluderas. Enligt artikel 2 ska rättigheterna enligt konventionen tillförsäkras alla barn utan åtskillnad som grundas på barnets, eller dess föräldrars, anknytning till någon av diskrimineringsgrunderna som anges i en icke-uttömmande uppräkningslista.⁷⁰

En annan grupp som ansetts särskilt skyddsvärd är personer med funktionsnedsättning. Det folkrättsliga instrument som avser att tillförsäkra denna grupp ett tillfredställande skydd är ICRPD-konventionen. Konventionen är det nyaste folkrättsliga instrumentet från FN som rör skyddet för de mänskliga rättigheterna. En följd av att det är den senaste är att dess ingress innehåller omfattande referenser till tidigare konventioner på området. I konventionens ingress åberopas, erkänns och bekräftas de grundläggande principer och mänskliga rättigheter och friheter som föregått konventionen. I inledningens tredje stycke påpekas att ”mänskliga rättigheter och grundläggande friheter är universella, odelbara och inbördes beroende av och relaterade till varandra”. ICRPD syftar till att undanröja föreliggande hinder för personer med funktionsnedsättning att åtnjuta de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna. Konventionen i sig avser inte att skapa några nya rättigheter.⁷¹ Av relevans för uppsatsen är artikel 3 som anför vilka principer som konventionen vilar på vari principen om likabehandling och icke-diskriminering nämns.⁷²

Det finns även en konvention som härrör från ett fackorgan tillhörande FN som är relevant i sammanhanget.⁷³ ILO:s konvention nr 111 innehåller regler om diskriminering på arbetsmarknaden. I konventionens ingress beaktas den allmänna förklaringen av de mänskliga rättigheterna som stadgar att diskriminering utgör en kränkning av de mänskliga rättigheterna. Utöver detta beaktas även Philadelphiadeklarationen vari det är fastslaget att alla människor har rätt att under samma förutsättningar söka ”materiellt välstånd och kulturell utveckling”.⁷⁴

Det bör påpekas att ingen av de anförda folkrättsliga instrumenten särskilt berör ålder som diskrimineringsgrund.⁷⁵

⁷⁰ Se Prop. 2013/14:198 s. 18.

⁷¹ Se Ds 2008:23 s. 18.

⁷² Se Prop. 2013/14:198 s. 19 f.

⁷³ Fackorganet heter ILO och är FN:s fackorgan för sysselsättnings- och arbetslivsfrågor.

⁷⁴ Konventionens ingress.

⁷⁵ Numhauser-Hennig & Rönnmar: Age Discrimination and Labour Law in a Comparative Perspective i Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law – A Swedish Perspective, s. 116 f.

3.1.2 Principen i Europarådets traktat

Det i särklass mest inflytelserika folkrättsliga instrumentet som härrör från Europarådet är EKMR.⁷⁶ Dess inflytelserika ställning beror delvis på dess koppling till EU-rätten var den har en inverkan på EU-domstolens dömande verksamhet.⁷⁷ EKMR har inspirerats av FN:s allmänna förklaring av de mänskliga rättigheterna vilken också refereras till i dess ingress. Referensen bekräftar tron på de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna som finns i förklaringen. Enligt ingressen utgör de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna grundvallarna för rättvisa. En rättvisa som bland annat uppnås genom en gemensam syn på och respekt av dem. I konventionens artikel 14 stadgas ett diskrimineringsförbud med innebörden att konventionens fri- och rättigheter ska tillförsäkras envar utan någon åtskillnad på grund av koppling till någon av diskrimineringsgrunderna som räknas upp i artikeln. Uppräkningsgrunderna är inte avsedda att vara uttömmande och enligt Europadomstolens praxis utgör all särbehandling som sker utan objektiv och saklig grund diskriminering.⁷⁸ Som exempel inkluderar inte uppräkningsgrunderna någon av diskrimineringsgrunderna sexuell läggning, ålder eller funktionshinder men dessa har erkänts av Europadomstolen som grunder för diskriminering.⁷⁹ Bestämmelsen är belagd med ett undantag som tillåter särbehandling under förutsättning att den sker på objektiva grunder som är godtagbara och att särbehandlingen uppfyller kravet på proportionalitet.⁸⁰ Under åren har en rad tilläggsprotokoll till konventionen tillkommit varav protokoll nr 12 innehåller ett utvidgat förbud mot diskriminering.⁸¹ Det förstärkta skyddet består i att utvidga det befintliga förbudet till att även omfatta nationell lagstiftning. Protokollet motiverades av att diskrimineringskyddet i konventionen utgör ett fundament för att garantera tillförsäkran av de mänskliga rättigheterna.⁸²

Europarådet har även upprättat en social stadga.⁸³ Den motsvarar EKMR på området för ekonomiska och sociala rättigheter.⁸⁴ I stadgans inledning anges dess syfte, vilket är att förverkliga och säkerställa medlemsstaternas gemensamma arv avseende ideal och principer. Säkerställandet av dessa avser underlätta en fortskridande ekonomisk och social utveckling. Ett av verktygen för att uppnå det anförda syftet är genom värnandet av de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna och deras fortlöpande utveckling. I stadgans ingress hänvisas även till EKMR som stöd för att

⁷⁶ Konventionen gäller sedan 1995 som svensk lag och genom 2 kap. 19 § RF är dess efterlevnad grundlagsstadgad.

⁷⁷ Se Haar & Rönmar: Intergenerational Bargaining, EU Age Discrimination Law and EU Policies – an Integrated Analysis s. 4.

⁷⁸ Se Prop. 2013/14:198 s. 21.

⁷⁹ Göransson m.fl.: Diskrimineringslagen s. 20.

⁸⁰ Se Prop. 2013/14:198 s. 21.

⁸¹ Protokollet är från 2000 men har inte undertecknat av Sverige.

⁸² En handbok i europeisk diskrimineringsrätt s. 13.

⁸³ Stadgan trädde i kraft 1965 men har sedan dess reviderats. Dess nuvarande lydelse antogs av Sverige 1999 och är den som åsyftas i redogörelsen nedan.

⁸⁴ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 23.

Europarådets medlemsstater är samstämmiga i sin strävan att tillförsäkra dess medborgare rättigheterna som stadgas i konventionen. Stadgans inleds med en första del bestående av en programförklaring. Programförklaringens innebörd är att varje medlemsstats målsättning ska vara att med alla lämpliga politiska medel sträva efter ett förverkligande av de principer och rättsgrundsatser som stadgas i de 31 punkterna som del I består av. Av dessa punkter stadgas i punkt 20 och punkt 27 två olika diskrimineringsförbud. I stadgans del II anläggs en rad fakultativa rättigheter vars praktiska implikationer preciseras genom bestämmelserna i del III artikel A-B rörande medlemsstaternas åtaganden enligt stadgan. Artikel 20 i del II innehåller ett förbud mot könsdiskriminering vid anställning och yrkesutövning. Även avseende stadgans tillämpning finns ett diskrimineringsförbud i artikel E under del IV. Diskrimineringsförbudet i artikel E är inte undantagslöst. Kravet för undantag från förbudet att det kan motiveras av sakliga och objektiva skäl. Diskrimineringsförbudet är även begränsat avseende dess tillämplighet eftersom utlänningar bara inkluderas i särskilda fall. Någon motsvarande begränsning finns inte i EKMR vilket gör att stadgan i detta avseende skiljer sig åt från EKMR.⁸⁵

3.1.3 Principens utveckling utifrån FN och Europarådet

Av det ovan anförda är det min uppfattning att det går att utläsa principens framväxt och utveckling. Dess utveckling har skett genom att nyare folkrättsliga instrument rörande mänskliga rättigheter beaktar och tar avstamp i äldre folkrättsliga instrument. Utvecklingens röda tråd kan härledas från FN:s stadga och allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna till EKMR som idag är det i särklass mest inflytelserika folkrättsliga instrumentet utanför unionsrätten. Min uppfattning är att principens utveckling inom folkrätten har skett organiskt på den gemensamma premissen att likabehandling och icke-diskriminering har ett högt värde. Det ligger i sakens natur att det måste finnas en gemensam vilja för att utveckla något inom ramarna för folkrättsliga instrument vilket är och har varit en förutsättning.

⁸⁵ Se Prop. 1997/98:82 s. 38 ff.

3.2 Principens ursprung, förekomst och motivering i EU-rätten

Var principen om likabehandling och icke-diskriminerings först manifesterades i den EU-rättsliga traditionen är svårt att fastställa. Den går de att härleda från en rad äldre bestämmelser.⁸⁶ Av dessa bestämmelser är de mest framträdande två bestämmelser i Romfördraget⁸⁷. Dessa bestämmelser innehöll ett allmänt förbud mot diskriminering på grund av nationalitet respektive ett förbud mot könsdiskriminering avseende löner.⁸⁸ Utöver dessa bestämmelser kan principen även härledas ur förbudet mot inskränkning av någon av de fyra friheterna, förbudet mot fiskal diskriminering samt förbudet mot diskriminering inom unionens gemensamma jordbrukspolitik. Ursprungligen var principen, i likhet med unionens mål, starkt sammanknuten med att försöka uppnå en effektiv inre marknad. Med tiden har en förändring skett avseende såväl principerna som unionens agenda vari fokus på den sociala dimensionen har ökat. I dagens läge har principerna en starkare anknytning till mänskliga rättigheter än till syftet att uppnå en effektiv ekonomi. Att den ekonomiska sidan av principen numera är sekundär har bekräftats av EU-domstolen.⁸⁹

Principen är numera primärrättsligt kodifierad och har en fundamental betydelse för den europeiska diskrimineringsrätten. I artikel 18 EUF stadgas att, inom fördragets tillämpningsområde, är all diskriminering på grund av nationalitet förbjuden. Genom artikel 19 EUF möjliggörs lagstiftning avseende diskriminering på unionsnivå. Möjligheten att lagstifta om diskrimineringsförbud begränsas till grunderna kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning. Gällande direktiv inom den europeiska diskrimineringsrätten är möjliga genom denna bestämmelse. I förlängningen innebär det att den svenska diskrimineringslagen har en koppling till artikel 19 EUF.⁹⁰ I ingressen till EUF anförs att dess utformning är inspirerad av det gemensamma humanistiska arv vari de mänskliga rättigheterna och friheterna har sitt ursprung.

Av relevans är även EU:s rättighetsstadga⁹¹ som utgör primärrätt. Stadgan omfattar all tillämpning av EU-rätt och är avsedd att ha samma skyddsnivå som EKMR.⁹² Till skillnad från exempelvis EUF har stadgan ett uttalat tydliggörande syfte vilket anges i dess ingress. I densamma refereras till den gemensamma författningstraditionen inom unionen och däri fastslagna mänskliga rättigheter. Författningstraditionen består bland annat i internationella konventioner och Europarådets dokument.⁹³ Stadgans tredje

⁸⁶ Bergström & Hettne: Introduktion till EU-rätten s. 382.

⁸⁷ Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen.

⁸⁸ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 28.

⁸⁹ Förenade målen C-270/97 och C-271/97 punkt 56-57 (Deutsche Post AG).

⁹⁰ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 28.

⁹¹ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02).

⁹² Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 29 f.

⁹³ Bergström & Hettne: Introduktion till EU-rätten s. 176 f.

avdelning har rubriken ”Jämlikhet” och innehåller artikel 20 om allas likhet inför lagen samt artikel 21 om icke-diskriminering. Artikel 21 är modellerad efter motsvarande bestämmelser i EUF och EKMR. I dem delar där artikelns lydelse är liktydig med artikel 14 i EKMR ska tillämpningen ske i enlighet med denna.⁹⁴ Förhållandet mellan stadgan och EKMR regleras i stadgans artikel 52 vari det även stadgas att det inte föreligger något hinder för unionsrätten att erlagga ett mer långtgående skydd än EKMR.

3.3 Principens ursprung, förekomst och motivering i svensk rätt

Principen om likabehandling och icke-diskriminering är en del av den svenska rättens fundament. 1 kap. 2 § RF innehåller en programförklaring vari principen nämns. Programförklaringen stadgar att det allmänna ska verka för att uppnå jämställdhet i samhället och motverka diskriminering som grundar sig i angivna diskrimineringsgrunder. Uppräkningen av diskrimineringsgrunderna är inte avsedd att vara uttömmande. Den ska betraktas som en exemplifiering av de vanligaste åtskillnadsgrunderna för grupper som har särskilt utsatta positioner i samhället.⁹⁵

Programförklaringen ger inte upphov till någon rättighet som kan åberopas av envar.⁹⁶ Motiveringen bakom bestämmelsen är att den utgör en värdefull markering som ger uttryck för en grundläggande samhällelig värdering. Bestämmelsen är i hög grad inspirerad av de folkrättsliga instrument på området som Sverige är anslutna till. Av särskild betydelse är i Sveriges anslutning till EU respektive Europarådet.⁹⁷ I sammanhanget kan erinras om det grundlagsstadgade förbudet mot att meddela föreskrifter i strid med EKMR som finns i 2 kap. 19 § RF.

Värt att notera är att ett införande av en allmän likabehandlingsprincip i den svenska grundlagen aktualiserades redan 1970-talet men förslaget realiserade aldrig eftersom principen ansågs svår att tillämpa i praktiken. Den kompromiss som företogs resulterade i stadgandet av en programförklaring som påpekade vikten av att alla är lika inför lagen.⁹⁸

Det finns ett grundlagsstadgat diskrimineringskydd i 2 kap. 12 § RF. Skyddet avser minoriteter och stadgar att lag eller föreskrift inte får ha missgynnande effekter för någon på grund av dennes tillhörighet till en minoritetsgrupp definierad av dennes *”etniska ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande eller med hänsyn till sexuell läggning”*. Motsvarande skydd finns även avseende missgynnandet på grund av kön i 2

⁹⁴ EUT 2007 C 303 under förklaringen av artikel 21. Förklaringen ska beaktas vid tolkning av stadgans bestämmelser enligt dess artikel 52.7.

⁹⁵ Prop. 2001/02:72 s. 49.

⁹⁶ Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 31.

⁹⁷ Prop. 2001/02:72 s. 17 ff.

⁹⁸ SOU 1975:75 s. 112 f.

kap. 13 §, vilket dock inkluderar undantag för positiv särbehandling och värnplikt. Därutöver stadgas i 1 kap. 9 § RF att domstolar samt andra aktörer som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter i sin verksamhet är skyldiga att beakta allas likhet inför lagen. Utanför RF har principen tagit sig tydligast uttryck i DiskL. Lagens utformning bygger till stora delar på EU-direktiv men dess utformning påverkades även av Sveriges övriga internationella åtaganden.⁹⁹ Förarbetsuttalandena till diskrimineringslagen anger att lagens syfte är att värna om principen och att deras värdegrund är ett av samhällsordningens viktigaste fundament. Genom detta avser lagen slå vakt om alla människors lika värde och ge individen möjligheten att utvecklas utifrån dess individuella förutsättningar och egenskaper.¹⁰⁰

3.4 Principens innebörd

3.4.1 Principens innebörd inom EU-rätten

I en strikt EU-rättslig kontext, vilken är i hög grad relevant från ett svenskt perspektiv, är principen om likabehandling en allmän rättsprincip vari principen om icke-diskriminering utgör en specifik tillämpning.¹⁰¹ Det bör i sammanhanget påpekas att de grundläggande rättigheterna utgör allmänna rättsprinciper inom unionsrätten.¹⁰² Rätten till likabehandling och icke-diskriminering tillhör dessa grundläggande rättigheter.¹⁰³ Följden av principens status som allmänna rättsprinciper inom EU-rätten är att nationell lagstiftning i strid med den ska åsidosättas.¹⁰⁴ Principernas innebörd kan enligt EU-domstolen härledas ur medlemsstaternas gemensamma rättstradition samt ur en rad ospecificerade internationella överenskommelser.¹⁰⁵ Enligt min uppfattning talar mycket för att dessa internationella överenskommelser sannolikt motsvarar de folkrättsliga instrument som behandlats i 3.1. Den allmänna principen om likabehandling inom EU-rätten har en något osäker autonom roll. I de fall där den har kommit till uttryck i primär- eller sekundärrätt är detta att betraktas som en tillämpning av den övergripande principen. Dess betydelse är inte begränsad till den betydelse som kommit till uttryck i dess tillämpning genom exempelvis sekundärlagstiftning. Ur EU-domstolens praxis kan en viss återhållsamhet utläsas avseende att tillämpa principen för att dra slutsatser som utmanar gränserna för unionens politiska konsensus.¹⁰⁶ Något förenklat är utgångspunkterna för den allmänna rättsprincipen inom EU att lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika såvida inga objektivt godtagbara skäl föreligger som kan motivera ett undantag.¹⁰⁷

⁹⁹ Prop. 2007/08:95 s. 47.

¹⁰⁰ Ibid, s. 80.

¹⁰¹ Mål C-555/07 p. 50 (Kücükdeveci).

¹⁰² Se artikel 6.3 FEU och mål 11/70 p. 4 (Internationale Handelsgesellschaft).

¹⁰³ McCrudden & Prechal: The Concepts of Equality s. 4.

¹⁰⁴ Mål C-144/04 p. 77-78 (Mangold); bekräftades i mål C-555/07 (Kücükdeveci).

¹⁰⁵ Se mål C-144/04 p. 74 (Mangold) och C-555/07 p. 20 (Kücükdeveci).

¹⁰⁶ McCrudden & Prechal: The Concepts of Equality s. 4 ff.

¹⁰⁷ Bergström & Hettne: Introduktion till EU-rätten s. 204.

Sett till ett vidare perspektiv, som sträcker sig utanför en strikt EU-rättslig kontext, finns utrymme för att nyansera principens innebörd ytterligare. Nedan redogörs för sammanställning av fyra möjliga tolkningar av principens innebörd ur en vidare kontext.¹⁰⁸ Valet att utgå från, och avgränsa sig till, det teoretiska ramverk som fastställs i publikationen motiveras av utrymmesmässiga skäl.¹⁰⁹ De olika tolkningarnas gemensamma utgångspunkt tolkningen av begreppsinnhållet i termerna likabehandling och icke-diskriminering.¹¹⁰ Den vidare kontexten som här behandlas omfattar folkrättsliga instrument, EU-rätten och EU-medlemmarnas rättstraditioner.

3.4.2 Den första tolkningen av principen¹¹¹

Den första tolkningen utgår från principen om icke-diskriminering som enligt densamma är en självständig princip som är allmänt tillämpbar. Med vilket menas att den inte är begränsad till särskilda omständigheter eller diskriminering på särskilda grunder. Principens utgångspunkt är enligt tolkningen att lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika. Undantag kan bara vara godtagbara om det finns en adekvat anledning att frånga principen. Avseende jämförbara situationer tillhandahåller tolkningen inget svar på hur bedömningen bör företas. Under förutsättning att två fall är jämförbara aktualiseras frågan vad som kan utgöra berättigad särbehandling enligt tolkningen. Kravet som uppställs avseende detta är att berättigandet är rationellt. Vad som avses med detta framgår inte av tolkningen. Omfattningen av undantaget kan variera beroende av om bevisbördan för berättigandet åvilar det allmänna eller en privat aktör. Generellt tillerkänns det allmänna ett större skön enligt tolkningen.

3.4.3 Den andra tolkningen av principen¹¹²

I likhet med den första tolkningen utgår den andra tolkningen från principen om icke-diskriminering. Enligt tolkningen syftar principen om icke-diskriminering till att utgöra ett verktyg vid distributionen av ”särskilt viktiga kollektiva nyttigheter”. Tolkningens utgångspunkt är verktygen för distributionen av de kollektiva nyttigheterna och inte dess mottagare. Vid distributionen av dessa innebär principen enligt tolkningen att ingen distinktion mellan olika personer ska göras. Lika fall ska behandlas lika såvida särbehandling inte kan berättigas. Möjligheterna till särbehandling är

¹⁰⁸ Indelningen i de fyra olika tolkningarna och däri använd terminologi är inte allmänt vedertagen. Författarna till ”The Concepts of Equality” har genom publikationen föreslagit en egen systematisering och begreppsbildning. Se vidare problematiseringen i publikationen s. 49.

¹⁰⁹ Se 1.3.

¹¹⁰ Formulering ”Meanings of equality and non-discrimination”.

¹¹¹ Stycket bygger på ”The Concepts of Equality” s. 11-17.

¹¹² Stycket bygger på ”The Concepts of Equality” s. 17-22.

snävare än enligt föregående tolkning. I direkt kontrast med föregående tolkning tillämpar domstolarna generellt ett mer restriktivt förhållningsätt avseende berättigandeargument från det allmänna.

Vad som avses med särskilt viktiga kollektiva nyttigheter är en kategori av kollektiva nyttigheter av sådan vikt att dess tillhandahållande är en fundamental rättighet. Ett exempel är de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna. Ett annat är vissa rättigheter som stadgas i EU:s primärrätt såsom förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och könsdiskriminering. Det mest framstående exemplet på ett regelsystem där synsättet på principen som tolkningen representeras är i EKMR. I dess artikel 14 stadgas att konventionens rättigheter ska tillförsäkras envar utan åtskillnad. Bestämmelsen utgör således verktyget för att distribuera de särskilt viktiga kollektiva nyttigheterna som återfinns i direktivet i form av grundläggande fri- och rättigheter. Tillämpningen av artikel 14 innefattar en bedömning av huruvida särbehandling vid distributionen av dessa rättigheter är berättigad. Så sker genom att först utreda om det föreligger en jämförbar situation. Är så fallet är den efterföljande bedömningen huruvida särbehandlingen kan berättigas. Denna bedömning sker i flera led och som förutsättning krävs att staten vars rättsregel är under prövning har anfört en motivering av varför särbehandlingen är berättigad. Det framförda utgör därigenom grunden för Europadomstolens prövning om särbehandlingsens syfte är legitimt. Ett syfte bedöms vara legitimt om det är av sådan vikt att den kan motivera inskränkningen av en fundamental rättighet. Bedöms syftet vara av sådan vikt återstår att avgöra om det föreligger ett objektivt samband mellan det särbehandlande förfarandet och det anförda syftet. Om ett sådant anses föreligga återstår det sista bedömningsledet som är att avgöra om inskränkningen av tillgången till rättigheten som särbehandlingen innebär går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet. Skulle särbehandlingen inte uppfylla kraven i något av bedömningsleden är den otillåten. Konventionsstaterna tillerkänns en viss ”margin of appreciation” vid bedömningen.

3.4.4 Den tredje tolkningen av principen¹¹³

Den tredje tolkningen av principen utgår i likhet med föregående tolkningar från specifika principen om icke-diskriminering. Principens innebörd enligt tolkningen är att särbehandling av särskilda grupper inte är tillåten om den grundar sig i något för gruppen karaktäristiskt särdrag. Gemensamt för dessa särdrag som inte får utgöra grund för särbehandling är att de inte anses utgöra ett relevant kriterium att beakta vid ett förfarande alternativt att det vore oacceptabelt att motivera särbehandlingen med särdraget som grund. I typfallet är dessa särdrag, även kallade diskrimineringsgrunder, angivna i lagtext.

¹¹³ Stycket bygger på ”The Concepts of Equality” s. 23-40.

Tolkningens grundläggande premisser är att likabehandling ska uppnås genom frånvaron av diskriminering vilket realiserar genom diskrimineringsförbud. Det typiska exemplet på denna tolkning av principen om icke-diskriminering finns i de nationella diskrimineringslagstiftningarna hos EU:s medlemsländer. En gemensam nämnare dem emellan är att de innefattar undantagsmöjligheter från förbudet och att lagstiftningen anknyter till särskilda processordningar i syfte att ha ett effektivt sanktionssystem mot diskriminering. Medlemsländernas förhållandevis homogena diskrimineringslagstiftningar är en konsekvens av det omfattande harmoniseringsarbetet som skett inom unionen genom upprättandet av direktiv på området.

Innebörden av principen om icke-diskriminering enligt tolkningen är som utgångspunkt ska lika fall ska behandlas lika och olika fall olika. Att lika fall ska behandlas lika sammanfaller med förbud mot direkt diskriminering. Direkt diskriminering föreligger då en person missgynnas på grund av dennes anknytning till en eller flera diskrimineringsgrunder. Att olika fall ska behandlas olika kan manifesteras på skilda sätt inom de nationella diskrimineringsrätterna men det viktigaste exemplet är förbud mot indirekt diskriminering. Förbudet mot indirekt diskriminering innebär att förfaranden som framstår som neutrala men som har en missgynnande effekt för grupper av personer med anknytning till någon diskrimineringsgrund inte är tillåtna. De i lagtext angivna diskrimineringsgrunderna reglerar vilka karaktäristiska särdrag som inte är tillåtna att beakta vid distributionen av möjligheter i ett samhälle. Till skillnad från föregående tolkningar är förbudets tillämpningsområde begränsat till den i lagtexten angivna situationen eller aktiviteten. Trots denna begränsning har förbudet effekt på en ansenlig mängd situationer vars spännvidd innefattar såväl privat som offentlig sektor.

Undantag från förbudet förutsätter enligt tolkningen att särbehandlingen är berättigad. I förhållande till tidigare bedömningar är kravet för att särbehandling ska vara berättigad högre ställt. Hur hårda kraven är kan skilja sig åt mellan olika diskrimineringsgrunder. För att särbehandling, som uppfyller kraven för att utgöra diskriminering, ska vara tillåten krävs att den på ett objektivt plan kan rättfärdigas av ett legitimt syfte och att medlet för att uppnå detta är lämpligt och nödvändigt. Här om bör en distinktion göras mellan direkt- och indirekt diskriminering. Undantag från förbudet mot direkt diskriminering tillåts inte vara generellt utformat förutom avseende diskrimineringsgrunden ålder. I övriga fall av direkt diskriminering ska undantagsmöjligheterna detaljregleras i största möjliga mån. Däremot är generellt utformade undantag enligt tolkningen tillåtna avseende indirekt diskriminering. Skillnaden följer av att indirekt diskriminerings tillämpningsområde inrymmer en avsevärt större mängd möjliga situationer som vore närmast omöjliga att detaljreglera.

3.4.5 Den fjärde tolkningen av principen¹¹⁴

Den fjärde tolkningen kan ses som en vidareutveckling av den tredje tolkningen. Den är i ett tidigt stadiet i sin utveckling och är därför inte fullständigt formulerad. Den fjärde tolkningen går längre än dess föregångare, det vill säga har en striktare tolkning av vad som avses med likabehandling. Enligt tolkningen strävar principen mot ”de facto-equality”. Den största skillnaden mellan den tredje och den fjärde tolkningen är skiftningen från att principen övergår från att innebära negativa skyldigheter, om att inte diskriminera, till att innebära en positiv skyldighet att stäva mot att uppnå de facto lika möjligheter för alla. Denna positiva skyldighet föreligger inte enbart för det allmänna utan kan även utsträckas till att omfatta andra parter i vissa fall. Ett exempel från den svenska rätten där synsättet tolkningen representerar återfinns är i 3 kap. 13 § DiskL som stadgar ett krav på arbetsgivare att vart tredje år upprätta en jämställdhetsplan. De positiva skyldigheterna kan även innefatta användandet av positiv särbehandling. Även om den tredje tolkningen tillät positiv särbehandling under särskilt föreskrivna omständigheter innefattade den aldrig någon skyldighet att nyttja åtgärden för att uppnå likabehandling.

Vad som avses med ”de facto-equality” enligt tolkningen inte definierat. Min uppfattning är i stora drag att det som avses med begreppet är att distribution av möjligheter som resulterar i ett ojämnt fördelat resultat, avseende vissa grupper, grundar en skyldighet att agera för att uppnå jämn fördelning. Vilket ska ske oaktat om de juridiska förutsättningarna uppfyller de krav som ställs enligt de tidigare tolkningarna av principen. I svensk rätt kan synsättet tolkningen representeras urskiljas i 1 kap. 2 § RF som innehåller en programförklaring. Däri stadgas att *”Det allmänna ska verka för att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället [...]”*. Bestämmelsen ger inte upphov till några rättigheter och den är inte juridisk bindande.¹¹⁵ Den kan däremot vara av politiskt värde.

3.4.6 Tolkningarnas inbördes förhållande¹¹⁶

Indelningen av principens innebörd i fyra olika tolkningar motiverades enligt författarna till ”The Concepts of Equality” av det omfattande material som principerna bygger på och att dess innebörd har varierat utifrån kontext. Indelningen är inte avsedd att ha skarpa gränser mellan tolkningarna. Gränserna mellan tolkningarna ska betraktas som porösa vilket innebär att utvecklingen avseende en tolkning kan påverka utvecklingen av en angränsande tolkning. Tolkningarna är i viss mån överlappande och det kan förekomma spänningar dem emellan. Konfliktsituationer mellan olika tolkningar är en av drivkrafterna bakom principens utveckling. Diskrimineringsrätten är under utveckling och regelkomplex som haft en

¹¹⁴ Stycket bygger på ”The Concepts of Equality” s. 41-49.

¹¹⁵ Se 3.3.

¹¹⁶ Stycket bygger på ”The Concepts of Equality” s. 49 f.

huvudsaklig förankring i en tolkning av principen kan med tiden övergå till att en annan tolkning. Det bör även påpekas att det är vanligt förekommande att ett regelkomplex inrymmer mer än en tolkning av principerna. Med detta i beaktan kan sammanfattningsvis några slutsatser om principernas innebörd enligt tolkningarna dras.

Den första tolkningen är den mest allmänt hållna och också den som är mest konservativ. Principen om icke-diskriminering har enligt tolkningen en självständig roll men utgör samtidigt utgångspunkten varpå övriga tolkningar bygger vidare på. Principens enligt tolkningen innebär att lika fall ska behandlas lika och olika fall olika från vilket undantag är möjliga om särbehandlingen har en adekvat berättigandegrund. Principens självständiga roll erkänns i allmänhet av domstolarna såsom allmän rättsprincip. I fall där domstolen funnit en koppling till principen som inte varit särskilt stark har principen ändå beaktats men utan särskilt stor genomslagskraft. Rekvisiten för vad som utgör lika fall, olika fall och tillåten särbehandling framgår inte av tolkningen. De obesvarade frågorna enligt tolkningen besvaras i olika omfattning av efterföljande tolkningar.

Enligt den andra tolkningen är principen om icke-diskriminerings huvudsakliga roll att säkerställa att särskilt viktiga kollektiva nyttigheter är tillgängliga för envar utan åtskillnad. Inskränkningar i rätten till dessa får inte ske godtyckligt och måste uppfylla kraven i ett objektiva proportionalitetstest. Det stadgade kravet på att inskränkningen måste vara proportionell resulterar i att styrkan av skälen som krävs för att rättfärdiga en inskränkning är en funktion av hur viktig den aktuella kollektiva nyttigheten bedöms vara.

Innebörden av principen om icke-diskriminering enligt den tredje tolkningen är i många avseende mer komplex än i de föregående tolkningarnas. Den tredje tolkningen är den som är vanligast förekommande hos lagstiftare och domstolar vilket följer av den omfattande EU-rättsliga lagstiftning vari motsvarande tolkning av principen återfinns. Trots detta är den övergripande diskussionen om principens innebörd förhållandevis underutvecklad i sammanhanget.

Den fjärde tolkningen utgör den nyaste och minst utvecklade. Det är den tolkning av principen om icke-diskriminering som vari de mest långgående skyldigheterna stadgas. Omfattningen av dessa skyldigheter enligt tolkningen är svår att fastslå eftersom tolkningen än så länge är i ett tidigt utvecklingsstadium. Tolkningens framtida roll är något osäker men den är illustrativ för den fortgående utvecklingen av principen om likabehandling och icke-diskriminering.

4 Berättigad särbehandling enligt 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen

4.1 Särskilt om diskrimineringsgrunden ålder

Som bakgrund till kapitlets framställning ska först diskrimineringsgrunden ålders särställning kort beröras. Diskrimineringsgrunden ålder definieras enligt 1 kap. 5 § 6 DiskL som uppnådd levnadslängd. Följden av legaldefinitionen är att alla fysiska personer omfattas av diskrimineringskyddet. Diskrimineringskyddets betydelse kan variera mellan åldersgrupper. I arbetslivsdirektivet definieras inte ålder men av artikel 6.1 a) framgår att såväl äldre som yngre arbetstagare omfattas av diskrimineringskyddet.¹¹⁷ EU-domstolens omfattande praxis rörande åldersdiskriminering kan förklaras av att hela EU:s population omfattas av diskrimineringskyddet.¹¹⁸ Att ämnesområdets utveckling går snabbt framåt kan beror delvis på den problematik som följer av en åldrande befolkning inom unionen. Det är mot denna bakgrund som åldersdiskrimineringens fokus primärt har hamnat på diskriminering på grund av hög ålder.¹¹⁹ I detta avseende utgör förbudet mot åldersdiskriminering ett verktyg för att främja ett aktivt åldrande och därigenom tillvarata intresset hos den äldre populationen att ha möjlighet att fortsatt vara verksamma.¹²⁰ Ålder som diskrimineringsgrund särpräglas av dess flytande natur. En persons anknytning till någon av de ålderskategorierna för vilket diskrimineringskyddet är särskilt betydelsefullt skiftar över en livstid.¹²¹

¹¹⁷ Prop. 2007/08:95 s. 129 f.

¹¹⁸ Schiek, DG: Age Discrimination before the ECJ – Conceptual and Theoretical issues. *Common Market Law Review*, 48 (3).

¹¹⁹ Numhauser-Hennig: Kort normativ reflektion kring avgång med pension, s. 1.

¹²⁰ Numhauser-Hennig & Rönmar: Age Discrimination and Labour Law in a Comparative Perspective i *Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law – A Swedish Perspective*, s. 113 ff.

¹²¹ Numhauser-Hennig: Åldersdiskriminering och andra anställningsskyddsrelaterade frågor i *Vänbok till Ronnie Eklund* s. 445 f.

4.2 Utredningens disposition

Som tidigare påpekats grundar sig 2 kap. 2 § 4 DiskL på artikel 6.1 i arbetslivsdirektivet. Följden av detta är att den svenska bestämmelsens utformning och tillämpning ska uppfylla de krav som uppställs genom direktivet och genom EU-domstolens praxis. För en fullständig utredning av den svenska bestämmelsens innebörd krävs därför att artikel 6.1 kartläggs.¹²² I det följande kommer därför de båda undantagsbestämmelserna att utredas parallellt med utgångspunkt i deras lydelse, hur de utformats inom ramarna för respektive lagkomplex samt hur de har tillämpats.

4.3 Undantagsbestämmelsernas lydelse

4.3.1 Undantagets lydelse i artikel 6.1 arbetslivsdirektivet

I arbetslivsdirektivets artikel 6 regleras vad som benämns som ”Befogad särbehandling på grund av ålder”. Artikel 6.1 har formen av en undantagsbestämmelse i förhållande till artikel 2.2 som reglerar vad som utgör diskriminering i direktivets mening. Tillämpningsområdet för diskrimineringsförbudet i artikel 2.2 regleras i artikel 3.

Artikel 6.1 lyder:

”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, arbetsmarknaden och yrkesutbildning, och sätten för att genomföra detta syfte är lämpliga och nödvändiga.”

Lydelsen följs av ett andra stycke vari en icke uttömmande lista av kategoriska exempel på befogade särbehandlingar föreskrivs.¹²³

¹²² Se 2.1 för relationen mellan DiskL och arbetslivsdirektivet.

¹²³ En handbok i europeisk diskrimineringsrätt s. 52.

4.3.2 Undantages lydelse i 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen

Undantagsbestämmelsen i 2 kap. 2 § DiskL är utformad som en undantagsbestämmelse i förhållande till diskrimineringsförbudet i 1 kap. 4 § DiskL. Tillämpningsområdet för diskrimineringsförbudet i 1 kap. 4 § DiskL anläggs genom 2 kap. 1 § DiskL.¹²⁴

2 kap. 2 § 4 DiskL lyder:

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

4.4 Undantagsbestämmelsernas utformning inom respektive lagkomplex

4.4.1 Undantagets utformning i artikel 6.1 inom arbetslivsdirektivet

Ett av arbetslivsdirektivets grundläggande syften är att upprätthålla respekten för de mänskliga rättigheter och grundläggande friheter som följer de stora folkrättsliga instrumenten om mänskliga rättigheter. Att arbetslivsdirektivet, nedan direktivet, i sin ingress refererar till dessa innebär ett uttryckligt erkännande av att icke-berättigad särbehandling, vilken grundar sig på fördomar eller stereotyper, utgör en kränkning av den särbehandlade personens grundläggande fri- och rättigheter. Vid rättstillämpningen ska innehållet i direktivets ingress beaktas vid tolkningen av dess bestämmelser.¹²⁵ Av särskild vikt för tolkningen av artikel 6.1 är skäl 25 i ingressen som anger att förbudet mot åldersdiskriminering spelar en viktig roll i unionens strävan att uppnå de målsättningar som antagits rörande sysselsättning inom unionen. Mot den bakgrunden anförs även att särbehandling på grund av ålder kan vara motiverad under vissa omständigheter. Vilka dessa omständigheter är beroende av sammanhang och kan därför variera mellan medlemsstater. Det påtalas i sammanhanget att det är viktigt att en tydlig åtskillnad görs mellan tillåten berättigad särbehandling och otillåten diskriminering på grund av ålder. Berättigad särbehandling ska vara motiverad av legitima mål inom ramarna för medlemsstatens sysselsättningspolitik, på arbetsmarknaden eller inom dess system för yrkesutbildning.

Direktivets roll i att främja en välfungerande arbetsmarknad och uppnå de

¹²⁴ Se kapitel 2 för en redogörelse av dessa bestämmelser.

¹²⁵ O’Cinneide, C: Age discrimination and European law s. 11.

målsättningar som fastslagits i unionens riktlinjer för sysselsättning framgår av skäl 8. Dessa riktlinjer syftar till en ökad social integration vilket inbegriper strategier för att äldre personer, i ökande omfattning, ska ha möjligheter att vara delaktiga på arbetsmarknaden. Direktivet utgör ett verktyg för dessa riktlinjers förverkligande. Skyddet mot åldersdiskriminering som stadgas i direktivet omfattar inte bara äldre personer. Men avseende åldersgrupper som har en särskilt utsatt ställning finns det enligt skäl 26 möjlighet att särskilt kompensera för denna genom bestämmelser som innefattar positiv särbehandling av dessa grupper.¹²⁶

I direktivets ingress finns även kompletterande tolkningsunderlag avseende dess tillämpningsområde. Direktivets tillämpningsområde regleras primärt i artikel 3 men i exempelvis skäl 14 anförs att nationella bestämmelser om pensionsålder inte ska påverkas av direktivet. Den innehåller även uttalanden om att medlemsstater inom vissa områden tillerkänns ett särskilt stort skönsmässigt utrymme. Dessa områden är exempelvis regler rörande försvarsmakten, polisen eller liknande myndigheter som upprätthåller särskilt viktiga samhällsfunktioner.¹²⁷

Som framgår av det ovan anförda är bakgrunden till förbudet mot åldersdiskriminering och dess utformning tudelad. Den ena sidan bygger på argument om mänskliga rättigheter och den andra sidan beaktar samhällseliga ekonomiska intressen. De är med anknytning till förbudets ekonomiska dimension som undantag från diskrimineringsförbudet anknyter.¹²⁸

Som tidigare påpekats har artikel 6.1 i direktivet utformats som en undantagsbestämmelse till diskrimineringsförbudet i artikel 2.2. För att särbehandling på grund av ålder ska vara berättigad enligt artikel 6.1 uppställs krav på att särbehandlingen på ett *objektivt och rimligt sätt* är *motiverad av ett berättigat mål* och genomförs på ett sätt som är *lämpligt* samt *nödvändigt* för att uppnå dess syfte. Enligt bestämmelsens ordalydelse är ett berättigat syfte särskilt ett sådant som rör sysselsättningspolitik, arbetsmarknaden eller yrkesutbildning. Eftersträvandet av dessa socialpolitiska målsättningar ligger som regel i allmänintresset.

Artikel 6.1 innehåller även ett andra stycke vari en kategorisk exemplifiering av berättigade särbehandlingar föreskrivs. Stycket inleds med ordalydelsen *"I sådan särbehandling kan i synnerhet följande inbegripas:"* varefter tre olika kategorier av förfaranden följer. Dessa kategoriska exempel bör betraktas som riktlinjer för vad som i typfallet kan utgöra berättigad särbehandling. Varje särbehandling, även inom de exemplifierade kategorierna, måste i det enskilda fallet uppfylla kraven enligt artikelns första stycke.¹²⁹

¹²⁶ Ibid, s. 11 f.

¹²⁷ Se skäl 18-19 i arbetslivsdirektivet.

¹²⁸ Numhauser-Hennig: Åldersdiskriminering och andra anställningsskyddsrelaterade frågor i Vänbok till Ronnie Eklund s. 443.

¹²⁹ O' Cinneide, C: Age discrimination and European law s. 35 f.

Valet att utforma artikel 6.1 genom att fastställa en ram inom vilken särbehandling kan berättigas istället för att detaljreglera i vilka fall särbehandling är berättigad motiverades av att det inte ansågs möjligt att uttömmande ange i vilka situationer som undantaget var tillämpligt. Svårigheten att detaljreglera berodde bland annat på skillnaderna medlemsstaternas syn på åldersdiskriminering och förutsättningarna för regleringen. Den fastställda ramen utgör den yttre gränsen för tillåten särbehandling men inom ramen har medlemsstaterna ett visst utrymme för eget skön.¹³⁰ Det bör även noteras att artikel 6.1 har en viss särställning genom att den stadgar ett undantag från fall av direkt diskriminering vilket inte finns föreskrivet för någon av de övriga diskrimineringsgrunderna.¹³¹

4.4.2 Undantagets utformning i 2 kap. 2 § 4 inom diskrimineringslagen

Särbehandling på grund av ålder tillåts enligt 2 kap. 2 § 4 DiskL under förutsättning att bestämmelsens rekvisit är uppfyllda. Kraven som uppställs är desamma oberoende av om det rör sig om direkt eller indirekt diskriminering enligt 1 kap. 4 § DiskL. Bestämmelsen är en implementering av arbetslivsdirektivets artikel 6.1. Vid lagstiftningsarbetet avseende den svenska undantagsregeln i 2 kap. 2 § 4 DiskL åtnjöt lagstiftaren ett stort skönmässigt utrymme vid dess utformning, förutsatt att bestämmelsen uppfyllde minimikraven enligt direktivet.¹³² I lagens proposition anförde regeringen att ett förbud mot åldersdiskriminering som inte beläggs med undantag kan medföra nackdelar för såväl yngre som äldre arbetstagare. Av denna premiss följer att undantag från förbudet mot åldersdiskriminering inte nödvändigtvis ska uppfattas som negativ för någon särskild åldersgrupp.¹³³

Lagstiftaren valde vid avfattning av 2 kap. 2 § 4 DiskL att frångå formuleringen i artikel 6.1. Direktivbestämmelsens formulering ansågs i för hög grad avvika från den rättsliga traditionen inom arbetsrätten i Sverige. Bestämmelsen ansågs vara för omständligt formulerad. Lagstiftaren valde istället en kortfattad och allmänt hållen formulering vilket motiverades med att dess tillämpning omfattar ett brett spektra av situationer och att en kasuistisk lagstiftning därför skulle vara allt för omfattande och svåröverskådlig.¹³⁴ En följd av bestämmelsens allmänt hållna formulering är att uppgiften att precisera dess innebörd överlämnas åt rättstillämparen. Fördelen med detta är att bestämmelsens innebörd, i mån av behov, kan tillåtas följa samhällsutvecklingen.¹³⁵

¹³⁰ Ibid, s. 30.

¹³¹ En handbok i europeisk diskrimineringsrätt s. 55.

¹³² Fransson & Stüber: Diskrimineringslagen - En kommentar s. 224.

¹³³ Prop. 2007:08:95 s. 175 f.

¹³⁴ SOU 2006:22 s. 428 f.

¹³⁵ Ibid, s. 432.

2 kap. 2 § 4 DiskL innehåller två krav som måste vara uppfyllda för att särbehandling på grund av ålder ska vara tillåten. Särbehandlingen ska ha ett *berättigat syfte* och de medel som används för att uppnå detta syfte ska vara *lämpliga och nödvändiga*.

Vad som utgör ett *berättigat syfte* framgår inte av lagtexten men i lagens förarbete berörs frågan. Ett berättigat syfte vara av sådan vikt att ett avsteg från principen om icke-diskriminering kan motiveras. I lagens proposition anförde regeringen en rad exempel på syften som i typfallet ska anses vara berättigade. Exempelvis syftena att skydda yngre arbetstagare avseende arbetsmiljö, att främjandet av äldre arbetstagares möjlighet tillträda eller bibehålla en anställning eller att tillgodose deras ökade behov av vila. Bestämmelser som anknyter till de exemplifierade syftena är exempelvis sådana som möjliggör för äldre arbetstagare att arbeta fram till ålderspension eller sådana som erbjuder äldre arbetstagare ålderspension, eller motsvarande ersättning, i samband med nedskärningar för att på så sätt skydda yngre arbetstagares anställningar. Även bestämmelser om åldersgränser för särskilda typer av anställningar, förbehållna yngre arbetstagare, anses vara berättigade om de syftar till att underlätta ungas tillträde till arbetsmarknaden. Exempelvis anställning som lärling eller trainee.

Även om särbehandlingen utgör en tillämpning av ett ålderskriterium i en kollektivavtalsbestämmelse kan dess syfte vara berättigat. Särskilt om syftet består i att främja eller skydda arbetstagaren inom en särskilt utsatt ålderskategori. Ett exempel är åldersbaserade lägstalöner som stadgas i syfte att motverka lönedumping för yngre arbetstagare.

Möjligheten för en arbetsgivare att vid ett rekryteringsförfarande beakta ålder kan föreligga då det sker i syfte att undvika att stora delar av arbetsplatsens anställda når pensionsålder samtidigt. Ett sådant förfarande förutsätter att arbetsgivaren vid åberopandet av undantaget kan visa att särbehandlingen motiverades av en reell risk för att arbetsstyrkans samlade förmåga att fungera annars vore hotad. Utrymmet för att åberopa att särbehandling har ett berättigat syfte avseende beaktandet av ålderssammansättningen i en åldersgrupp minskar avsevärt desto större arbetsplats det handlar om. Enligt propositionen kan även vissa syften som angränsar till att vara av kommersiell natur utgöra berättigade syften. Särskilt nämns situationen att en arbetssökande har nått eller snart når pensionsålder. Att i en sådan situation ha en skyldighet att anställa personen, förutsatt att personen objektivt sett är högst kvalificerad för anställningen, skulle kunna leda till oproportionella kostnader för arbetsgivaren eftersom anställningen skulle vara tidsmässigt begränsad. Även beslut som innebär att en anställd med kort tid kvar till pensionering inte tillerkänns bekostad vidareutbildning på grund av sin ålder kan bedömas ha ett berättigat syfte.¹³⁶

¹³⁶ Prop. 2007:08:95 s. 179 f.

I propositionen exemplifieras även syften som inte är att bedöma som berättigade. Till exempel är arbetsgivarens vilja att uppnå en homogen ålderssammansättning inom personalstyrkan inte ett berättigat syfte. Rent kommersiella syften uppfyller inte heller kraven. Enligt propositionen lämnas ett visst utrymme för att i undantagsfall acceptera kommersiella syften om exceptionella omständigheter i det enskilda fallet talar för det. En faktor som i ett sådant fall har stor betydelse är huruvida verksamheten i det aktuella fallet har en särskild inriktning och en avgränsad kundkrets. En sådan avgränsning skulle vid bedömningen påverka i en tillåtande riktning.¹³⁷

Den svenska rättsregler som innefattar särbehandling på grund av ålder måste vid sin tillämpning uppfylla de skyldigheter som följer av arbetslivsdirektivet. Enligt propositionsuttalanden av regeringen görs ställningstagandet att den svenska arbetsrättslagstiftningen är förenlig med EU-rätten. Följden av uttalandet är att tillämpningen av dessa rättsregler inte ska ge upphov till otillåten diskriminering enligt den svenska diskrimineringslagstiftningen.¹³⁸

Avseende det andra kravet enligt bestämmelsen som innebär att medlet som används för att uppnå syftet ska vara *lämpligt* och *nödvändigt* kommenteras detta bara kortfattat i lagens förarbeten. Medlet i bestämmelsens mening kan bestå i ett förfarande, exempelvis att tillämpa en åldersgräns. Medlets lämplighet bedöms genom att svara på frågan huruvida dess användande ger det enligt syftet önskvärda resultatet. Kravet på att medlet ska vara nödvändigt innebär att det inte ska finnas någon mindre särbehandlande åtgärder som kan tillgripas som är lika ändamålsenlig. Denna proportionalitetsbedömning motsvarar den som stadgas i 1 kap. 4 § 2 DiskL och gällande indirekt diskriminering.¹³⁹

¹³⁷ Ibid, s. 180.

¹³⁸ Prop. 2007/08:95 s. 183.

¹³⁹ Ibid, s. 179.

4.5 Undantagsbestämmelsernas tillämpning

4.5.1 EU-domstolens tillämpningen av artikel 6.1 arbetslivsdirektivet

Nedan följer en redogörelse av EU-domstolens praxis. Redogörelsen former består i indelningen av relevanta rättsfallen från EU-domstolen utifrån deras till de kategoriska exemplen på berättigade särbehandlingar som finns i artikel 6.1 andra stycket. Avseende kategori härrörande från artikel 6.1 andra stycket b) har ytterligare en indelning företagits utifrån vari kategorin rättsfallen anknäver särskilt. En alternativ indelningsmetod hade varit att dela in rättsfallen utifrån vilket rekvisits innebörd i artikel 6.1 som preciserats genom rättsfallet. En sådan indelning hade logiskt sätt varit mer lämpad att klargöra innebörden av artikel 6.1 men eftersom rättsfallen inte är begränsade till att bedöma ett rekvisit hade flertalet rättsfall behövt beröras under flera rubriker. En sådan framställning hade då riskerat att blir såväl svår att genomföra som svår att förstå.

Innan själva rättsfallsredogörelsen bör några språkliga val beröras. Min uppfattning är att det inte föreligger någon skillnad mellan orden målsättning och syfte och att dessa används synonymt. För att ingen begreppsförvirring ska uppstå kommer jag genomgående att använda ordet syfte i detta avseende. Det är också det ordet som används i den svenska lagtexten. Detsamma gäller förhållandet mellan orden berättigad och befogad där jag valt att använda ordet berättigad. Ett liknande ställningstagande har gjorts avseende kravet på lämplighet och nödvändighet vilket tillsammans utgör en proportionalitetsbedömning. Begreppet proportionalitetsbedömning används inte genomgående av EU-domstolen men i syfte att vara tydlig används det här framför andra benämningar. I övrigt så avses med domstolen, EU-domstolen, och med direktivet, arbetslivsdirektivet.

4.5.1.1 Rättsfall av allmänt intresse

Bakgrunden i målet *C-388/07 Age Concern England* var att en intresseorganisation för äldres välbefinnande ifrågasatte Storbritanniens implementering av direktivets artikel 6.1. De för uppsatsen relevanta tolkningsfrågorna som domstolen skulle besvara var huruvida medlemsstaterna vid direktivets införlivande var skyldiga att precisera vilka syften som var berättigade samt om det förelåg en skyldighet att införa en exemplifiering motsvarande den i artikel 6.1 andra stycket. Frågeställningens utgångspunkt var en nationell bestämmelse, med grund i artikel 6.1, som saknade precisering och exemplifiering.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Mål C-388/07 p. 31 (*Age Concern England*).

Domstolen fann att det inte var möjligt att härleda något sådan skyldighet ur direktivet. Skyldigheterna enligt direktivet bestod i att vid dess införlivande säkerställa dess fulla verkan. Vid val av tillvägagångssätt åtnjuter medlemsstaterna ett betydande skönsmässigt utrymme. Domstolen påpekade att exemplifieringen i artikel 6.1 endast är avsedd av vara vägledande, vilket framgår av dess lydelse.¹⁴¹

Rättsfallet innehöll ytterligare en frågeställning vilken behandlades i sammanhanget men som inte besvarades. Frågan var huruvida artikel 6.1 skulle tolkas så att den utgjorde ett hinder för sådan nationell lagstiftning som gjorde det möjligt att säga upp arbetstagare som fyllt 65 år.¹⁴² Domstolen uttalade avseende denna frågeställning att det vid en tvist ankommer på den nationella domstolen att utifrån de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet, som den är ensamt behörig att bedöma, företa en bedömning om de nationella bestämmelsernas tillämpning uppfyller kraven enligt artikel 6.1. Domstolen valde trots detta att bidra med vägledande tolkningsmaterial för hur en sådan bedömning ska göras. Bedömningsmodellen som anlades bestod i att första precisera den särbehandlade åtgärdens syfte om precisering saknades. Ett sådant fastställande skulle enligt domstolen göras utifrån sammanhanget som åtgärden har förekommit i. Nästa led i bedömningen bestod i att bedöma huruvida det fastställda syftet var berättigat, det vill säga om syftet är av sådan socialpolitisk art som åsyftas i artikel 6.1. Ett sådant syfte karaktäriseras av att det huvudsakligen är av allmänintresse. Om dess syfte bedömdes vara berättigat skulle även en bedömning om den särbehandlade åtgärden var lämplig och nödvändig för att uppnå det fastslagna syftet göras.¹⁴³

¹⁴¹ Ibid, p. 41-43.

¹⁴² Ibid, p. 31.

¹⁴³ Mål C-388/07 p. 44-52 (Age Concern England).

4.5.1.2 Rättsfall med anknytning till artikel 6.1 a)

Artikel 6.1 a) som utgör en kategorisk exemplifiering av berättigade särbehandlingar lyder:

”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.”

Som påpekades ovan kommer denna kategori av rättsfall även att ha en intern indelning vilket motiveras av det omfattande antalet rättsfall och att exemplifieringen inbegriper flera olika typer av särbehandlingar. Den interna indelningen utgår från vari artikel 6.1 a) rättsfallet har starkast anknytning. Inledningsvis kommer rättsfallet som närmast anknyter till anställningsvillkor avhandlas, därefter följer de rättsfall som anknyter till villkor för avskedande och sist de som anknyter till löne- och ersättningsvillkor.

Målet *C-144/04 Mangold* var domstolens första mål som berörde artikel 6.1 i förhållande till nationell lagstiftning rörande *anställningsvillkor*. Den nationella lagstiftningen stadgade utökade möjligheter för att ingå avtal om visstidsanställning med personer över 52 år. Den för uppsatsen relevanta tolkningsfrågan som domstolen besvarade var huruvida artikel 6.1 skulle tolkas så att den utgör ett hinder för nationell lagstiftning som tillåter att tidsbegränsade anställningsavtal ingås utan begränsningar med personer som fyllt 52 år under förutsättning att visstidsanställningen hade ett nära samband med tidigare tillsvidareanställning mellan samma avtalsparter.¹⁴⁴

Inledningsvis bedömdes lagstiftningens syfte. Den hänskjutande domstolen hade anfört att dess syfte var att sänka tröskeln för återinträdet på arbetsmarknaden för äldre. Ett sådant syfte bedömdes vara av allmänintresse och därmed legitimt i direktivets mening. Med att syftet är legitimt åsyftas här att det uppfyller kravet på att vara motiverat på ett objektiva och rimligt sätt inom ramen för nationell rätt. Vid bedömningen av om kravet på proportionalitet erinrade domstolen om att medlemsstaterna åtnjuter ett stort skönsmässigt utrymme vid val av åtgärder för att uppnå de socialpolitiska syften som avses i artikel 6.1. Bestämmelsen ansågs inte uppfylla kravet på proportionalitet eftersom bestämmelsens tillämpning enbart skedde på grund av ålder och utan begränsning av exempelvis hur länge personen varit arbetslös eller utifrån en bedömning av den aktuella arbetsmarknadens struktur. En nationell bestämmelse utan sådana begränsningar innebar i praktiken att de som fyllt 52 år kunde visstidsanställas ett obegränsat antal gånger fram till uppnådd pensionsålder. Bestämmelsens avsaknad av begränsningar hade även effekten att den kunde tillämpas på ett stort antal

¹⁴⁴ Mål C-144/04 p. 55 (Mangold).

personer som under resterade del av sina yrkeskarriärer berövades den anställningstrygghet som andra åldersgrupper åtnjöt. Vid bedömningen anfördes att proportionalitetsprincipen ska beaktas och att en följd av detta är att en intresseavvägning ska företas mellan individens rättighet, i detta fall rätten att inte bli särbehandlad, och principen om likabehandling. Domstolen bedömde att lagstiftningen inte uppfyllde kravet på proportionalitet eftersom den gick utöver vad som var lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet, vilket var att underlätta återinträdet på arbetsmarknaden för äldre personer. Därför besvarades den hänskjutna tolkningsfrågan med att artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för sådan nationell lagstiftning som avhandlats ovan.¹⁴⁵

I förhållande till kapitel tre i uppsatsen bör påpekas att vid tidpunkten för målet hade direktivets införlivandefrist inte löpt ut för medlemsstaten i fråga. Trots detta menade domstolen att det förelåg en skyldighet för medlemsstaten att underlåta att tillämpa den aktuella lagstiftningen. Denna skyldighet kunde härledas ur den allmänna rättsprincipen om förbud mot diskriminering på grund av ålder.¹⁴⁶ Principen var tillämplig eftersom den nationella bestämmelsen omfattades av unionsrättens tillämpningsområde genom att ha en EU-rättslig bakgrund.¹⁴⁷ Ställningstagandet förtydligades genom avgörandet i mål *C-427/06 Bartsch* som också handlade om nationell lagstiftning under införlivandefristen av direktivet. Lagstiftningen saknade motsvarande koppling till EU-rätten och därigenom bedömde domstolen att principen inte var tillämplig.¹⁴⁸

Enligt den interna indelningen övergår redogörelsen av rättsfall till kategorin av rättsfall som närmast anknyter till artikel 6.1 a) och *villkor för uppsägning*.

Målet *C-411/05 Palacios de la Villa* handlade om en kollektivavtalsbestämmelse som innebar obligatorisk pensionering vid uppnådd pensionsålder under förutsättning att arbetstagaren hade rätt till ålderspension. Pensionsåldern var i nationell rätt fastslagen till 65 år. Kollektivavtalsbestämmelsens giltighet grundade sig på nationell lagstiftning som tillät denna typ av kollektivavtalsklausuler. Den för uppsatsen relevanta tolkningsfrågan som besvarades var huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för en nationell bestämmelse som tillåter kollektivavtalsbestämmelser vari obligatorisk pensionering stadgas i samband med att en arbetstagare uppnår pensionsålder. Under förutsättning att arbetstagaren uppfyller kraven för ålderspension.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Ibid, p. 56-65.

¹⁴⁶ Ibid, p. 66-78.

¹⁴⁷ Direktiv 1999/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete.

¹⁴⁸ Mål C-427/06 p. 25 (Bartsch).

¹⁴⁹ Mål C-411/05 p. 48 (Palacios de la Villa).

Domstolen konstaterade att det inte föreligger något krav enligt artikel 6.1 på att den nationella lagstiftningens syfte är preciserat. Vid avsaknad av sådan precisering erinrar domstolen om att det är viktigt att det föreligger en möjlighet att fastställa syftet utefter andra tolkningsdata. I förehavande fall skedde detta genom en genomgång av bakgrunden till bestämmelsens tillkomst vilket anförts av den hänskjutande domstolen. Syftet som anfördes var att genom lagstiftningen, vilken innebar en reglering av arbetsmarknaden, minska arbetslösheten. Syftet bedömdes vara legitimt eftersom det rörde sysselsättningspolitik som uttryckligen nämns i artikel 6.1. Syftet ligger även i linje med unionens mål att arbete mot en hög sysselsättningsgrad. Vid proportionalitetsbedömningen erinrade domstolen om att såväl medlemsstaterna som arbetsmarknadens parter, på nationell nivå, tillerkänns ett stort utrymme för skönmässig bedömning vid val av medel för att uppnå ett legitimt syfte. Inom utrymmet ankommer det på den som förfogar över medlet, i detta fall lagstiftaren, att genom en intresseavvägning hitta jämvikt mellan förkommande intressen. Domstolen bedömde att den aktuella lagstiftningen som medel för att uppnå det aktuella syftet uppfyllde kraven på lämplighet och nödvändighet. Särskilt påpekades, avseende intresseavvägningen, att lagstiftningens tillämpning inte medförde en överdriven kränkning av arbetstagarnas berättigade intresse eftersom deras rätt till ålderspension beaktades.¹⁵⁰

Domstolen besvarade därför tolkningsfrågan med att artikel 6.1 inte ska tolkas så att den utgör ett hinder för nationell lagstiftningen som tillåter en sådan kollektivavtalsbestämmelse som avhandlats ovan.¹⁵¹

Målet *C-341/08 Petersen* rörde en nationell bestämmelse som innebar att tillståndet för att vara praktiserande läkare respektive tandläkare inom den allmänna vården automatiskt drogs in under kvartalet då läkaren fyllde 68 år. Bestämmelsen var belagd med fyra undantag. Den för uppsatsen relevanta tolkningsfrågan vilken besvarades av domstolen var huruvida en nationell bestämmelse som stadgade en högsta åldersgräns för att praktisera ett yrke, i detta fall tandläkare inom allmänvården, kunde innebära berättigad särbehandling enligt artikel 6.1. Av den hänskjutna tolkningsfrågans framgick att bestämmelsens syfte var att garantera patientsäkerheten inom den allmänna vården och att åldersgränsen var baserad på en schablonbild av att prestationsförmågan sjunker efter en viss ålder. Frågan förutsatte även att bestämmelsen inte medgav utrymme för hänsyn till den individuella prestationsförmågan.¹⁵²

Bedömningen inleddes med konstaterandet att syftet som framkommit i tolkningsfrågan inte är det enda anförda. Den hänskjutande domstolen hade även anført att bestämmelsens syfte var att fördela arbetstillfällena mellan generationer samt att upprätthålla en ekonomisk balans inom det nationella sjukvårdssystemet.¹⁵³ Bedömningen enligt artikel 6.1 prövades enbart emot

¹⁵⁰ Ibid, p. 52-76.

¹⁵¹ Ibid, p. 77.

¹⁵² Mål C-341/08 p. 30 (Petersen).

¹⁵³ Ibid, p. 38.

syftet att fördela arbetstillfällena mellan generationer eftersom övriga syften behandlades utifrån artikel 4.1 i direktivet. Syftet att fördela arbetstillfällena mellan generationer bedömdes vara legitimt eftersom det var av sysselsättningspolitisk art, särskilt avseende främjandet av ungas tillträde till arbetsmarknaden. Avseende bedömningen om bestämmelsen uppfyllde kravet på proportionalitet konstaterades att bestämmelsen mot, bakgrund av utrymmet för medlemsstatens skönmässiga bedömningar och de undantag som bestämmelsen var befäst, med både var lämplig och nödvändig. Bedömningen förutsatte dock att det fanns ett överskott av tandläkare, eller en latent risk för ett sådant överskott, inom den allmänna tandvården. Bedömning av huruvida denna förutsättning förelåg ankom på den nationella domstolen.¹⁵⁴

Tolkningsfrågan besvarades således att artikel 6.1 ska tolkas så att den inte utgör ett hinder för sådan lagstiftning som avhandlats ovan förutsatt förutsättning att den nationella domstolen finner att de faktiska omständigheterna grundar att proportionalitetskravet är uppfyllt.¹⁵⁵

Målet *C-45/09 Rosenblatt* handlade om ett anställningsavtal som innehöll en klausul om att anställningsavtalet upphörde vid uppnådd pensionsålder som var 65 år. Anställningsavtalsklausulen hade stöd i ett kollektivavtal. De för uppsatsen relevanta frågeställningarna som besvarades var huruvida artikel 6.1 skulle tolkas så att den utgjorde ett hinder för att i nationell rätt, eller i kollektivavtal, tillåta anställningsavtalsklausuler vari stadgas att anställningsavtalet automatiskt upphör gälla vid uppnådd pensionsålder.¹⁵⁶

Först besvarades frågeställningen rörande den nationella lagstiftningen. Den nationella bestämmelsen aktualiserades eftersom den reglerade berättigad särbehandling på grund av ålder. Domstolen bedömde att den i allt väsentligt var ekvivalent med artikel 6.1 i direktivet. Den nationella bestämmelsen innehöll en exemplifiering av berättigad särbehandling vari en utformning motsvarande den i anställningsavtalsklausul fanns medtagen. Från dess lydelse kunde inte slutsatsen dras att nyttjandet av en sådan klausul stadgade en avgångsskyldighet. Avtalsfrihet mellan parterna att i anställningsavtalet regler hur detta påverkas av uppnådd pensionsålder ansågs föreligga. Förhållandet att artikel 6.1 inte innehåller något motsvarande exempel i dess andra stycke har ingen avgörande betydelse för bedömningen av huruvida den nationella bestämmelsen är i strid med direktivet eftersom uppräkningsen i direktivet enbart är avsedd att vara vägledande. Som framgick i målet *Age Concern England* föreligger ingen skyldighet enligt direktivet att i nationell lagstiftning ge exempel på berättigad särbehandling. Förhållandet att en medlemsstat har valt en avfattning som innehåller en exemplifiering påverkar inte bedömningen av huruvida kraven enligt artikel 6.1 är uppfyllda.

¹⁵⁴ Ibid, p. 65-77.

¹⁵⁵ Ibid, p. 78.

¹⁵⁶ Mål C-45/09 p. 36 respektive p. 54 (Rosenblatt).

Vid fastställandet av den nationella lagstiftningens syfte utgick domstolen från vad som anförts av den hänskjutande domstolen respektive den tyska regeringen. Dessa anförde att syftet var att upprätthålla ett arbetsmarknadssystem som grundade sig på tanken att sysselsättningen skulle fördelas mellan generationer. Ett sådant syfte bedömdes vara legitimt eftersom det grundar sig på beslut inom ramarna för den nationella sysselsättnings- och arbetsmarknadspolitik. Avseende kravet på proportionalitet påpekades att bestämmelsen även beaktade rätten till ålderspension för att vara tillämplig. Mot bakgrund av den företagna bedömningen i *Palacios de la Villa* bedömdes kravet på proportionalitet vara uppfyllt. Bedömningen innebar att artikel 6.1 ska tolkas så att den inte utgör ett hinder för tillämpningen av den nationella bestämmelsen. I sammanhanget erinrar domstolen om att bedömningen inte ska ha resultera i att anställningsavtalsklausuler om automatisk uppsägning vid uppnådd pensionsålder undantas effektiv domstolsprövning. Varje enskilt fall måste bedömas utifrån de krav som uppställs genom artikel 6.1.¹⁵⁷

Vid bedömningen avseende kollektivavtalsbestämmelsen bör särskilt påpekas betydelsen av domstolens erinran om att det inte bara är medlemsstaterna som tillerkänns ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar rörande mål och medel utan även arbetsmarknadens parter på nationell nivå.¹⁵⁸ Domstolen konstaterade även att under förutsättning att en bestämmelses syfte inte är preciserat ankommer det på domstolen att fastställa dess syfte utifrån andra tolkningsdata. De syften som framfördes av den hänskjutande domstolen var att främja yngre arbetstagares möjlighet till sysselsättning samt att underlätta för planeringen av rekryteringsförfaranden. Eftersom domstolen i målet redan konstaterat att syftet att främja tillgången av sysselsättning för unga genom åtgärder som fördelar sysselsättningen mellan generationer var legitim övergick domstolen till proportionalitetsbedömningen av kollektivavtalsbestämmelsen. Härom erinrade domstolen om att kollektivavtalsbestämmelsen var ett resultat av förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter. Dessa har anförtrotts uppgiften av via kollektiva förhandlingar utforma kollektivavtalsbestämmelser grundade i en avvägning mellan berättigade intressen. Mot bakgrund av det skönsmässiga utrymme dessa parter erkänns vid val av åtgärd för att uppnå det anförda syftet ansågs kollektivavtalsbestämmelsen vara ett lämpligt medel. Vid bedömningen av huruvida kollektivavtalsbestämmelsen gick utöver vad som var nödvändigt anfördes att personer vars anställningsavtal upphör vid uppnådd pensionsålder därefter var skyddad mot åldersdiskriminering på arbetsmarknaden. Därigenom exkluderades inte personen i fråga från arbetsmarknaden. Därav bedömdes kravet på nödvändighet vara uppfyllt och därmed även kravet på proportionalitet.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Mål C-45/09 p. 37-53 (Rosenbladt).

¹⁵⁸ Ibid, p. 41.

¹⁵⁹ Ibid, p. 54-76.

Sammantaget besvarades båda tolkningsfrågorna med att artikel 6.1 ska tolkas så att den inte utgör ett hinder för varken en nationell bestämmelse eller en kollektivavtalsbestämmelse som tillåter anställningsavtalsklausuler som stadgar att avtalet automatiskt upphör vid uppnådd pensionsålder.¹⁶⁰

De förenade målen *C-250/09 och C-268/09 Georgiev* handlade om nationell lagstiftning som inskränkte möjligheterna för professorer som fyllt 65 år att vara anställda på annat än visstid. Visstidsanställning för dessa var bara möjlig ett år i taget och anställningsavtalet var bara möjligt att förnya två gånger. En avgångsskyldighet förelåg även då professorn uppnått 68 års ålder. Den för uppsatsen intressanta tolkningsfrågan som besvarades var huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för tillämpningen av nationell lagstiftning som inskränker möjligheten för professorer som fyllt 65 år att vara tillsvidareanställda samt föreskriver en avgångsskyldighet vid 68 års ålder.¹⁶¹

Domstolen konstaterade att den nationella lagstiftningen saknade ett preciserat syfte. Syftet gick därför fastställas utifrån andra tolkningsdata. De syften som anfördes av den bulgariska regeringen respektive universitetet där den nationella tvisten uppkom var oprecist formulerade. Innebörden av det anförda var i princip att syftet motsvarade vad som i artikel 6.1 anges som berättigat. Vilket bemöttes med skepsis av domstolen. Mot bakgrund av att domstolen inte var övertygad om att dessa syften speglade de verkliga förhållandena bestämdes utgångspunkten för syftet utifrån vad som i målet anförts av EU-kommissionen m.fl. Dessa anförde att syftet var att säkerställa en hög kvalitet på undervisningen och att uppnå balans mellan generationerna avseende professorstjänsterna. Domstolen bedömde att lagstiftningen möjligen var motiverad av något av dessa syften och att de i så fall skulle bedömas vara legitima enligt artikel 6.1. De faktiska omständigheterna ankom på den nationella domstolen att bedöma. Vid proportionalitetsbedömningen separerades de aktuella bestämmelserna åt. Först bedömdes bestämmelsen om avgångsskyldighet och därefter bestämmelsen om begränsningen till visstidsanställning.

Domstolen konstaterades att en övre åldersgräns kan vara lämplig i syfte att fördela arbetstillfällen mellan generationer och refererar till domstolens bedömning i målet *Petersen*. Domstolen bedömde att likheterna till det refererade målet gjorde det möjligt att analogvis dra slutsatser från den tidigare bedömningen. Slutsatsen blev att den övre åldersgränsen bedömdes vara lämplig som medel för att uppnå de syften som ankom på den nationella domstolen att avgöra om de speglade verkligheten. Den övre åldersgränsen bedömdes även uppfylla kravet på nödvändighet. Bedömningen motiverades av att de berörda professorerna enligt bestämmelsen hade möjligheten att vara yrkesverksamma under en förhållandevis lång tid efter uppnådd pensionsålder och att lagstiftningen även beaktade att professorn vid anställningens upphörande var berättigad till ålderspension. I sammanhanget ankom det på den nationella domstolen

¹⁶⁰ Ibid, p. 77.

¹⁶¹ Förenade målen *C-250/09 och C-268/09* p. 25 (Georgiev).

att bedöma vissa faktiska förhållanden. Skulle denna utredning röja att lagstiftningens åtskillnad mellan professorer och lektorer respektive övriga universitetslärare inte var nödvändig, sett till lagstiftningens syfte, skulle utfallet bli det motsatta.¹⁶²

Proportionalitetsbedömning avseende bestämmelsen som begränsade möjligheten till anställning efter 65 års ålder till visstidsanställning om ett år i taget under maximalt 3 år ansågs av domstolen likna den som företagits i målet *Mangold*. I *Mangold* bedömdes möjligheten att tidsbegränsa anställningar efter 52 års ålder. Domstolen bedömde dock att skillnaden mellan de aktuella reglerna i respektive fall var tillräckligt stora för att utesluta slutsatser baserade i den tidigare bedömningen. Skillnaderna bestod i att den aktuella bestämmelsen även beaktade rätten till pension och att det var en väsentlig skillnad i år mellan åldersgränserna. En professor kunde enligt den aktuella lagstiftningen vid erbjudandet om visstidsanställning som substitut för tillsvidareanställning således välja att avgå med rätt till pension. Lagstiftningen avseende de tidsbegränsade avtalen ansågs därmed utgöra ett lämpligt och nödvändigt medel för att uppnå de syften som överlämnades på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida de förelåg. Det ankom i likhet med den tidigare behandlade bestämmelsen på den hänskjutande domstolen bedöma nödvändigheten mot bakgrund av eventuella inkonsekvenser avseende särbehandlingen mellan professorer och lektorer respektive andra universitetslärare.¹⁶³

Sammanfattningsvis besvarades frågeställningen att artikel 6.1 ska tolkas så att de inte utgör hinder för tillämpningen av de nationella bestämmelserna under förutsättning att den nationella domstolen bedömer att de premisser från vilka domstolen företog sin bedömning är med verkligheten överensstämmande.¹⁶⁴

De förenade målen *C-159/10 och C-169/10 Fuchs och Köhler* handlade om delstatslagstiftning som stadgade att tjänstemän med livslång anställning pensionerades vid uppnådd pensionsålder såvida inte en förlängning var motiverad av tjänstens intresse. Beviljades en förlängning enligt lagstiftningen fanns en övre åldersgräns på 68 år varefter en avgångsskyldighet stadgades. Den för uppsatsen intressanta tolkningsfrågan som besvarades var huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för lagstiftning inom en medlemsstat som stadgar om automatisk pensionering vid 65 års ålder för tjänstemän med livslång anställning med den enda möjligheten att kvarvara i anställning till 68 års ålder om det krävdes av intresse för tjänsten.¹⁶⁵

Bedömning inleddes med att fastställa lagstiftningens syfte eftersom detta inte var preciserat. I likhet med vad som tidigare uttalats av domstolen är det domstolens uppgift att vid avsaknad av precisering med hjälp av andra

¹⁶² Ibid, p. 35-56.

¹⁶³ Ibid, p. 57-67.

¹⁶⁴ Ibid, p. 68.

¹⁶⁵ Förenade målen *C-159/10 och C-160/10* p. 32 (Fuchs och Köhler).

tolkningsdata fastställa syftet med lagstiftningen.¹⁶⁶ Vid fastställandet framkom att den aktuella lagstiftningen, vid dess tillkomst, motiverades av en presumtion att personer över 65 års ålder inte längre var arbetsföra. Enligt delstatens ombud motiverades inte lagstiftningen längre av denna presumtion. Att presumtionen blivit övergiven bekräftades även av annan, senare antagen, lagstiftning. Ombuden för delstaten anförde att lagstiftningen numera motiverades av andra syften. Domstolen medgav i sammanhanget att en lag genom rättsutvecklingen kan sättas i ett nytt sammanhang och därigenom grunda sig på ett annat syfte än vid dess tillkomst. Förhållandet att en bestämmelses syfte vid tidpunkten för bedömningen inte är detsamma som dess tillkomst påverkar inte bedömningen av huruvida det nuvarande syftet kan vara berättigat enligt artikel 6.1. Inte heller förhållandet att flera syften anförts påverkar bedömningen i negativ riktning. Att flera syften åberopas och tillsammans ligger till grund för en bestämmelse kan bero på att de samspelar eller att de föreligger med olika prioritet. De syften som anfördes av den hänskjutande domstolen som substitut för den obsoleta presumtionen var inrättandet av en ”lämplig åldersstruktur”¹⁶⁷, underlättandet av personalplanering avseende rekrytering och pensionsavgångar, främjandet av anställningsmöjligheter för yngre och att undvika tvister om arbetsförhet vid uppnådd pensionsålder. Lagstiftningens huvudsakliga syfte var enligt delstaten och den tyska regeringen inrättandet av en lämplig åldersstruktur. Med lämplig åldersstruktur åsyftades i detta fall, rörande åklagaryrket, att åklagare i såväl början som slutet av sin karriär bör vara verksamma jämsides för att kunna utbyta kunskaper och erfarenheter utifrån olika perspektiv för att höja kvalitén på verksamheten. De i bestämmelsen stadgade åldersgränserna utgjorde i detta ett verktyg för att uppnå en balans mellan generationerna och genom att främja yngres tillträde till yrket. Domstolen bedömde att det anförda utgjorde ett legitimt syfte enligt artikel 6.1. Eftersom domstolen bedömde att lagstiftningen hade ett legitimt syfte följde bedömningsledet avseende proportionalitetskravet. Domstolen bedömde att lagstiftningen var lämplig mot bakgrund av yrkets särskilt höga kvalificeringskrav samt förhållandet att anställningsformen var konstitutionell och på livstid. Lagstiftningen ansågs inte heller gå utöver vad som var nödvändigt för att uppnå dess syfte. Motiveringen till bedömningen var att särbehandlingen inte innebar att åklagarnas berättigade intressen kränktes på ett orimligt sätt. Grunden för bedömningen var att åklagarna då de uppnådde åldersgränsen kunde pensioneras med en skälig pension. De var inte heller förhindrade att fortsätta sitt yrkesliv då de även efter uppnådd pensionsålder vara skyddade mot åldersdiskriminering på arbetsmarknaden.¹⁶⁸

Domstolen besvarade således tolkningsfrågan med artikel 6.1 ska tolkas så att den inte utgör ett hinder för sådan lagstiftning som avhandlats ovan.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Se exempelvis bedömningarna i målen *Palacios de la Villa*, *Petersen* och *Rosenblatt*.

¹⁶⁷ Förenade målen C-159/10 och C-160/10 p. 47 (*Fuchs* och *Köhler*).

¹⁶⁸ *Ibid*, p. 56-74.

¹⁶⁹ *Ibid*, p. 75.

Målet *C-447/09 Prigge m.fl* handlade om en kollektivavtalsbestämmelse som stadgade en övre åldersgräns på 60 år för att vara verksam som pilot. Piloternas anställningsavtal upphörde enligt kollektivavtalsbestämmelsen vid den uppnådda åldern. Den för uppsatsen intressanta tolkningsfrågan besvarades vara huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för nationell lagstiftning som tillåter tillämpningen av en kollektivavtalsbestämmelse som innebär en övre åldersgräns på 60 år för att vara verksam pilot och som är motiverad av flygsäkerhetsskäl.¹⁷⁰

Domstolen konstaterade inledningsvis att det anförda syftet med kollektivavtalsbestämmelsen var att garantera flygsäkerheten. Ett sådant syfte bedömdes inte vara av sådan socialpolitisk art som krävs enligt artikel 6.1. Eftersom syftet att garantera flygsäkerheten inte utgjorde ett berättigat syfte enligt artikel 6.1 besvarades tolkningsfrågan att artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för nationell lagstiftning som tillåter tillämpningen av en sådan kollektivavtalsbestämmelse som avhandlats ovan.¹⁷¹

Målet *C-141/11 Hörnfeldt mot Posten AB* handlade om den så kallade 67-årsreglen i LAS vilken utgörs av lagens 32a § och 33 §. Regeln ger arbetstagaren rätt att arbeta till slutet av den månaden då denne fyller 67 år. Vid denna tidpunkt, då rätten löper ut, har arbetsgivaren enligt regeln en ovillkorlig rätt att avsluta anställningen. Den för uppsatsen intressanta tolkningsfrågan som besvarades av domstolen var huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för nationell lagstiftning, motsvarande ”67-årsreglen”, som ger arbetsgivaren rätten att avsluta arbetstagarens anställning enbart grundat på att denna har fyllt 67 år.¹⁷²

Domstolen inledde sitt svar enligt samma bedömningsmodell som i tidigare mål genom att fastställa lagstiftningens syfte. Lagstiftningens syfte var inte preciserat vilket innebar att domstolen övergick till att fastställa dess syfte utifrån andra tolkningsdata. Den hänskjutande domstolen respektive den svenska regeringen hade i målet anført att lagstiftningens syfte var att bereda plats för yngre arbetstagare på arbetsmarknaden och att undvika förödmjukande uppsägningar på grund av ålder. Dessa syften, i synnerhet avseende syftet att främja ungas sysselsättning, bedömdes vara berättigade enligt artikel 6.1. Domstolen bedömde även, utan närmare motivering, att dessa syften uppfyllde kraven att på ett objektivet och rimligt sätt motivera den särbehandling lagstiftningen innebär. De bedömdes alltså vara legitima enligt 6.1. Vid proportionalitetsbedömningen ansågs kravet på lämplighet vara uppfyllt. Bedömningen skedde mot bakgrund av det stora skönsrättsliga utrymme som tillerkänns medlemsstaterna och arbetsmarknadens parter. Lagstiftningen bedömdes utgöra en lämplig åtgärd för att undvika förödmjukande uppsägningar och för att främja sysselsättningen hos yngre åldersgrupper. Domstolen bedömde även att kravet på nödvändighet var uppfyllt eftersom arbetstagarkollektivets

¹⁷⁰ Mål C-447/09 p. 36 (Prigge m.fl.).

¹⁷¹ Ibid, p. 77-83.

¹⁷² Mål C-141/11 p. 19 (Hörnfeldt mot Posten AB).

berättigade intressen inte skadades på ett orimligt sätt genom lagstiftningen. Domstolen hänvisade till målet *Rosenbladt* vari regler som i högre grad inskränkte arbetstagares berättigade intresse bedömdes vara proportionella.¹⁷³

Tolkningsfrågan besvarades således att artikel 6.1 ska tolkas så att den inte utgör ett hinder för nationell lagstiftning som motsvarar den svenska lagstiftningen i LAS.¹⁷⁴

I målet *C-286/12 Kommissionen mot Ungern* förde Europeiska kommissionen talan om fördragsbrott mot Ungern avseende underlåtelse att uppfylla skyldigheterna enligt arbetslivsdirektivet. Fördragsbrottet förelåg enligt kommissionen på grund av en lagändring som sänkte åldersgränsen för obligatorisk pensionering från 70 till 62 år för domare, åklagare och innehavare av ämbetet notarius publicus. Lagstiftningen uppfyllde enligt kommissionen inte de krav som uppställs enligt artikel 6.1.¹⁷⁵

Bedömningen inleddes med att fastställa lagändringens syfte. Syftet var inte preciserat vilket innebar att domstolen övergick till att fastställa syftet utifrån andra tolkningsdata. Enligt Ungern var lagändringens huvudsakliga syfte att inrätta en lämplig åldersstruktur vilket innefattade en balansering av arbetstillfällen mellan generationer. Utöver detta syfte gjordes även gällande att lagändringen syftade till att göra reglerna inom den offentliga sektorn enhetlig avseende obligatorisk pensionering samt att kvalitetssäkra verksamheterna inom rättsväsendet. Domstolen konstaterade att lagändringens syften kunde jämföras med de som bedömdes vara legitima i målet *Fuchs och Köhler*. Av konstaterandet följde att de anförda syftena bedömdes vara legitima enligt artikel 6.1. Vid proportionalitetsbedömningen ansågs lagändringen vara lämplig i förhållande till syftet att uppnå enhetlighet. Domstolen bedömde dock att det inte var visat att lagändringen var nödvändig för att uppnå detta syfte. Motiveringen till detta var att den sänkta åldersgränsen för obligatorisk pensionering kunde ske stegvis. En betydande sänkning som med 8 år utan nyttjandet av övergångsbestämmelser var skydd för de berördas berättigade intressen kunde stadgas ansågs gå längre än nödvändigt. Avseende syftet att inrätta en lämplig åldersstruktur bedömde domstolen att åtgärden möjligtvis var lämplig på kort sikt men inte på lång sikt. På lång sikt framstod den som olämplig eftersom lagändringen innebar en omedelbar föryngring av yrkeskåren följt av en stagnation. Stagnationen skulle vara extra påtaglig eftersom andra aktuella lagändringar skulle höja åldern för obligatorisk pensionering för yrkesgrupperna inom en snar framtid. Eftersom lagändringen inte bedömdes vara en lämplig uppfyllde den inte kravet på proportionalitet enligt artikel 6.1.¹⁷⁶

¹⁷³ Ibid, p. 22-47.

¹⁷⁴ Ibid, p. 48.

¹⁷⁵ Mål C-286/12 p. 18-22 (Kommissionen mot Ungern).

¹⁷⁶ Ibid, p. 55-79.

Sammanfattningsvis kan konstateras att lagändringen inte uppfyllde de krav som föreskrivs i artikel 6.1 för att utgöra en berättigad särbehandling på grund av ålder. Underkännandet bestod i bristande proportionalitet. Särbehandlingen som lagändringen innebar konstaterades stå i strid med proportionalitetsprincipen och kommissionens talan om att Ungern underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktivet bifölles.¹⁷⁷

Den interna indelningen övergår nedan till redogörelsen av rättsfall som närmast anknyter till *löne- och ersättningsvillkor* inom den kategoriska exemplifieringen i artikel 6.1 a).

Målet *C-499/08 Andersen* handlade om en nationell bestämmelse som undantog rätten till avgångsvederlag vid uppsägning för tjänstemän som vid anställningens upphörande var berättigade till folkpension och som sedan före 50 års ålder hade varit ansluten till en av arbetsgivaren betald pensionsförsäkring. Rätten till särskilt avgångsvederlag var förbehållna arbetstagare som hade varit anställda på samma företag i minst 12 år. Den hänskjutna tolkningsfrågan av intresse för uppsatsen var huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör hinder för sådan nationell lagstiftning.¹⁷⁸

Bedömningen inleddes med att fastställa bestämmelsens syfte. Enligt den hänskjutande domstolen var syftet med avgångsvederlaget att underlätta för äldre arbetstagare i övergångsfasen till annan sysselsättning. Begränsningen i rätten till detta avgångsvederlag vilade på tanken att personer som med rätt till folkpension i regel valde att lämna arbetsmarknaden. Den danska regeringen anförde att begränsningen syfte var att undvika att arbetsgivaren var skyldig att dubbelkompensera de arbetstagare som blev uppsagda. Domstolen bedömde att begränsningen i rätten till avgångsvederlag hade ett legitimt syfte med hänvisning till att en sådan särbehandling på grund av ålder motsvarar vad som föreskrivs i den exemplifierade kategorin i artikel 6.1 andra stycket a). Vid proportionalitetsbedömningen konstaterade domstolen att begränsningen i rätten till avgångsvederlag inte framstod som uppenbart olämplig. Motiveringen till bedömningen var att dess utformning låg i linje med syftet att särskilt skydda de arbetstagare som på grund av sin långa anställning i företaget hade särskilt svårt att erhålla en ny anställning. Begränsningens utformning svarade även mot det anförda syftet att undvika dubbelkompensation. Däremot bedömdes lagstiftningen vara mer långtgående än vad som var nödvändigt för att uppnå dess syften. Domstolen bedömde att den begränsade rätten till avgångsvederlag innebar att intresset hos äldre arbetstagare som avsåg fortsätta sitt yrkesliv skadades på ett orimligt sätt. Hjälpen att övergå i en ny sysselsättning som avgångsvederlaget syftar till att utgöra undantogs från de äldre arbetstagarna vilket inskränkte denna grups legitima intressen på ett orimligt sätt.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Ibid, p. 80-81.

¹⁷⁸ Mål C-499/08 p. 17 (Andersen).

¹⁷⁹ Ibid, p. 25-48.

Tolkningsfrågan besvarades således med att artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för en sådan nationell lagstiftning som avhandlas ovan eftersom den går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå lagstiftningens syfte och därigenom inte uppfyller kravet på proportionalitet.¹⁸⁰

Målet *C-152/11 Odar* handlade om en beräkningsmetod för hur ett avgångsvederlags storlek fastställdes. Metoden beaktade personens ålder och ingick i ett företagsinternt trygghetssystem. Företagssystemet vari beräkningsmetoden stadgades hade tagits fram tillsammans med företrädare för arbetstagarna under en företagsrekonstruktion. Den för uppsatsen relevanta tolkningsfrågan som domstolen besvarade var huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för bestämmelser i ett företagsinternt trygghetssystem som stadgar att avgångsvederlag för arbetstagare som fyllt 54 år och som sagts upp av ekonomiska skäl ska beräknas utifrån tidpunkten för tidigast möjliga pensionering. En sådan beräkning skiljer sig från den ”vanliga” beräkningsmodellen som utgår från anställningstiden inom företaget. Ytterligare en förutsättning enligt tolkningsfrågan är att avgångsvederlagets storlek understiger det som hade beräknats enligt den vanliga modellen och att ett minsta belopp motsvarande hälften av beräkningen enligt den vanliga modellen garanteras.¹⁸¹

Domstolen inledde återigen sitt svar enligt bedömningsmodellen som tidigare använts vari det första steget är att fastställa den aktuella bestämmelsernas syfte. Eftersom syftet med bestämmelserna som reglerar beräkningsmetoden inte framgår utgick domstolen utifrån andra tolkningsdata. Utredningen resulterade i att domstolen fastställde att bestämmelsen hade ett flertal syften. De syften som domstolen bedömde vara legitima enligt artikel 6.1 var att inom ramarna för den ekonomiska begränsning som fanns för omsättningsplanen, som var en del i företagsomstrukturering, särskilt skydda de yngre arbetstagarna genom att erbjuda kompensation för framtiden och därigenom underlätta återinträde på arbetsmarknaden. Även syftet att undvika dubbelkompensation för personer med rätt till ålderspension ansågs vara legitimt mot bakgrund av domstolens bedömning av ett liknande syfte i målet *Ole Andersen*. Bestämmelserna bedömdes inte utgöra en olämplig åtgärd för att undvika dubbelkompensation och erbjuda ett starkare skydd för en den utsatta grupp arbetstagare. Eftersom den alternativa beräkningsmodellen var behäftad med ett garanterat minsta belopp som motsvarar hälften av utfallet från beräkningen av den vanliga modellen bedömdes den inte gå utöver vad som var nödvändigt. Vid bedömningen beaktades även att bestämmelserna var ett resultat av förhandlingar som skett mellan arbetsmarknadens parter och att dessa hade anförtrots uppgiften att genom kollektiva förhandlingar finna välbalanserade avvägningar mellan motstående berättigade intressen.¹⁸²

¹⁸⁰ Ibid, p. 49.

¹⁸¹ Mål C-152/11 p. 30 (Odar).

¹⁸² Ibid, p. 37-53.

Sammanfattningsvis så besvarades tolkningsfrågan med att artikel 6.1 ska tolkas så att den inte utgör ett hinder för sådana bestämmelser som avhandlats ovan.¹⁸³

De förenade målen *C-297/10 och C-298/10 Hennigs och Mai* handlade om en kollektivavtalsbestämmelse, tillämplig för offentliganställda, vari stadgades att grundlönen vid nyanställning beräknades utifrån vilken åldersgrupp som den nyanställde placerades i. Nyanställda som hamnade i åldersgrupper med högre ålder erhöll enligt kollektivavtalet högre lön. Den för uppsatsen relevanta frågeställningen som besvarades var huruvida artikel 6.1 skulle tolkas så att den utgör ett hinder för tillämpningen av en sådan kollektivavtalsbestämmelse.¹⁸⁴

Inledningsvis erinrade domstolen att kraven enligt artikel 6.1 även gäller för arbetsmarknadens parter. Därefter fastställdes bestämmelsens syfte utifrån de uppgifter som anförts av den hänskjutande domstolen och den tyska regeringen. Dessa anförde att syftet var att upprätta ett system för ingångslöner som tog hänsyn till yrkeslivserfarenhet. Domstolen bedömde att ett sådant syfte var att anse som legitimt enligt artikel 6.1. Däremot ansåg domstolen avseende kravet på proportionalitet att en ordning där anställningstid eller yrkeserfarenhet utgjorde grunden för differentiering av ingångslöner snarare än ålder hade varit bättre lämpad. Av bedömningen följde att kollektivavtalsbestämmelsen gick utöver vad som var lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet att ta hänsyn till yrkeslivserfarenhet.¹⁸⁵

Tolkningsfrågan besvarades således att artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för tillämpningen av en sådan kollektivavtalsbestämmelse som avhandlades i målet eftersom den inte uppfyllde kravet på proportionalitet.¹⁸⁶

Målet *C-546/11 Dansk Jurist* handlade om en nationell bestämmelse som undantog rätten till beredskapslön vid uppsägning för statstjänstemän som fyllt 65 år om uppsägningen berodde på att tjänsten dragits in. Den för uppsatsen relevanta tolkningsfrågan som besvarades var huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för en nationell bestämmelse som undantar statstjänstemän som fyllt 65 år från rätten att erhålla beredskapslön på grund av att de har uppnått åldern för folkpension.¹⁸⁷

Bedömning inleddes med att fastställa syftet med bestämmelsen utifrån vad som anfördes av den danska regeringen. Det anförda syftet var att säkerställa tjänstemännens oberoende ställning genom att skydda dem mot otillbörliga externa påtryckningar under tiden de kvarvarar under arbetsgivarens förfogande. Syftet med att exkludera tjänstemän med rätt till ålderspension var enligt regeringen huvudsakligen att förhindra missbruk av

¹⁸³ Ibid, p. 54.

¹⁸⁴ Förenade målen *C-297/10 och C-298/10* p. 52 (*Hennigs och Mai*).

¹⁸⁵ Ibid, p. 60-77.

¹⁸⁶ Ibid, p. 78.

¹⁸⁷ Mål *C-546/11* p. 47 (*Dansk Jurist*).

rätten till beredskapslön. Regeringen anförde även att denna grupp av tjänstemän inte var i lika stort behov av ekonomiskt skydd då ålderspensionen utgjorde ett rimligt ekonomiskt substitut för beredskapslönen. Dessa syften bedömdes vara legitima, inte minst på grund av att dess starka anknytning till den exemplifierade kategorin i artikel 6.1 andra stycket a). Avseende kravet på proportionalitet bedömde domstolen att lagstiftningen utgjorde ett lämpligt medel att uppnå dess syfte. Bedömningen grundade sig på att det inte bedömdes orimligt att begränsa rätten till inkomsts substitut för lön till de tjänstemän som inte kunde erhålla något annat ekonomiskt substitut. Dessa hade annars fått ställa sig till arbetsmarknadens förfogande vilket hade riskerat att de inte var tillgängliga för nyanställning av den statliga arbetsgivaren om ett sådant tillfälle presenterat sig. Vid bedömningen om bestämmelsen gick utöver vad som var nödvändigt för att uppnå dess syfte bedömde domstolen att det fanns mindre ingripande åtgärder som hade varit lika ändamålsenliga. Exempelvis en ordning där beredskapslönen utgick i de fall då en tjänsteman som fyllt 65 år tillfälligt avstod från ålderspension till förmån för att fortsätta vara yrkesverksam. Missbruk kunde i en sådan ordning beivras i de fall då någon avstått ålderspension till förmån för beredskapslön men sedan avstått tillträde till en erbjuden anställning.¹⁸⁸

Domstolen besvarade således tolkningsfrågan att artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för sådan nationell lagstiftning som avhandlats ovan eftersom den inte uppfyller kravet på nödvändighet.¹⁸⁹

Målet *C-476/11 HK Danmark* handlade om ett ålderskriterium inom ramen för ett företags tjänstepensionssystem. Anslutningen till pensionssystemet skedde genom anställningsavtal. Pensionssystemet stadgade att arbetsgivaren, som en del av lönen, gjorde pensionsinbetalningar vilka höjdes i takt med den anställdes ålder. De i målet hänskjutna tolkningsfrågorna avsåg undantaget från förbudet mot åldersdiskriminering i artikel 6.2. Domstolen fann att tvistefrågan som rörde pensionsinbetalning inte omfattades av sagda artikel. Domstolen ansågs sig i sammanhanget inte förhindrad att tillhandahålla tolkningsunderlag som inte uttryckligen ingick i de hänskjutna frågorna då ett behov av detta förelåg för att kunna avgöra den nationella tvisten. Därför bedömde domstolen huruvida särbehandlingen på grund av ålder kunde berättigas enligt artikel 6.1.¹⁹⁰

Domstolen erinrade inledningsvis om att utrymmet för skönsmässiga bedömningar även gäller för ett tjänstepensionssystem utformning trots att tjänstepensionssystemet saknar anknytning till lagstiftning eller kollektivavtal. Eftersom syftet med bestämmelsen i tjänstepensionssystemet inte var preciserat fastställdes det utifrån vad som anfördes av företaget respektive den danska regeringen. Syftet som anfördes var att tillförsäkra att arbetstagare som anställs vid en förhållandevis hög ålder har möjligheten att, under en förhållandevis kort period, ackumulera ett rimligt

¹⁸⁸ Ibid, p. 48-73.

¹⁸⁹ Ibid, p. 74.

¹⁹⁰ Mål C-476/11 p. 54-56 (HK Danmark).

pensionssparande. Pensionssystemets utformning innebar samtidigt att yngre arbetstagare vid ett tidigt skede i deras karriär kunde integreras i systemet men genom att betala en mindre procentsats förfoga över en större disponibel inkomst. Det övergripande syftet med bestämmelsen i tjänstepensionssystemets var att möjliggöra att alla anställda vid uppnådd pensionsålder förfogar över ett rimligt pensionssparande. Delvis motiverades ökningen av inbetalningsbeloppet även av att täcka riskerna för dödsfall, allvarligt sjukdom eller dylikt som ökar med åldern. Dessa syften bedömdes vara legitima enligt artikel 6.1 med motiveringen att säkerställandet av att hela personalen vid uppnådd pensionsålder förfogade över ett rimligt pensionssparande är av sådan socialpolitisk art som anges i artikeln. Avseende kravet på proportionalitet uttalade domstolen att tjänstepensionssystemets utformning som innebar ålderprogression i pensionsinbetalningarna var lämplig eftersom den möjliggjorde ackumulerande av ett rimligt pensionskapital för de som anslutits till systemet sent i sin yrkeskarriär samtidigt som inkluderade yngre arbetstagare under mindre ekonomiskt betungande former. Avseende kravet på nödvändighet anförde domstolen att denna bedömning ankom på den nationella domstolen att företa eftersom omständigheterna bedömningen bygger på låg utanför domstolens behörighet att bedöma.¹⁹¹

Bedömningen enligt artikel 6.1 var sammanfattningsvis att den ska tolkas så att den inte utgör ett hinder för tillämpningen av ett sådant tjänstepensionssystem som beskrivits ovan under förutsättning att de särbehandlande bestämmelserna däri uppfyller kravet på proportionalitet. Proportionalitetsbedömningen ankommer på den nationella domstolen att avgöra utefter omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁹²

Förenade målen *C-501/12*, *C-506/12* och *C-541/12 Specht m.fl.* handlade om en nationella bestämmelser som reglerade utformningen av ett lönesystem för statliga tjänstemän. Lönens storlek i lönesystemet beräknades utifrån ”tjänsteålder”¹⁹³ istället för anställningstiden. Målet innehöll två, för uppsatsen intressanta, tolkningsfrågor som kommer redogöras för var för sig. Den första frågeställningen var huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för en nationell bestämmelse som vid rekrytering inordnar tjänstemän inom den offentliga sektorn i olika grundlöneklasser baserat på deras ålder.¹⁹⁴

Eftersom något syfte inte fanns preciserat utgick domstolen i sin bedömning utifrån vad som anfördes av den tyska regeringen. Syftet som framfördes var att säkerställa en enhetligt administrativt praxis genom nyttjandet av en schablonmässig metod för att beakta tidigare yrkeserfarenheter utifrån ålder. Med hänvisning målet *Hennigs och Mai* bedömde domstolen att ett syfte som innebar att tidigare erfarenheter belönades var att anse som legitimt på grundvall av dess lönepolitiska karaktär. I likhet med bedömningen i

¹⁹¹ Ibid, p. 57-68.

¹⁹² Ibid, p. 69.

¹⁹³ För begreppets definition enligt lagstiftningen se p. 13 i målet.

¹⁹⁴ Förenade målen *C-501/12*, *C-506/12*, *C-541/12* p. 38 (*Specht m.fl.*).

Hennigs och Mai underkändes kravet på proportionalitet med motsvarande motivering.¹⁹⁵

Den andra tolkningsfrågan i målet var huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för nationell lagstiftning som reglerar omplaceringen mellan ett gammalt och ett nytt lönesystem för offentliganställda tjänstemän som varit anställda innan bytet av lönesystem. Bytet av lönesystem skedde genom en lagändring och enligt övergångsbestämmelserna skulle omplaceringen till det nya systemet baseras på grundlönen i det tidigare systemet vari tjänstemännens grundlön fastställdes på ett sätt som var åldersdiskriminerande. Även tjänstemännens löneutveckling påverkades av omplaceringen då uppflyttning i löneskalan enligt övergångsbestämmelserna bara grundade sig på erfarenhet som förvärvats efter lagändringen. Den hänskjutande domstolen ställde sig frågande till om en sådan ordning innebar att åldersdiskrimineringen från det tidigare systemet upprätthölls och om det i så fall kunde berättigas enligt artikel 6.1.¹⁹⁶

Vid bedömningen av vilket syfte övergångsbestämmelserna hade utgick domstolen från vad som anfördes av den hänskjutande domstolen och den tyska regeringen. Dessa anförde att syftet med övergångsbestämmelserna var att skydda arbetstagarnas intressen vilket ansågs legitimt av domstolen med hänvisning till motsvarande bedömning i målet *Hennigs och Mai*. Avseende kravet på proportionalitet bedömdes övergångsbestämmelserna utgöra ett lämpligt medel för att uppnå det anförda syftet med motiveringen löneförluster för tjänstemännen kunde undvikas genom tillämpningen av övergångsbestämmelserna. Övergångsbestämmelserna bedömdes även uppfylla kravet på nödvändighet eftersom det vad nödvändigt av ekonomiska skäl att använda en sådan schablonmässigt bedömningsmodell. Domstolen erinrade om att ökade kostnader och administration i sig inte kunde rättfärdiga åldersdiskriminerande förfaranden. Men domstolen bedömde att det inte heller att det kunde krävas att varje enskild individ inom ett system tillerkändes en retroaktiv prövning. Genomförandet av detta hade varit ekonomiskt och administrativt ohållbart. Under rådande omständigheter bedömde domstolen därför att lagstiftaren hade handlat inom de gränser för skönmässiga bedömningar som åtnjuts av densamme.¹⁹⁷

Sammanfattningsvis besvarades den första frågan med att artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för sådan nationell lagstiftning som vid rekrytering av statliga tjänstemän indelade dessa i olika grundlöneklasser grundat i ålderskillnader eftersom den gick längre än vad som var nödvändigt för att uppnå dess syfte.¹⁹⁸ Den andra frågan besvarades med att artikel 6.1 ska tolkas så att den inte utgör ett hinder för de övergångsbestämmelser som stiftades i samband med byte av lönesystem

¹⁹⁵ Ibid, p. 44-51.

¹⁹⁶ Ibid, p. 53.

¹⁹⁷ Ibid, p. 61-85.

¹⁹⁸ Ibid, p. 52.

och som upprätthöll särbehandling på grund av ålder genom att utgå från lönesättningen enligt de äldre systemet.¹⁹⁹

Målet *C-20/13 Unland* handlade om samma övergångsbestämmelser som i *Specht m.fl.* och tolkningsfrågorna var väldigt likartade. Även utfallet i de för uppsatsen relevanta delarna blev detsamma.²⁰⁰

Målet *C-530/13 Schmitzer* handlade om nationell lagstiftning som reglerar lönenivåerna för statligt anställda tjänstemän. Lagstiftningen i fråga, nedan ”ändringslagen”, stiftades mot bakgrund av vad domstolen fastslagit i målet *Hütter* och i syfte att avskaffa den lagstiftning som enligt domstolens tolkning i målet var åldersdiskriminerande.²⁰¹ Den för uppsatsen relevanta tolkningsfrågan som besvarades var huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör hinder för nationell lagstiftning vars syfte är att avskaffa åldersdiskriminering, bestående av regler vari erfarenheter förvärvade innan 18 års ålder inte beaktades, men som för dessa tjänstemän innehöll tidsbegränsningar i möjligheten till uppflyttning i löneklass.²⁰²

Domstolen inledde sin bedömning med att fastställa lagstiftningens syften vilket enligt den hänskjutande domstolen var att upprätthålla en effektiv administration, att skydda tjänstemännens berättigade förväntningar och förvärvade rättigheter. Den österrikiska regeringen underströk att lagens utformning delvis motiverades av budgethänsyn. Domstolen påpekade att budgethänsyn och administrativ effektivitet inte är berättigade mål i sig men att detta inte utesluter att de kan beaktas parallellt eller i samband med andra socialpolitiska överväganden. Beträffande syftet att skydda berättigade förväntningar och förvärvade rättigheter för de tjänstemän som gynnades av det tidigare systemet bedömde domstolen att detta syfte var av sådan socialpolitisk art som medför att syftet är berättigad enligt artikel 6.1. I förhållande till den grupp av tjänstemän som missgynnades på grund av ålder i det nya systemet, trots att syftet med ändringen var att avskaffa sådan särbehandling, bedömde domstolen att lagstiftningens syfte inte kunde motiveras på ett objektivt och rimligt sätt. Lagstiftningens syfte var därför inte legitimt enligt artikel 6.1.²⁰³

Artikel 6.1 ska alltså tolkas så att den utgör ett hinder för sådan nationell lagstiftning som avhandlats ovan eftersom den bibehåller åldersdiskriminering trots att dess syfte är att avskaffa densamma vilket inte kan motiveras på ett objektivt och rimligt sätt.²⁰⁴

¹⁹⁹ Ibid, p. 86.

²⁰⁰ Se särskilt mål C-20/13 p. 33 samt p. 42-44. (Unland).

²⁰¹ Mål C-530/13 p. 11 (Schmitzer).

²⁰² Ibid, p. 25.

²⁰³ Ibid, p. 36-44.

²⁰⁴ Ibid, p. 45.

4.5.1.3 Rättsfall med anknytning till artikel 6.1 b)

Artikel 6.1 b) som utgör en kategorisk exemplifiering av berättigade särbehandlingar lyder:

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

Målet *C-88/08 Hütter* handlade nationell lagstiftning som särbehandlade yngre arbetstagare. Lagstiftningen innebar att lärlingstid som förvärvats innan 18 års ålder inte beaktades vid inledning i löneklasser vid ett senare tillträde till en offentlig anställning. Tolkningsfrågan som är av intresse för uppsatsen och som besvarades var huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för tillämpningen av sådan nationell lagstiftning.²⁰⁵

Bedömningen inleddes med att fastställa bestämmelsens syfte vilket i huvudsak var att upprätta ett incitament för genomförandet av allmän gymnasieutbildning. Utöver detta anfördes att syftet med bestämmelsen var att underlätta inträdet på arbetsmarknaden för unga personer som genomfört en yrkesutbildning. Dessa syften bedömdes vara av sådan socialpolitisk art som åsyftas i artikel 6.1 eftersom de rör sysselsättningspolitik, arbetsmarknaden och yrkesutbildning vilket innebär att de är berättigade enligt artikeln. De bedömdes vara legitima eftersom de överensstämde med de exemplifierade kategorierna i artikel 6.1 andra stycket a) respektive b). Avseende kravet på proportionalitet underkändes lagstiftningen på grund av att den inte bedömdes vara lämplig. Bedömningen berodde på att sambandet mellan bestämmelsens innehåll och det anförda syftet var bristfällig. Domstolen anförde att de syften som åberopats var motstridiga då de samtidigt avsåg främja de båda grupperna på bekostnad av den andra. Avseende syftet att inte missgynna personer som valt att genomgå en gymnasieutbildning framhöll domstolen att ålderskriteriet var olämpligt eftersom dess tillämpning innebar att två personer som genomfört samma typ av studier kunde behandlas olika enkom på grund av åldersskillnader. Istället hade en alternativ utformning av lagstiftningen, vari det avgörande kriteriet istället var valet av studietyp, varit mer lämplig. Lagstiftningen bedömdes inte heller vara ett lämpligt medel för att underlätta inträdet på arbetsmarknaden för unga personer som genomgått yrkesutbildning eftersom bestämmelsen inte tog hänsyn till personens ålder vid anställningstillfället.²⁰⁶

Domstolen besvarade således tolkningsfrågan med att artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör hinder för tillämpningen av sådan nationell lagstiftning som avhandlats ovan.²⁰⁷

²⁰⁵ Mål C-88/08 p. 17 (Hütter).

²⁰⁶ Mål C-88/08 p. 40-50 (Hütter).

²⁰⁷ Ibid, p. 51.

Målet *C-555/07 Kücüdeveci* handlade om nationell lagstiftning som stadgade att anställningstid förvärvad innan en arbetstagare fyllt 25 år inte beaktades vid beräkningen av den lagstadgade uppsägningstiden. Den för uppsatsen relevanta tolkningsfrågan som bevarades var huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för nationell lagstiftning som inte beaktar anställningsperiod innan 25 års ålder vid beräkandet av uppsägningstid.²⁰⁸

Inledningsvis fastställdes lagstiftningens syfte utifrån vad som anförts av den hänskjutande domstolen vilket var att tillerkänna arbetsgivarna ett större mått av personalflexibilitet genom att differentiera nivån av anställningsskydd mellan äldre och yngre arbetstagare. Lagstiftningen som tillkom 1926 var till sin utformning ett resultat av företagen kompromiss mellan flera politiska intressen. Begränsningen som påverkade de yngre arbetstagarna valdes framför att höja skyddsnivån för samtliga arbetstagare avseende uppsägningstider. Domstolen bedömde, utan särskild motivering av huruvida syftet var objektivet och rimligt motiverat, att lagstiftningens syfte var legitimt då det skedde inom ramarna för medlemsstatens sysselsättning- och arbetsmarknadspolitik. Bestämmelsen bedömdes däremot inte uppfylla kravet på proportionalitet eftersom bestämmelsen inte beaktade vid vilken ålder som en uppsägning sker. Därav ansågs lagstiftningen utgöra ett olämpligt medel för att uppnå dess syfte.²⁰⁹

Tolkningsfrågan besvarades att artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för sådan lagstiftning som har avhandlats ovan eftersom den inte uppfyller kravet på lämplighet.²¹⁰

Mål *C-529/13 Felber* handlade om nationell lagstiftning som undantog utbildningsperioder, innan tillträdet till en statlig tjänstemannaanställning, före 18 års ålder från att vara pensionsgrundande. Enligt lagstiftningen beaktades studier innan 18 år ålder om dess fullgörande gjordes efter den uppnådda åldern av 18 år. Den för uppsatsen relevanta tolkningsfrågan var huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder sådan nationell lagstiftning.²¹¹

Lagstiftningens syfte fastställdes vara att upprätthålla ett enhetligt system för den tidpunkt då pensionsavgifter börjar erläggas vilket i förlängningen påverkar vid vilken ålder pensionsförmåner kan åtnjutas. Begränsningen som stadgades genom lagstiftningen motiverades av att personer i regel inte är verksamma på ett sätt som föranleder pensionsinbetalningar innan de fyllt 18 år. Det var inte heller möjligt att tillträda en statlig tjänst innan 18 års ålder. Att vissa perioder innan anställningsperioden ska tillgodoräknas motiverades av att tjänstemän som fullgjort högre utbildningar inte ska missgynnas, avseende pensionsunderlag, i förhållande till de tjänstemän som inte behövt genomgå någon sådan utbildning för att vara

²⁰⁸ Mål C- 555/07 p. 18 (Kücüdeveci).

²⁰⁹ Ibid, p. 33-42.

²¹⁰ Ibid, p. 43.

²¹¹ Mål C-529/13 p. 18 (Felber).

anställningsbara. Med hänvisning till *Kommissionen mot Ungern* bedömde domstolen lagstiftningens syfte var legitimt. Vid bedömningen om kravet på proportionalitet var uppfyllt bedömde domstolen att bestämmelsen var lämplig. Bedömningen grundade sig i förhållandet att den lägsta åldern för att tillträda en statlig tjänst var 18 år och att det därför det inte var möjligt att vara ansluten till det aktuella pensionssystemet innan 18 års ålder. Lagstiftningen bedömdes även uppfylla kravet på nödvändighet. Till skillnad från bedömningen målet *Hütter* reglerade lagstiftningen utbildningsperioder och inte anställningsperioder. Skillnaden bedömdes vara väsentlig eftersom utbildningsperioder inte föranleder att någon pensionsinbetalning.²¹² Den hänskjutna tolkningsfrågan besvarades således att artikel 6.1 inte ska tolkas så att den utgör ett hinder för en sådan nationell lagstiftning som avhandlats ovan.²¹³

4.5.1.4 Rättsfall med anknytning till artikel 6.1 c)

Artikel 6.1 c) som utgör en kategorisk exemplifiering av berättigade särbehandlingar lyder:

”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.”

Målet *C-416/13 Pérez* handlade om regional lagstiftning som stadgade en högsta åldersgräns på 30 år för att söka och bli antagen till tjänsten som polis vid den lokala polismyndigheten. Den hänskjutna tolkningsfrågan av relevans för uppsatsen var huruvida artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för lagstiftning som anlägger en högsta åldersgräns på 30 år vid rekrytering av poliser till den lokala polismyndigheten.²¹⁴

Domstolen konstaterade att syftet med den regionala lagstiftningen inte var preciserat vilket innebar att det fick fastställas utifrån andra tolkningsdata. Det fastslagna syftet som anfördes av den spanska regeringen var att uppnå en jämn åldersfördelning. Mot bakgrund av att inget anförts om att detta syfte inkluderade främjandet av nyanställningar bedömdes syftet inte vara berättigat enligt artikel 6.1. Den hänskjutande domstolen hade även anført att lagstiftningens syfte tangerade vad som förskrivs i artikel 6.1 c) om högsta åldersgräns, motiverad av utbildningen som krävs för tjänsten eller behovet av en längd av den förväntade anställningsperioden innan pensionering eller omplacering. Domstolen konstaterade att den nationella domstolen är ensamt behörig att tolka den nationella rättens tillämpning. Mot bakgrund av detta konstaterande och med beaktan av att artikel 6.1 c) nämner motsvarande syften som anförts av den nationella domstolen

²¹² Ibid, p. 28-39.

²¹³ Ibid, p. 40; Se även mål C-417/13 (Starjakob) för en närmast identisk bedömning.

²¹⁴ Mål C-416/13 p. 26 (Pérez).

bedömdes lagstiftningen ha ett legitimt syfte. Däremot bedömdes lagstiftningen varken vara lämplig eller nödvändigt för att uppnå något av de syften som finns i artikel 6.1 c) och som anförts av den hänskjutande domstolen. Bedömningen motiverades av att det i målet inte framkommit något stöd för att lagstiftningen utgjorde ett proportionerligt medel för att uppnå endera av de anförda syftena.²¹⁵

Av bedömningen följer att artikel 6.1 ska tolkas så att den utgör ett hinder för en sådan lagstiftning som avhandlas ovan eftersom den inte uppfyller kravet på proportionalitet.²¹⁶

4.5.2 Arbetsdomstolens tillämpning av 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen

Diskrimineringsgrunden ålder är relativt ny i svensk rätt. Den infördes vid diskrimineringslagens tillkomst vilket har haft effekten att det finns förhållandevis lite rättspraxis från prejudicerade instans där 2 kap. 2 § 4 DiskL har tillämpas.²¹⁷

Det första målet där 2 kap. 2 § 4 DiskL prövades var i *AD 2011 nr 37*. Bakgrunden i målet var att flygbolaget SAS hade sagt upp personal på grund av arbetsbrist. Av de uppsagda fanns 25 kabinanställda vars uppsägning grundade sig på en så kallad avtalsturlista²¹⁸. Avtalsturlistan hade tagit fram genom förhandlingar mellan lokala parter på arbetsmarknaden. Den innebar att valet av vilka anställda som skulle sägas upp grundades på huruvida de var pensionsberättigade enligt gällande kollektivavtals mening. Enligt kollektivavtalet inträdde rätten till tjänstepension vid 60 års ålder. De anställda som sades upp genom avtalsturlistan undantogs även företrädesrätten till återanställning. Den överenskomna avtalsturlistan omfattade totalt 49 anställda som alla var pensionsberättigade.

AD inledde sin bedömning av huruvida berättigad särbehandlingen på grund av ålder förelåg enligt 2 kap. 2 § 4 DiskL med en kort genomgång av artikel 6.1 i direktivet, dess lydelse och huvudsakliga innebörd. AD anförde även att artikel 6.1 införlivats i svensk rätt genom 2 kap. 2 § 4 DiskL samt redogjorde för innehållet i skäl 25 i direktivet.

Bedömningen av huruvida särbehandlingen uppfyllde de krav som stadgas i 2 kap. 2 § 4 DiskL inleddes med att fastställa dess syfte. AD utgick från vad som framförts av svarande i målet, vilket var att syftet med särbehandlingen

²¹⁵ Ibid, p. 59-72.

²¹⁶ Ibid, p. 73-74.

²¹⁷ Här om kan noteras att reglerna om åldersdiskriminering avseende införlivandet av arbetslivsdirektivet skulle ha genomförts senast i slutet av 2006 men det dröjde till 1 januari 2009 innan så skedde genom införlivandet av DiskL.

²¹⁸ Tillämpningen av en avtalsturlista innebär ett avsteg från turordningsreglerna i 22 § LAS.

var att i största möjliga mån trygga försörjningsmöjligheterna för kabinkollektivet som helhet. Vid bedömningen om detta syfte var berättigat ställdes den aktuella särbehandlingen mot relevanta förarbetsuttalanden. Lagens proposition innehöll en rad exempel på berättigade särbehandlingsfall enligt bestämmelsen. Ett av dessa exempel var en situation som angränsade till den aktuella i målet. AD bedömde dock att det förelåg en avgörande skillnad mellan exemplet i förarbetsuttalandet, som handlade om förfarandet att erbjuda äldre arbetstagare förtidspension vid turordningsförhandlingar, och den aktuella situationen att SAS hade sagt upp de äldre arbetstagarna på grund av deras rätt till tjänstepension. Propositionen gav genom bedömningen inget stöd för att den aktuella särbehandlingen uppfyllde kraven enligt 2 kap. 2 § 4 DiskL. Däremot fann AD att det fastställda syftet mot bakgrund av EU-domstolens praxis var legitimt eftersom det innebar att sysselsättningsfördelningen mellan generationer främjades vilket anknyter till nationell sysselsättningspolitik.²¹⁹

Bedömningen av huruvida den särbehandlade åtgärden som företagits varit lämplig för att uppnå det fastslagna syftet gjordes med beaktan av att den så kallade ”67-årsregeln” i LAS är av tvingande karaktär. Avtal om avgångsskyldighet före 67 års ålder är ogiltiga. Mot den bakgrunden bedömde AD att förfarandet att upprätta den aktuella avtalsturlistan var att likställa med att kollektivavtalsvägen föreskriva avgångsskyldighet vid en ålder som är lägre än 67 år. En kollektivavtalsbestämmelse med den innebörden är således inte giltig. Därav bedömdes den särbehandlade åtgärden vara olämplig för att uppnå dess syfte. Följaktligen kunde inte särbehandlingen berättigas enligt 2 kap. 2 § 4 DiskL eftersom den inte uppfyllde kravet på lämplighet. AD fann även att uppsägningarna i realiteten inneburit tvångspensionering av de uppsagda arbetstagarna och att åtgärden därför inte bara varit olämplig utan även gick längre än vad som varit nödvändigt för att uppnå det fastställda syftet.

I AD 2015 nr 51 aktualiserades återigen frågan om tillämpningen av 2 kap. 2 § 4 DiskL. Bakgrunden till tvisten var att tre visstidsanställda arbetstagare, med så kallade behovsanställningar, fick beskedet att de inte skulle erbjudas förnyade visstidsanställningar. Beslutet skedde i samband med att de fyllde 70 år och berodde på att arbetsgivarens tillämpning av en företagspolicy. Anställningarna i fråga rörde arbete som busschaufförer respektive färdtjänst- och sjukresor som förare.

I likhet med AD 2011 nr 37 inleder AD sin bedömning av huruvida särbehandlingen kunde berättigas av 2 kap. 2 § 4 DiskL med att kort redogöra för arbetslivsdirektivet i allmänhet och artikel 6.1 i synnerhet samt förarbetsuttalanden till 2 kap. 2 § 4 DiskL.

²¹⁹ AD refererade till äldre rättspraxis (C-411/05 Palacios de la Villa och C-45/09 Rosenblatt) men EU-domstolen har även bekräftat att balansering av sysselsättning mellan generationer är ett berättigat syfte i nyare rättsfall; Se exempelvis C-286/12 *Kommissionen mot Ungern* som avhandlats ovan.

Vid bedömningen av huruvida ett berättigat syfte förelåg uttalade AD, med stöd i målet *Palacios de la Villa*, att vid avsaknad av ett specificerat syfte till särbehandlingen ankommer det på domstolen att fastställa ett syfte utifrån andra tolkningsdata. I förehavande fall grundade sig särbehandlingen på en företagspolicy. AD konstaterar att policydokumentet inte uttryckligen angett något syfte med särbehandlingen. Det var inte heller möjligt att härleda något syfte från motsvarande lagregler eller från tillämpliga kollektivavtal. Av de syften som framfördes av arbetsgivarparterna bedömde AD ett var med verkligheten överensstämmande. Det fastställda syftet var att värna om trafiksäkerheten. Ett sådant syfte utgjorde enligt AD, mot bakgrund av relevant EU-praxis, inte ett berättigat syfte enligt 2 kap. 2 § 4 DiskL. Eftersom 2 kap. 2 § 4 DiskL inte anger vilka syften som är att betrakta som berättigade söktes ledning i EU-domstolens praxis. Det utslagsgivande målet var *Prigge m.fl.* där EU-domstolen slog fast att uppräknningen i artikel 6.1 avseende socialpolitiska mål förvisso inte är uttömmande men att flygsäkerhet inte omfattas. AD:s bedömning av att trafiksäkerheten inte utgjorde ett berättigat mål byggde på analogin mellan flygsäkerhet och trafiksäkerhet. Därmed bedömdes särbehandlingen inte vara berättigad enligt 2 kap. 2 § 4 DiskL eftersom trafiksäkerhet inte utgör ett berättigat syfte.

4.6 De lege lata-analys av 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen

Jämfört med uppsatsens tidigare disposition där EU-rättsliga aspekter har behandlats före den nationella ordningen kommer analysen nedan att ha en omvänd ordning. Den omvända ordningen följer av att utgångspunkten för analysen är 2 kap. 2 § 4 DiskL och att tolkningsdata som krävs för att fastställa dess innebörd får en komplimenterande ställning vilket med fördel behandlas i ett andra led.

Uppsatsens utredning av 2 kap. 2 § 4 DiskL har omfattat dess förarbeten vari det enligt min uppfattning inte förkommer någon indikation på att bestämmelsen är avsedd att ha en högre skyddsnivå än vad som krävs för att uppfylla det minimiskydd som krävs av direktivet i allmänhet och artikel 6.1 i synnerhet. Av mitt ställningstagande på denna punkt följer att undantagets omfattning sannolikt inte är snävare, det vill säga att skyddet inte är mer långtgående, än vad som stadgas i artikel 6.1 i direktivet. Det är därför min uppfattning att den lägsta skyddsnivå som garanteras genom artikel 6.1 sammanfaller med den skyddsnivå som stadgas i 2 kap. 2 § 4 DiskL. Av min bedömning följer att innebörden av 2 kap. 2 § 4 DiskL är att likställa med innebörden av artikel 6.1. Någon potentiell diskrepans mellan dessa bestämmelser kommer således inte beaktas i analysen.

Av det nationella praxis som redovisats i uppsatsen, vilket inkluderar två fall från AD, är det inte möjligt att utläsa särskilt mycket rörande

innebörden av undantagsbestämmelsens rekvisit. Det är däremot möjligt att konstatera att AD har använt samma bedömningsmodell som utvecklats genom EU-domstolens praxis. Som tidigare påpekats har EU-domstolens praxis en avgörande roll för hur 2 kap. 2 § 4 DiskL ska tolkas. Detta eftersom dess tolkning ska ske direktivkonformt, förutsatt tolkningsutrymme finns, och om en sådan tolkning inte är möjligt ska den inte tillämpas.²²⁰ I de avhandlade rättsfallen från AD spelade EU-domstolens praxis en central roll vid bedömningen, även avseende rekvisitens materiella innehåll.²²¹ Den mest påtagliga skillnaden mellan bedömningar företagna av den nationella domstolen respektive EU-domstolen är, utöver processuella skillnader, att den nationella domstolen i sin bedömning även beaktar den nationella bestämmelsens förarbeten. Rättsfallens betydelse för att tolka gällande rätt består främst av indikationen på att AD använder den EU-rättsliga bedömningsmodellen. Som ett efterföljande led av denna slutsats kan de lege lata för 2 kap. 2 § 4 DiskL utredas på djupet med hjälp av EU-domstolens praxis som är mer omfattningsrikt.

Av EU-domstolens praxis²²² kan inledningsvis konstateras att en generell utformning, motsvarande den i 2 kap. 2 § 4 DiskL, vars grund är artikel 6.1 har godkänts av domstolen.²²³ Det kan även konstateras att den för uppsatsen relevanta bedömningsmodellen som utformats genom domstolens praxis förutsätter att en särbehandling på grund av ålder är fastslagen och att tvisten ligger inom direktivets tillämpningsområde. På samma sätt förutsätter bedömningen enligt 2 kap. 2 § 4 DiskL att ett särbehandlande förfarande varit för handen och att det skett inom tillämpningsområdet för bestämmelsen.²²⁴

EU-domstolens bedömningsmodell är uppbyggd av flera bedömningsled. Av gemensam betydelse för dessa är det stora utrymmet för skönsmässiga bedömningar som tillerkänns medlemsstaterna, däri verksamma parter på arbetsmarknaden och i viss mån även arbetsgivare.²²⁵ I relation till 2 kap. 2 § 4 DiskL som reglerar förhållanden där arbetsgivare är en av parterna bör det påpekas att arbetsgivaren i typfallet inte åtnjuter motsvarande skönsmässigt utrymme vid exempelvis utformningen av anställningsavtal. Däremot finns indikationer på att arbetsmarknadens parter eventuellt åtnjuter ett än större mått av skönsmässigt utrymme än medlemsstaterna.²²⁶

Det första bedömningsledet enligt bedömningsmodellen består av att avgöra vilket syfte särbehandlingen har haft. Finns inget syfte preciserat är det domstolens uppgift att fastställa ett utifrån andra tolkningsdata. Fastställandets former har utvecklats från att inledningsvis ha varit strikt

²²⁰ Se 2.1.

²²¹ Se 4.5.2.

²²² Se. 4.5.1.

²²³ Se mål C-388/07 (Age Concern England) i 4.3.1.

²²⁴ Se 2.2-2.3.

²²⁵ Se mål C-476/11 p. 60-61 (HK Danmark).

²²⁶ Haar & Rönmar: Intergenerational Bargaining, EU Age Discrimination Law and EU Policies – an Integrated Analysis s. 26.

historiskt, det vill säga utgått från förhållandet vid den särbehandlande bestämmelsens tillkomst, till att beakta den kontext som den befinner sig i vid bedömningstidpunkten.²²⁷ Anförts det att särbehandlingen har flera syften ankommer det på den nationella domstolen att avgöra vilket eller vilka som är med verkligheten överensstämmande. Förhållandet att en särbehandling kan ha flera syften innebär inte att samtliga måste vara berättigade i den mening som behandlas i nästa stycke. Att flera syften är möjliga följer av att dessa kan föreligga med olika prioritet eller att de samverkar.²²⁸

Det andra ledet i bedömningsmodellen består av att avgöra om det fastställda syftet är av sådan socialpolitisk art att det är berättigat. Enligt lydelsen i artikel 6.1 är särskilda exempel på berättigade syften sådana som rör sysselsättningspolitik, arbetsmarknaden eller yrkesutbildning. I EU-domstolens praxis finns bara en underkänd bedömning avseende bedömningsled. I det fallet var det fastställda syftet flygsäkerhet vilket inte ansågs berättigat.²²⁹ Motsvarande bedömning gjordes i *AD 2015 nr 51* fast då avseende trafiksäkerhet.

Det tredje ledet i bedömningsmodellen består av att avgöra om det berättigade syftet är legitimt, det vill säga om det på ett objektivet och rimligt sätt kan motivera särbehandlingen. Terminologin legitimt syfte används inte av domstolen. Det har använts av mig för att särskilja dessa två bedömningsled. EU-domstolens praxis är inte helt tydligt avseende huruvida särskiljningen är motiverad. I flera fall har bedömningen företagits i ett led men det finns även exempel på då bedömningarna separerats. I ett nyare rättsfall förstärktes min uppfattning att bedömningen sker i två led. I *Schmitzer* bedömdes det fastslagna syftet vara berättigat men det underkändes avseende kravet på att motivera särbehandlingen på ett objektivet och rimligt sätt.²³⁰ Att gränsdragningen bara varit av avgörande betydelse i ett fall talar för att EU-domstolen presumerar att ett berättigat syfte i typfallet också är legitimt. En sådan presumtion är möjligtvis beroende av hur nära anknytning omständigheterna i målet har med de kategoriska exemplen på berättigad särbehandling i artikel 6.1 andra stycket. I målet där gränsdragningen gjordes förelåg en anknytning till kategori a) genom att lönevillkor berördes men anknytningen var inte påtagligt stark.

Efterföljande led i bedömningsmodellen utgörs av en proportionalitetsbedömning. Kravet på proportionalitet innebär att det valda medlet för att uppnå det fastställda legitima syftet ska vara lämpligt och nödvändigt. Utfallet av proportionalitetsbedömningen är i hög grad beroende av förutsättningarna i det enskilda fallet vilket medför att generella slutsatser är svårt att dra. Möjligtvis kan urskiljas att anknytning styrka till någon av de exemplifierade kategorierna har en effekt på hur strikt

²²⁷ Se exempelvis de förenade målen C-159/10 och 160/10 p. 39-41 (Fuschs och Köhler).

²²⁸ Ibid, p. 44-46.

²²⁹ Se om mål C-447/09 (Prigge m.fl.) i 4.5.1.

²³⁰ Se särskilt mål C-520/13 p. 44 (Schmitzer).

proportionalitetsbedömning som tillämpas.²³¹ Enskilda eller kontextuella skillnader mellan två fall kan ha avgörande betydelse för huruvida ledning från tidigare fall är möjliga. Empirin talar för att proportionalitetsbedömningen är det bedömningsled som är mest utslagsgivande. Av elva fall av otillåten särbehandling på grund av ålder har bristande proportionalitet varit grunden i nio fall. Proportionalitetsbedömningen är indelad i två separata bedömningar avseende medlets lämplighet respektive nödvändighet för att uppnå dess syfte.

Lämplighetsbedömningen består i en objektiv bedömning av huruvida det finns ett orsakssamband särbehandlingen och de effekter som anläggs i dess fastställda syfte. Föreligger det brister i detta samband är kravet på lämplighet inte uppfyllt. I EU-domstolens praxis har en godkänd lämplighetsbedömning formulerats som att den inte är ”uppenbart olämplig”²³² vilket jag uppfattar som en indikation på att kravet på lämplighet, med beaktan av det skönmässiga utrymme som föreligger, inte är högt ställt. I fall där lämpligheten underkänts har EU-domstolen motiverat underkännandet genom att ange en alternativ utformning av särbehandlingen som varit bättre lämpad för att uppfylla dess syfte.²³³

Bedömningen av kravet på nödvändighet består i att avgöra om det hade varit möjligt att uppnå det fastställda syftet med mindre särbehandlande åtgärder. Bedömningen har i praxis fått vissa pragmatiska inslag vilka består i att EU-domstolen har accepterat att dessa inte väljs på grund av att de skulle vara svåra att finansiera eller administrera.²³⁴ Vid bedömningen om särbehandlingen har varit nödvändig görs vad som närmast kan betraktas som en ensidig intresseavvägning. EU-domstolen har tillämpat en bortre gräns för hur särbehandlande en åtgärd tillåts vara. Den bortre gränsen fastställs av att den särbehandlande gruppens berättigade intressen inte får kränkas eller inskränkas i en omfattning som är att anse som orimlig eller överdriven. Möjligtvis bedöms vad som är att anse som orimligt utifrån motstående intressen, vilket hade gett för handen att en intresseavvägning förelegat. Jag har dock inte funnit något uttryckligt stöd för denna uppfattning i EU-domstolens praxis. Intresseavvägningens ensidighet är möjligtvis ett logiskt utslag av att bedömningen av nödvändighet per definition har den drabbade partens intresse som utgångspunkt.

I de flesta mål från EU-domstolen där särbehandlingen inte uppfyllt kraven enligt artikel 6.1 har underkännandet berott på bristande proportionalitet. Om utfallet av domstolens bedömningar relateras till vilken anknytning som förelegat avseende de exemplifierade kategorierna i artikel 6.1 andra stycket a)-c) kan följande utläsas.

²³¹ Kilpatrick: The Court of Justice and Labour Law in 2010: A New EU Discrimination Law Architecture, *Industrial Law Journal*, Vol 40, No. 3 (2011) s. 291.

²³² Se exempelvis C-499/08 p. 35 (Andersen).

²³³ Se exempelvis C-88/08 p. 46-48 (Hütter).

²³⁴ Se exempelvis C-546/11 p. 70 (Dansk Jurist).

Vid anknytning till kategori a) har domstolen godkänt samtliga mål som rör obligatorisk pensionering eller avgångsskyldighet vid en ålder som tangerar eller överstiger den aktuella pensionsåldern. De mål med anknytning till kategorin och som underkänts har rör försvagat anställningsskydd vid 52 års ålder, en lagändring om obligatorisk pensionering som innebar att åldersgränsen sänktes från 70 till 62 år och avgångsskyldighet för piloter vid 60 års ålder. Utfallet i de två första målen berodde på bristande proportionalitet medan det sista målet underkändes på grund av att flygsäkerhet inte ansågs utgöra ett berättigat syfte.²³⁵ Under samma kategori men avseende lönevillkor var utfallet viktat mot fler underkännande än godkännande. Av åtta genomförda bedömningar godkändes tre. Av de fem resterande bedömningarna underkändes fyra på grund av bristande proportionalitet och en eftersom dess berättigade syfte inte var objektivt och rimligt motiverat. Utfallet av målen som anknöt till kategori b), vilken rör nedre åldersgränsen, var en godkänd bedömning och två underkända. De underkända bedömningarna bestod i bristande lämplighet då tid före 18 års ålder respektive 25 års ålder inte beaktades vid fastställande av lön respektive beräkningen av uppsägningstid. Avseende kategori c), vilken rör övre åldersgränser, var det bara ett mål där anknytning till kategorin förelåg. Målet handlade om en övre åldersgräns på 30 år för att utbildas till polis. Särbehandlingen underkändes både avseende lämplighet och nödvändighet.

Sammantaget torde det ovan anförda innebära att rekvisiten i 2 kap. 2 § 4 DiskL ska tillerkännas motsvarande innebörd som kan utläsas ur EU-domstolens praxis avseende tillämpningen av artikel 6.1. Förutsättningarna för bedömningen av bestämmelserna skiljer sig åt främst avseende dess tillämpningsområde, vilket för 2 kap. 2 § 4 DiskL innefattar alla åldersdiskriminerande förfaranden som en arbetsgivare företar.

Rekvisiten *berättigat syfte* i 2 kap. 2 § 4 DiskL motsvarar vad som i framställningen benämnts *legitimt syfte*. Kravet på ett legitimt syfte är uppfyllt om syftet är av socialpolitisk art samt kan motivera särbehandlingen på ett objektivt och rimligt sätt. Av kan EU-domstolens praxis kan utläsas att dessa krav är förhållandevis enkla att uppfylla. Proportionalitetsbedömningen som stadgas genom kravet på *lämplighet och nödvändighet* är utifrån det empiriska underlaget från EU-domstolen svårare att uppfylla. För att uppfylla kravet på *lämplighet* krävs att det föreligger ett objektivt orsakssamband mellan det legitima syftet och särbehandlings effekter. Kravet på *nödvändighet* är uppfyllt om det inte finns några mindre särbehandlande åtgärd, som inte är orimligt kostsam, som utgör ett lika ändamålsenligt medel för att uppnå det legitima syftet. Vid nödvändighetsbedömningen föreligger även en borte gräns för hur inskränkande en åtgärder tillåts vara. Åtgärden får inte innebära en orimligt, eller överdriven, kränkning av den särbehandlade gruppens berättigade intressen. Eftersom proportionalitetsbedömningen i hög grad är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet är det svårt att dra generella slutsatser av hur den har tillämpats. Möjligen kan särbehandlings karaktär och hur

²³⁵ Se om målen Mangold, Kommissionen mot Ungern och Prigge m.fl. i 4.5.1.

stark anknytning den har till någon av de exemplifierade kategorierna i artikel 6.1 andra stycket ha betydelse för hur strikt bedömning som tillämpas.

5 Förenligheten mellan 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen och principen om likabehandling och icke-diskriminering

5.1 Är 2 kap. 2 § diskrimineringslagen förenlig med principen om likabehandling och icke-diskriminering?

Nedan kommer innebörden av 2 kap. 2 § 4 DiskL, som fastställts i 4.6 sättas i relation till de olika tolkningarna av principen om likabehandling och icke-diskriminering samt dess innebörd i EU-rätten som redogjorts för i 3.4. Redogörelsens syfte är att avgöra i vilken mån innebörden av 2 kap. 2 § 4 DiskL är förenlig den allmänna rättsprincipen inom EU-rätten respektive med de olika tolkningarna av principen i vid mening.

I förhållande till principens betydelse som allmän rättsprincip inom EU-rätten är det min uppfattning att en specifik tillämpning av den allmänna rättsprincipen om icke-diskriminering på grund av ålder, som kan härledas ur principen om likabehandling, inte nödvändigtvis är förenlig med den övergripande principen om likabehandling. Ett synsätt där principens innebörd definieras av dess kodifierade tillämpning hade gett upphov till ett cirkelresonemang avseende dess innehåll. Sannolikt föreligger dock en synnerligen stark presumtion för att de bestämmelser som utgör en specifik tillämpning av principen om icke-diskriminering på grund av ålder inte strider mot den övergripande principen om likabehandling. Presumtionen ger för handen att 2 kap. 2 § 4 DiskL genom sin koppling till artikel 6.1 i direktivet med största sannolikhet är förenlig med den allmänna rättsprincipen om likabehandling inom EU-rätten.

I förhållande till den första tolkningen²³⁶, vari särbehandlande förfaranden tillåts under förutsättning att dess berättigande är rationellt motiverade är det min bedömning att 2 kap. 2 § 4 DiskL uppfyller detta krav. Kravet på rationalitet uppnås i min mening genom användandet av den ovan avhandlade bedömningsmodellen. Bedömningsmodellen inrymmer en mängd rationella övervägande.

²³⁶ Se 3.4.2.

I förhållande till den andra tolkningen²³⁷, vilken inbegriper en restriktivare syn på möjligheterna att berättiga särbehandling, är min bedömning att 2 kap. 2 § 4 DiskL är förenlig med tolkningen av principen. Tolkningens utgångspunkt är att principen om likabehandling och icke-diskriminering är ett verktyg för distributionen av särskilt viktiga kollektiva nyttigheter. Möjligheten till berättigad särbehandling exemplifierades i tolkningen utifrån innebörden av artikel 14 i EKMR. I artikel 14 stadgas en bedömningsmodell motsvarande den som används vid tillämpningen av 2 kap. 2 § 4 DiskL. Därav följer min bedömning att 2 kap. 2 § 4 DiskL är förenlig med principen enligt tolkningen.

Synen på berättigad särbehandling enligt den tredje tolkningen²³⁸ är än mer restriktiv. Utgångspunkten för tolkningen är att vissa karakteristiska särdrag, däribland ålder, inte ska tillåtas utgöra ett bedömningskriterium. Graden av restriktivitet avseende möjligheten till berättigad särbehandling varierar beroende av vilken diskrimineringsgrund det gäller. Särskilt avseende ålder som diskrimineringsgrund är det tydligt att det är den grund som erkänns lägst nivå av skydd enligt tolkningen. De krav som tolkningen uppställer för att särbehandling på grund av ålder ska kunna motiveras tangerar de som stadgas i 2 kap. 2 § 4 DiskL. Min bedömning är att 2 kap. 2 § 4 DiskL är förenlig med den tredje tolkningen av principen. Det är även den tolkning av principen vari principens innebörd och bestämmelsens utformning konvergerar. Vilket framstår som naturligt då den tredje tolkningen bygger på de synsätt som återfinns i de nationella diskrimineringsrätterna inom EU.

I förhållande till den fjärde tolkningen²³⁹, vilken är den som anlägger den högsta skyddsnivån för de grupper som inkluderas i skyddet av principen, är min uppfattning att innebörden av 2 kap. 2 § 4 DiskL inte är förenlig med tolkningen av principen. Tolkningens innebörd är inte fullt artikulerad. Innebörden av tolkningen är inte fullt artikulerat men av det som framförts i materialitet torde en strävan att uppnå de facto-jämlikhet inte inbegripa utrymme för strukturella undantag som försvårar att en sådan målsättning uppnås. Särskilt inte avseende undantag som även omfattar fall av indirekt diskriminering.

Sammanfattningsvis är det min uppfattning att 2 kap. 2 § 4 DiskL är förenlig med de tre första tolkningarna av principen om likabehandling och icke-diskriminering samt med principen som allmän rättsprincip inom EU-rätten. Däremot är min bedömning att den antagligen inte är förenlig med principen i den mening som den fjärde tolkningen representerar. Av denna slutsats följer, förutsatt att den fjärde tolkningen av principen får en självständig betydelse och att rättsutvecklingen går mot främjandet av ”de facto-equality” att en ändring av gällande rätt avseende 2 kap. 2 § 4 DiskL är motiverad. Den motiverade ändringens former är svåra att fastställa men de vida undantagsmöjligheter för berättigad särbehandling på grund av ålder som föreligger enligt gällande rätt hade varit tvungna att beskäras eller

²³⁷ Se 3.4.3.

²³⁸ Se 3.4.4.

²³⁹ Se 3.4.5.

möjligen tas bort helt och hållet. En möjlighet är att de lege ferenda enligt tolkning är att jämställa skyddsnivån avseende undantag från åldersdiskriminering med vad som gäller för övriga diskrimineringsgrunder. Det vill säga att undantaget från direkt diskriminering på grund av ålder togs bort medan berättigad särbehandling även fortsättningsvis var möjlig vid indirekt diskriminering.

5.2 Diskussionsunderlag de lege ferenda och diskrimineringsgrunden ålders särdrag

I bedömningen ovan av förenligheten mellan 2 kap. 2 § 4 DiskL och principen om likabehandling och icke-diskriminering beaktas diskrimineringsgrunden ålders särställning till viss del.²⁴⁰ Underlaget till tolkningarna av principen som har presenteras utgår i huvudsak från en samlad bedömning av samtliga diskrimineringsgrunder. I förhållande till den de lege ferenda diskussion som bedömningen av den fjärde tolkningens förenlighet med 2 kap. 2 § 4 DiskL ger upphov till ska ett tillägg göras avseende diskrimineringsgrunden ålders särställning göras.

Det är tydligt att diskrimineringsgrunden ålder särpräglas av dess klart lägre skyddsnivå jämfört med övriga diskrimineringsgrunder.²⁴¹ Att så är fallet har en historisk förklaring vilken är förenad med att förbudet mot åldersdiskriminering bygger på två dimensioner. Den ena dimensionen är ekonomisk och däri motiveras förbudet av samhällsekonomiska överväganden. Den andra dimensionen är social och anknyter till de mänskliga rättigheterna, specifikt individens rättighet att inte bli särbehandlat på grund av åldersstereotyper. Dessa dimensioner kan i vissa avseenden stå i konflikt med varandra. Det är utifrån traditionen inom dess ekonomiska dimension som den relativt låga skyddsnivån härstammar.²⁴² Den låga skyddsnivån är en effekt av balanseringen mellan den enskilda personens rättighet att inte bli diskriminerad utifrån åldersstereotyper, härrörande från dess sociala dimension, och allmänintresset av att upprätthålla gemensamma system på exempelvis arbetsmarknaden där ålder utgör en vedertagen norm för social stratifiering, vilket härrör från dess ekonomiska dimension.²⁴³ I min mening är det sannolikt att diskrimineringsgrundens särställning avseende skyddsnivån förblir oförändrat tills dess att diskrimineringsförbudet uteslutande motiveras utifrån dess sociala dimension. Mitt ställningstagande bygger på premissen

²⁴⁰ Se exempelvis 3.4.4 vari tolkningen särskilt beaktar de utökade undantagsmöjligheterna vid särbehandling på grund av ålder.

²⁴¹ Numhauser-Hennig: Åldersdiskriminering och andra anställningsskyddsrelaterade frågor i Vänbok till Ronnie Eklund s. 440.

²⁴² Numhauser-Hennig & Rönmar: Age Discrimination and Labour Law in a Comparative Perspective i Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law – A Swedish Perspective, s. 135 f.

²⁴³ Ibid, 117 f.

att en intressekonflikt mellan två motstående intressen av ekonomisk art alltid leder till en kompromiss eftersom de bygger på samma rationella grund som är kvantifierbar. Om konfliktsituationen istället bygger på olika logiska grunder vars värden inte är jämförbara är en kompromiss inte lika närstående. En samhällsekonomisk motivering vars syfte är att inskränka en mänsklig rättighet har sämre bäring om den mänskliga rättigheten inte är motiverad utifrån ekonomiska överväganden. Frikopplas rätten att inte bli åldersdiskriminerad från dess ekonomiska dimension och istället uteslutande motiveras från dess intrinsikala värde som mänsklig rättighet skulle möjligheten att motivera inskränkningar i rättigheten vara mindre än i nuläget. Relaterat till en de lege ferenda diskussion i ljuset av bedömningen av förenligheten mellan 2 kap. 2 § 4 DiskL och den fjärde tolkningen, skulle en sådan frikoppling från åldersdiskrimineringsförbudets ekonomiska dimension möjliggöra en rättsutveckling där undantaget från direkt diskriminering på grund av ålder togs bort. På så vis skulle nivån på skyddet mot åldersdiskriminering närma sig det som stadgas för de andra diskrimineringsgrunderna.

6 Slutsatser

Sammanfattningsvis kan konstateras att innebörden av principen om likabehandling och icke-diskriminering är beroende av i vilken kontext den förekommer. Principen i vid bemärkelse kan härledas ur folkrätten, EU-rätten och hur den har getts uttryck i de nationella rättsordningarna.

Inom EU-rätten är den övergripande principen om likabehandling en allmän rättsprincip vars tillämpning kan ta formen av snävare principer såsom principen om icke-diskriminering på grund av ålder. Den allmänna rättsprincipen om likabehandling anses tillhöra de grundläggande rättigheterna. Principens innebörd som allmän rättsprincip kan främst härledas utifrån hur den har kommit till uttryck unionens sekundärrätt, vilket arbetslivsdirektivet är ett exempel på, men dess innebörd är inte begränsad till hur den har givits uttryck. EU-domstolen har i möjligaste mån åberopat kodifierad rätt snarare än den allmänna rättsprincipen vid sina beslut. Särskilt då besluten utmanar gränserna för unionens politiska konsensus. Den allmänna rättsprincipens innebörd är i stora drag att lika fall ska behandlas lika medan olika fall ska behandlas olika. Undantag från detta måste kunna motiveras av objektivt godtagbara skäl.

Det är svårare att fastställa innebörden av principen i vid bemärkelse. Denna härleds från ett omfattande rättsligt material förkommande i ett brett spektra av sammanhang. I syfte att likväl besvara frågeställningen efter bästa förmåga har uppsatsen valt att utgå från ett teoretiskt ramverk bestående i en indelning av principens innebörd i fyra olika tolkningar. Indelningen bör inte betraktas som allmänt vedertagen. Tolkningarna har presenterats av två professorer som arbetar inom en grupp av experter EU-rättslig diskrimineringsrätt som ett utkast på en möjlig indelning. Gränserna mellan tolkningarna är inte avsedda att vara skarpa. Gränserna är delvis överlappande och porösa. Den första tolkningen utgör fundamentet från vilket resterande tolkningarna utgör varianter av, eller utvecklas ifrån. Den första tolkningen är allmänt hållen och utgår från principen om icke-diskriminering. Enligt tolkningen är principen om icke-diskriminering en allmän rättsprincip vars innebörd är att lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika såvida undantag kan berättigas av en objektivt godtagbar och rationell motivering. Tolkningen ger ingen ledning för hur bedömningar enligt densamma ska företas. Utgångspunkten för den andra tolkningen är att principen är ett verktyg för fördelningen av särskilt viktiga kollektiva nyttigheter. En särbehandling vid fördelningen av dessa måste kunna objektivt motiverad och vara proportionell. Den tredje tolkningen är den som närmast motsvarar principens innebörd inom EU-rätten. Det är också den tolkning av principen som är vanligast förekommande bland lagstiftare och rättstillämpare. Tolkningen är en vidareutveckling på den första tolkningen men med mer specificerade och långtgående krav. Tolkningens kärna är att särbehandling inte får förekomma om den grundar sig i någons karaktäristiska särdrag, ofta angivna som

diskrimineringsgrunder. Sådan särbehandling tillåts bara om den är motiverad av ett legitimt syfte och medlet för att uppnå detta är lämpligt och nödvändigt. Den fjärde tolkningen befinner sig i ett tidigt utvecklingsstadium. I jämförelse med övriga tolkningar är den största skillnaden att vad som tidigare varit negativa skyldigheter övergår till att vara positiva skyldigheter. I tidigare tolkningar har principen inneburit en negativ skyldighet att inte diskriminera medan den i den fjärde tolkningen innebär en positiv skyldighet att sträva efter ”de facto-equality”. Denna term är inte rättsligt definierad men min uppfattning är att den innebär att om distributionen av möjligheter i samhället missgynnar särskilda grupper så föreligger en skyldighet att genom aktivt handlade motverka detta. Vilket gäller oavsett om de strikt juridiska förutsättningarna inte är missgynnande för grupperna.

De slutsatser som har kunnat dras utifrån de lege lata analysen av 2 kap. 2 § 4 DiskL består i att innebörden av dess rekvisit och hur dessa bedöms korresponderar med motsvarigheten för artikel 6.1. Den största skillnaden dem emellan som bör beaktas är skillnaden i tillämpningsområde. Avseende 2 kap. 2 § 4 DiskL är detta arbetsgivares förfaranden.

Slutsatser rörande innebörden av rekvisiten i 2 kap. 2 § 4 DiskL är som följer. Ett *berättigat syfte* ska vara av socialpolitisk art och vara möjlig att motivera på ett objektivet och rimligt sätt. Kraven för att uppfylla rekvisiten kan ur EU-domstolens praxis utläsas vara förhållandevis lågt ställda. Desto svårare har det visat sig vara att uppfylla kravet på proportionalitet som består av rekvisiterna *lämplighet* och *nödvändighet*. Kravet på *lämplighet* består i att det ska föreligga ett objektivet samband mellan det särbehandlande förfarandets effekter och de berättigade syftet som föranleder dess tillämpning. Kravet på *nödvändighet* innebär att det inte ska finnas något förfarande som är mindre ingripande för den drabbade men lika ändamålsenligt för att uppnå det fastslagna syftet. Kravet på *nödvändighet* innefattar även en bortre gräns för hur inskränkande särbehandlingen får vara. Medför förfarandet att den särbehandlande gruppens berättigade intressen kränks på ett orimligt sätt är inte kravet på *nödvändighet* uppfyllt. Proportionalitetsbedömningen är till sin natur i hög grad beroende av omständigheterna i det enskilda fallet vilket ger handen att det är svårt att dra generella slutsatser om hur den ska företas. Möjligen kan ursköljas att graden av restriktivitet i bedömningen varierar mellan olika fall och att detta beror på särbehandlingsens karaktär och styrkan av dess anknytning till någon av de exemplifierade kategorierna i artikel 6.1 andra stycket.

Vid analysen av huruvida 2 kap. 2 § 4 DiskL är förenlig med principen om likabehandling och icke-diskriminering har följande slutsatser kunnat dras. Sett till principens innebörd som allmän rättsprincip inom EU-rätten kan konstateras att eftersom 2 kap. 2 § 4 DiskL bygger på EU-rättslig sekundärlagstiftning som utgör en specifik tillämpning av principerna om icke-diskriminering på grund av ålder, härledd ur den allmänna rättsprincipen om likabehandling, kan närmast uteslutas att dess innebörd

inte skulle vara förenlig med principen.

Om förenligheten istället bedöms mot principen i vid bemärkelse är utgångspunkten för bedömningen det teoretiska ramverk som använts i uppsatsen och som består av fyra olika tolkningar av principens innebörd. De olika tolkningarna av principen har olika utgångspunkter och perspektiv på principens innebörd men sammantaget utgör den första tolkningen en utgångspunkt för de övriga. Sett till innehållet i tolkningarna så förespråkar de i ökande grad ett restriktivt förhållningssätt till möjligheten att berättiga särbehandling. 2 kap. 2 § 4 DiskL uppfyller kravbilden enligt de tre första tolkningarna varav den tredje tolkningen är den som närmast motsvarar hur principens gets uttryck i bestämmelsen. Den fjärde tolkningen är fortfarande i ett tidigt utvecklingsstadium vilket gör det svårt att bedöma dess förenlighet med 2 kap. 2 § 4 DiskL. I min mening innebär tolkningen dock krav som inte uppfylls av de lege lata för 2 kap. 2 § 4 DiskL. Skulle en de lege ferenda diskussion följa mot bakgrunden av denna bedömning och i linje med den fjärde tolkningen innebär det att utrymmet för berättigad särbehandling på grund av ålder måste beskäras alternativt tas bort. Det är även min uppfattning att den rättsutveckling som då står närmast till hands är att begränsa undantagsmöjligheterna för berättigad särbehandling på grund av ålder till att enbart gälla för fall av indirekt diskriminering. En sådan rättsutveckling förutsätter sannolikt att förbudet mot åldersdiskriminering frikopplas från hur den motiverats utifrån en ekonomisk dimension.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU 1975:75 *Medborgerliga fri- och rättigheter.*

Ds 2008:23 *FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.*

Prop. 1997/98:82 *Europarådets sociala stadga.*

Prop. 2001/02:72 *Ändringar i regeringsformen – samarbetet i EU m.m.*

SOU 2006:22 *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning.*

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

Prop. 2013/14:198 *Bristande tillgänglighet som en form av diskriminering.*

Europarättsligt tryck

Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter (FRA): *En handbok i europeisk diskrimineringsrätt* (2011) Europeiska unionens publikationsbyrå.

Europeiska unionens officiella tidning: *Meddelanden och upplysningar – förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna* (2007) C 303, svensk utgåva.

McCrudden C. – Prechal S: *The Concepts of Equality and Non-Discrimination in Europe: A practical approach* (2009) European Commission Directorate-Generaal for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G.2.

O'Conneide, C: *Age discrimination and European Law* (2005) European Commission Directorate-Generaal for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit D.3.

Litteratur och publikationer

Bergström C. – Hettne J: *Introduktion till EU-rätten.* (2014) Studentlitteratur AB.

Fransson S. – Stüber E: *Diskrimineringslagen - En kommentar.* Andra upplagan (2015) Nordstedts Juridik AB.

Göransson H. - Flemström S. - Slorach M: *Diskrimineringslagen* (2009) Nordstedts Juridik AB.

Kleineman, Jan: *Rättsdogmatisk metod*, i: Korling F. – Zamboni M (red.) *Juridisk metodlära*. (2013) Studentlitteratur AB.

Numhauser-Hennig Ann: *Åldersdiskriminering och andra anställningsskyddsrelaterade frågor*, i: Vänbok till Ronnie Eklund (2010) Iustus Förlag.

Numhauser-Hennig Ann: *Kort normativ reflektion kring avgång med pension* (2012) publicerad inom ramarna för The Norma Research Programme om Äldrerätt.

Numhauser-Hennig & Rönmar: *Age Discrimination and Labour Law in a Comparative Perspective*, i: Globalisation, Fragmentation, Labour and Employment Law – A Swedish Perspective (2016) Iustus Förlag

Reichel, Jane: *EU-rättslig metod*, i: Korling F. – Zamboni M (red.) *Juridisk metodlära*. (2013) Studentlitteratur AB.

Sigeman T. – Sjödin E: *Arbetsrätten – En översikt*. Sjätte upplagan (2013) Nordstedts Juridik AB.

Tidskrifter

Jareborg, N: *Rättsdogmatik som vetenskap*. SvJT 2004.

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

Olsen, L: *Rättsvetenskapliga perspektiv*. SvJT 2004.

Sandgren, C: *Är rättsdogmatiken dogmatisk?* *Tidsskrift for rettsvitenskap*, Vol. 118.

Schiek, DG: *Age Discrimination before the ECJ – Conceptual and Theoretical issues*. *Common Market Law Review*, 48 (3).

Elektroniska källor

Haar, B – Rönmar, M: *Inter-generational Bargaining, EU Age Discrimination Law and EU Policies – an Integrated Analysis*, Rapport från projektet iNGenBar vilket finansieras av EU-kommissionen.

[http://www.law.lu.se/WEBUK.nsf/\(MenuItemByDocId\)/IDF027EB902A37449BC1257C75007D057D/\\$FILE/Intergenerational%20Bargaining,%20EU%20Age%20Discrimination%20Law%20and%20EU%20Policies%20Ter%20Haar%20and%20R%C3%B6nmar.pdf](http://www.law.lu.se/WEBUK.nsf/(MenuItemByDocId)/IDF027EB902A37449BC1257C75007D057D/$FILE/Intergenerational%20Bargaining,%20EU%20Age%20Discrimination%20Law%20and%20EU%20Policies%20Ter%20Haar%20and%20R%C3%B6nmar.pdf) Hämtad 2016-05-12

Louise Arbour, “Inledning”, Allmän förklaring om de mänskliga rättigheterna – Världighet och rättvisa åt alla 1948-2008, <<http://www.fn.se/PageFiles/7177/Allmanforklaringomdemanskligarattigheterna.pdf>> Hämtad 2016-03-12

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolens domar

AD 2007 nr 45

AD 2011 nr 37

AD 2015 nr 51

Hovrättens domar

Svea hovrätt mål nr T9187-08

EU-domstolens domar

11/70 Internationale Handelsgesellschaft

C-270/97 & C-271/97 Deutsche Post AG

C-144/04 Mangold

C-411/05 Palacios de la Villa

C-427/06 Bartsch

C-388/07 Age Concern England

C-88/08 Hütter

C-341/08 Petersen

C-555/07 Kükükdeveci

C-45/09 Rosenblatt

C-499/08 Andersen

C-250/09 & C-268/09 Georgiev

C-159/10 & C-169/10 Fuchs & Köhler

C-297/10 & C-298/10 Hennigs & Mai

C-447/09 Prigge m.fl

C-141/11 Hörnfeldt

C-286/12 Kommissionen mot Ungern

C-152/11 Odar

C-546/11 Dansk Jurist

C-476/11 HK Danmark

C-501/12, C-506/12 & C-541/12 Specht m.fl

C-530/13 Schmitzer

C-416/13 Pérez

C-529/13 Felber

C-417/13 Starjakob

C-20/13 Unland