



EKONOMI-
HÖGSKOLAN

Allting är relativt, även LAS-åldern

En analys av 67- och 68-årsregeln och dess relation till
Likabehandlingsdirektivet samt Diskrimineringslagen

Carl Ekelin & Emma Herbertsson

Höstterminen 2019

HARH16: Kandidatuppsats i arbetsrätt

Institutionen för handelsrätt

Ekonomihögskolan vid Lunds Universitet

Handledare: Annamaria Westregård

Antal ord: 10 313

Innehållsförteckning

Förkortningar

Sammanfattning

1. Inledning	1
1.1 Bakgrund.....	1
1.2 Syfte och frågeställning.....	2
1.3 Avgränsningar.....	2
1.4 Metod och material.....	3
1.5 Disposition.....	7
2. Nuvarande rätten att kvarstå i anställning vid hög ålder	7
2.1 Bakgrunden till 67-årsregeln.....	7
2.2 Innebörden och rättstillämpningen av 67-årsregeln.....	10
3. Nya rätten att kvarstå i anställning vid hög ålder	12
3.1 Bakgrunden till 68-årsregeln.....	12
3.2 Om saklig grund.....	14
3.3 Fler begränsningar av anställningsskyddet i samband med höjd LAS-ålder.....	15
4. Åldersdiskriminering och EU-rätten	17
4.1 Likabehandlingsdirektivet och dess proportionalitet	17
4.2 EU-domstolens rättstillämpning avseende åldersgränser vid pensionering.....	18
4.3 68-årsregeln i relation till Likabehandlingsdirektivet.....	22
4.4 Åldersdiskriminering enligt Diskrimineringslagen 2008:567.....	24
4.4.1 Bakgrund.....	24
4.4.2 Ålder som diskrimineringsgrund.....	27
5. Analys	30
5.1 Problem lagstiftningen avser att lösa.....	30
5.1.1 Arbetsgivaren missförstår och säger upp 67-åringar för tidigt.....	30
5.1.2 Förödmjukelse på grund av stigande ålder	31
5.2 68-årsregeln i förhållande till Diskrimineringslagen och Likabehandlingsdirektivet.....	32
6. Slutsats och avslutande kommentarer	34
Abstract	35
Källförteckning	36

Förkortningar

LAS	Lagen om anställningsskydd
DL	Diskrimineringslagen
AD	Arbetsdomstolen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
EU	Europeiska Unionen
LO	Landsorganisationen i Sverige
TCO	Tjänstemännens centralorganisation
SACO	Sveriges akademikers centralorganisation
DO	Diskrimineringsombudsmannen

Sammanfattning

Enligt den nuvarande 32a – 33 §§ LAS, den så kallade 67-årsregeln, har en arbetstagare rätt att kvarstå i anställningen till utgången av den månad då hen fyller 67 år, om arbetsgivaren meddelar arbetstagaren om att dennes anställning avslutas minst en månad innan arbetstagaren fyllt 67 år. I samband med att Sverige får en allt mer åldrande befolkning och det finns ett behov av att förlänga arbetslivet för arbetstagarna, beslutade riksdagen att genom lagändringar höja åldern för rätten att kvarstå i anställningen i två omgångar. Den första höjningen från 67 år till 68 år sker i januari år 2020 och den andra år 2023. Lagändringarna innebär inskränkningar och ett borttagande av delar av anställda äldre än 68 års anställningsskydd. Detta rör centrala delar av anställningsskyddet som kravet på saklig grund för uppsägning, kraven på vad ett uppsägningsbesked ska innehålla, arbetstagarens skyldighet att ange omständigheterna för uppsägningen samt rätten att kunna få en osaklig uppsägning ogiltigförklarad. Målen för berättigandet av särbehandling på grund av ålder i 67-årsregeln prövades och godkändes i EU-domstolen i fallet *Hörnfeldt*. Den nya 68-årsregeln har inte prövats i EU-domstolen och i uppsatsen undersöker vi om 68-årsregeln kan strida mot Likabehandlingsdirektivet och Diskrimineringslagen. Vidare så syftar uppsatsen till att identifiera och analysera de problem som lagändringarna gällande rätten att kvarstå i anställningen vid hög ålder, 32a – 33 §§ LAS, avser att lösa. Den rättsdogmatiska metoden har stått i fokus i denna uppsats för att kunna besvara våra frågeställningar. Av uppsatsen framkommer det att det inte är uteslutet att 68-årsregeln skulle kunna strida mot Likabehandlingsdirektivet och följaktligen Diskrimineringslagen. Samtidigt gör vi bedömningen att 68-årsregeln kan lösa de problem som har uppstått till följd av 67-årsregeln.

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Det svenska samhället står inför en stor demografisk utmaning på grund av en ökande medellivslängd hos befolkningen. För den enskilda arbetstagaren finns ett intresse av att förvärvsarbete längre, då denne får möjlighet att tjäna in mer pengar till pensionen och därmed inte behöver oroa sig över att pensionen inte ska räcka återstående tiden av livet. I början av 2000-talet utökades rätten för arbetstagare att arbeta från 65 år till 67 år. Denna rätt benämns som 67-årsregeln och sedan dess införande har andelen förvärvsarbete bland äldre i stor utsträckning ökat. Från år 2000 till år 2015 har andelen förvärvsarbetande 66-åringar ökat från 22 till 44 procent.¹ På grund av den ökande andelen förvärvsarbetande äldre arbetstagare torde det finnas ett stort samhälleligt intresse av att deras rättigheter och villkor tillvaratas i form av ett starkt anställningsskydd. I januari år 2020 träder nya ändringar i Lagen om anställningsskydd i kraft som ytterligare utökar möjligheten för äldre att kvarstå i anställningen till 68 års ålder, i denna uppsats kallad 68-årsregeln. I denna regel begränsas centrala delar av anställningsskyddet för dessa arbetstagare i avseenden som att kunna bli uppsagd utan saklig grund, att arbetsgivaren inte är skyldig att uppge grunden för uppsägningen, ett uppsägningsbeskeds innehåll samt rätten till att ogiltigförklara en uppsägning.² Lagändringen har länge skapat stor samhällsdebatt eftersom arbetsmarknadens parter förblivit oeniga kring lagändringens varande eller icke varande. I lagens förarbete ifrågasätter Diskrimineringsombudsmannen (DO) om det överhuvudtaget bör finnas några åldersgränser i LAS. DO framför att saklig grund för uppsägning alltid ska föreligga samt om de angivna skälen för lagen är starka nog för att utgöra ett undantag i diskrimineringsrätten.³ Uppsatsens titel anspelar på ett citat av August Strindberg från pjäsen *Oväder*, "allting är relativt, även åldern".⁴ Med hänsyn till de kommande höjningarna av LAS-åldern går det att konstatera att allting är relativt, även LAS-åldern. 67-årsregeln prövades och godkändes i EU-domstolen år 2012. DO har i efterhand framfört kritik mot domen och påtalat osäkerheter kring vissa argument som godkändes i prövningen.⁵ Mot denna bakgrund

¹ Statistiska centralbyrån (SCB), *Var tredje 67-åring arbetar*. 2017. <https://www.scb.se/hitta-statistik/artiklar/2017/Var-tredje-67-aring-arbetar/>

² Prop. 2018/19:91 s. 8

³ Prop. 2018/19:91 s. 26

⁴ Strindberg, August. *Samlade skrifter av August Strindberg – fyrtiofemte delen kammarspel*. 1987. s. 57

⁵ Diskrimineringsombudsmannen (DO), *Lagen om anställningsskydds reglering rörande rätten att avbryta arbetstagares anställning vid 67 års ålder*. 2017.

finner vi det intressant att identifiera och analysera de problem som lagändringarna avser att lösa och undersöka huruvida de kan utgöra åldersdiskriminering enligt Likabehandlingsdirektivet 2000/78/EG och Diskrimineringslagen.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att identifiera och analysera de problem som lagändringarna gällande rätten att kvarstå i anställningen vid hög ålder, 68-årsregeln, avser att lösa. Detta innebär att vi kommer att redovisa gällande rätt och bakgrunden till 67-årsregeln, samt redovisa bakgrunden till 68-årsregeln som infördes den 1 januari 2020. Genom detta kommer vi att kunna utröna vilka problem som ledde fram till att lagen förändrades, och därmed vilka problem lagändringen avser att lösa. Om 68-årsregeln kommer att lösa 67-årsregelns problem är en fråga för framtiden, men vi kommer att analysera om lagändringen löser problemen utifrån de förutsättningar som finns idag. Vidare vill vi undersöka huruvida 68-årsregeln kan utgöra diskriminering i enlighet med Likabehandlingsdirektivet och Diskrimineringslagen. 68-årsregeln har inte, till skillnad mot 67-årsregeln, blivit prövad av EU-domstolen gällande huruvida den utgör åldersdiskriminering. Vi kommer att ställa 68-årsregeln i relation till Likabehandlingsdirektivet, som ligger till grund för den svenska Diskrimineringslagen, och utröna om den faktiskt kan utgöra grund för åldersdiskriminering enligt Likabehandlingsdirektivet och Diskrimineringslagen.

Nedan följer våra två huvudsakliga frågeställningar:

- Vilka problem avser 68-årsregeln att lösa? Löser lagändringarna problemen?
- Kan 68-årsregeln utgöra grund för diskriminering i förhållande till Likabehandlingsdirektivet och Diskrimineringslagen?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen syftar till att identifiera och analysera de problem som 68-årsregeln avser att lösa samt att undersöka huruvida 68-årsregeln kan utgöra diskriminering i enlighet med Likabehandlingsdirektivet och Diskrimineringslagen. Därför har vi valt att fokusera på de specifika lagar och direktiv som är relevanta med hänsyn till uppsatsen. Valet av paragrafer i den

<https://www.do.se/om-do/vad-gor-do/skrivelser-till-regeringen/test/>

här uppsatsen har skett genom utgångspunkten att gå igenom hur rätten att kvarstå i anställningen till en viss ålder fungerar idag. 68-årsregeln kan fastslås vara motsvarigheten till 67-årsregeln, och därför kommer dessa att användas för att göra en jämförelse med hur det fungerar idag och hur det kommer att fungera i framtiden. För att kunna göra en djupgående analys, har vi valt att endast fokusera på de lagändringar, 68-årsregeln, som kommer att träda i kraft från den 1 januari 2020 och inte på lagändringen som träder i kraft år 2023.

Ämnet pension kommer att nämnas i anslutning till LAS samt de propositioner som kommer att behandlas. Dock är pension i sig inte relevant för slutsatsen av den här uppsatsen och kommer därför inte i större utsträckning att behandlas. Vidare har vi valt att inte behandla kollektivavtal i denna uppsats, eftersom frågeställningarna handlar om 68-årsregeln och dess relation till Likabehandlingsdirektivet. Dessutom görs denna avgränsning på grund av uppsatsens omfattning.

1.4 Metod och material

I denna uppsats kommer vi att använda oss av den rättsdogmatiska metoden. Denna metod tar sin utgångspunkt i rättskällorna. Rättsdogmatisk metod handlar om att antingen fastställa gällande rätt (*de lege lata*) eller vilka rättsregler som bör lagstiftas (*de lege ferenda*) samt att precisera deras innehåll.⁶ För att fastställa gällande rätt krävs det att rättsregler av betydelse kan identifieras och att det kan fastslås vad de innebär i det konkreta fallet. Förenklat innebär detta att först finna rättsreglerna och därefter applicera dem.⁷ Sålunda handlar rättsdogmatisk metod om att beskriva gällande rätt samt att systematisera den genom att identifiera samband och likheter.⁸ I den rättsdogmatiska metoden är det viktigt att analysera de olika delarna av de källor för de lagar som använts, såsom praxis och förarbeten. Slutresultatet bör, i så stor utsträckning som möjligt, reflektera det väsentliga innehållet av lagstiftningen.⁹

⁶ Lehrberg (2019) s. 201

⁷ Samuelsson, Melander (2010) s. 51

⁸ Sandgren (2018) s. 49

⁹ Nääv, Zamboni (2018) s. 26

Den rättsdogmatiska metoden är inte utan fel; då den både fungerar som en central rättsvetenskaplig disciplin samt som en praktisk tillämpningsmetod, blir denna kombination ett lätt byte för kritik. Dock har den rättsdogmatiska metoden haft ett stort inflytande på rättsutvecklingen och rättsdogmatiken har bidragit till rättskällor.¹⁰ Kritik som kan riktas mot den rättsdogmatiska metoden är att den är begränsad på mer än ett sätt. Exempelvis kan inte den rättsdogmatiska metoden med precision uttala sig om effekterna av gällande rätt, vilket i viss utsträckning den här uppsatsen undersöker.¹¹

Rättskällorna kan delas in i två kategorier; primära och sekundära. De primära rättskällorna vi kommer använda i denna uppsats är de för uppsatsen relevanta lagrummen i LAS och Diskrimineringslagen samt Likabehandlingsdirektivet. Sekundära rättskällor som förarbeten, rättspraxis och doktrin kommer att användas för att tolka och få en djupare förståelse för lagen.¹² De sekundära rättskällorna kan i sin tur delas upp in i två subkategorier; auktoritativa och icke auktoritativa rättskällor. Auktoritativa källor har till skillnad från icke auktoritativa källor en viss tyngd eftersom till exempel jurister normalt sätt betraktar dess innehåll som vedertaget. Rättspraxis och förarbeten betraktas vanligen som auktoritativa rättskällor varav rättspraxis väger tyngst. Doktrin ses som en icke auktoritativ rättskälla. Om ett uttalande i en sekundärkälla påtagligt motsäger ett i en primärkälla bör det inte beaktas.¹³

Den lagstiftning vi valt att fokusera på är LAS och Diskrimineringslagen. Anledningen till att vi valt att använda dessa lagar är att de är de mest relevanta med hänsyn till våra frågeställningar. Vi lägger stort fokus på hur rätten att kvarstå i anställning till en viss ålder ser ut före och efter den 1 januari 2020. De paragrafer vi lägger tonvikt vid är 32a – 33 § LAS för tid innan den 1 januari 2020 samt den nya 32a – 33 §§ LAS som träder i kraft den 1 januari 2020. Då lagändringen i LAS ännu inte trätt i kraft, kan vi inte göra en liknande jämförelse av hur den nya lagstiftningen fungerar i praktiken. Detta kan påverka uppsatsens reliabilitet negativt, då vi inte kan jämföra de två bestämmelserna i praktiken.

¹⁰ Nääv, Zamboni (2018) s. 26

¹¹ Sandgren (2018) s. 50

¹² Samuelsson, Melander (2010) s. 126 – 127

¹³ Samuelsson, Melander (2010) s. 159 – 160

För att kunna göra en grundlig analys av lagändringen i LAS, behöver läsaren ha en grundlig förståelse för 67-årsregeln som trädde i kraft år 2001. Vi kommer därför att analysera bakgrunden och innebörden av 67-årsregeln och identifiera vilka problem som ledde fram till att reglerna kring att kvarstå i anställningen vid hög ålder infördes, för att bättre förstå varför lagändringen sker. De specifika paragrafer som vi kommer att behandla är nuvarande 32a och 33 §§ LAS. Utgångspunkten för uppsatsen är att problematisera lagändringen och gå in på huruvida införandet av ett begränsat anställningsskydd efter en viss ålder kan utgöra diskriminering.

För att kunna utröna ifall 68-årsregeln kan utgöra grund för diskriminering, kommer vi att gå in på Diskrimineringslagen. Då den svenska Diskrimineringslagen trädde i kraft, ersatte den de då gällande sju diskrimineringslagarna. Genom Diskrimineringslagen tillkom bland annat diskrimineringsgrunden ålder eller uppnådd levnadslängd, vilket är den diskrimineringsgrund som är av intresse för den här uppsatsen.¹⁴ Vidare kommer vi av samma anledning som i ovanstående stycke att använda oss av Likabehandlingsdirektivet.

I denna uppsats kommer vi att använda oss av bestämmelsens förarbeten såsom bland annat Proposition 2018/19:91, som behandlar frågan om hur en höjning av LAS-åldern kommer att förlänga arbetstagares arbetsskyldighet i LAS.¹⁵ Vi kommer vidare att använda oss av Departementsserien 2018:28 om förlängt anställningsskydd till 69 år. Promemorian är ett av de första stegen i höjningen av den nuvarande LAS-åldern och bygger på Pensionsgruppens överenskommelse om att minska hindren för ett förlängt arbetsliv från den 14 december 2017.¹⁶ En lags proposition utgör det mest funktionellt användbara förarbetet eftersom det är vanligt att den innehåller anvisningar och riktlinjer om hur lagtexten är avsedd att tolkas.¹⁷

¹⁴ Nyström (2017) s. 241

¹⁵ Regeringskansliet, *Prop. 2018/19:91 - Anställningsskyddet förlängs tills arbetstagaren fyllt 69 år*. 2019. s. 1 <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/proposition/2019/04/prop.-20181991/>

¹⁶ Regeringskansliet, *Ds 2018:28 - Förlängt anställningsskydd till 69 år*. 2018. <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/departementsserien-och-promemorior/2018/06/ds-201828/>

¹⁷ Samuelsson, Melander (2010) s. 42 – 44

Doktrin är verk som är skrivna av experter inom ett visst område och kan ses som ett komplement till de andra rättskällorna.¹⁸ Doktrinen i denna uppsatsen har valts ut främst för att komplettera de primära rättskällor som vi använder oss av, till exempel de propositioner som använts. Målet med vår doktrin är att den kan bidra med kompletterande kommentarer kring lagstiftningen och bidra med expertis inom vissa områden.

I denna uppsats kommer vi att använda oss av EU-rättslig praxis i form av rättsfall och förhandsavgöranden rörande åldersdiskriminering som är relevanta för 32a – 33 §§ LAS. Inom EU-rätten besitter EU-domstolen auktoriteten att övervaka att lagarna följs vid tolkning och tillämpning av FEUF. Lagen tolkas av EU-domstolen med fokus på dess ändamålsmässiga verkan vilket innebär den tolkning som är mest fördelaktig för EU-rättens framtida utveckling. Vanligen är bestämmelserna så oklart formulerade och målinriktade, att de inte bidrar med stor vägledning i rättstillämpningen. Vid sådana svårigheter bidrar relevanta prejudikat på området till tolkningen av rätten.¹⁹ När den nationella domstolen är osäker på tolkningen av ett visst fall senareläggs det och de begär in ett förhandsavgörande av EU-domstolen. Ett förhandsavgörande innebär att EU-domstolen ger ett svar på de tolkningsfrågor som den nationella domstolen ställer.²⁰

I denna uppsats har EU-rättslig praxis använts i mycket större utsträckning än svensk praxis eftersom svensk praxis är begränsad inom detta område. Efter att noggrant undersökt de rättsfall som behandlar 67-årsregeln, insåg vi att ytterst få tvister i ämnet hade kommit till AD. Vidare finns ingen rättspraxis kring 68-årsregeln, då denna lagstiftning träder i kraft först den 1 januari 2020. Dock finns det en större mängd rättsfall som rör svensk åldersdiskriminering och de rättsfall vi har använt oss av är relevanta för uppsatsens frågeställningar och den rättspraxis som använts fungerar för att stötta upp de regleringar som finns i LAS och Diskrimineringslagen.

För att kunna undersöka om 68-årsregeln står i strid med Likabehandlingsdirektivet kommer vi använda oss av detta i uppsatsen. I direktivet fokuserar vi på artikel 6.1 som behandlar befogad

¹⁸ Sandgren (2018) s. 44

¹⁹ Hettne (2011) s. 49

²⁰ Hettne (2011) s. 285

särbehandling på grund av ålder. Direktiv är bindande rättsakter som sluts mellan EU:s medlemsstater och inom EU-rätten utgör direktiven sekundärrätt eftersom de utfärdats med stöd av artikel 288 FEUF.²¹ Ett direktivs målsättning ska inom en bestämd tidsgräns implementeras i de berörda medlemsstaternas lagstiftning så att de överensstämmer med varandra.²²

1.5 Disposition

Uppsatsen är indelad i sex kapitel och det första kapitlet utgör inledningen till uppsatsen. I inledningen inbegrips bakgrunden kring vårt ämne, vårt syfte och våra frågeställningar. Vi diskuterar även vilka avgränsningar vi har gjort i uppsatsen samt redogör för vårt val av metod och material. I det andra kapitlet redogör vi för bakgrunden till, innebörden och konsekvenserna av de nuvarande regleringarna i LAS som behandlar rätten att kvarstå i anställning till 67 års ålder. Det tredje kapitlet behandlar den nya lagstiftningen gällande rätten att kvarstå i anställning till 67 års ålder. Det fjärde kapitlet är mer omfattande än de tidigare kapitlen och behandlar åldersdiskriminering i förhållande till EU-rätten. Kapitlet är uppdelat i fyra olika avsnitt som vardera ett behandlar Likabehandlingsdirektivet och dess proportionalitet, EU-domstolens rättstillämpning avseende åldersgränser vid pensionering, 68-årsregeln i relation till Likabehandlingsdirektivet samt åldersdiskriminering enligt Diskrimineringslagen. I det femte kapitlet behandlar vi vår analys, där vi återkopplar till vårt syfte och våra frågeställningar. Målet är att besvara frågeställningarna, och kapitel sex om slutsats och avslutande kommentarer ger en kort sammanfattning över vad vi har kommit fram till.

2. Nuvarande rätten att kvarstå i anställning vid hög ålder

2.1 Bakgrunden till 67-årsregeln

Att beskriva den nuvarande 67-årsregeln i den här uppsatsen är av stor vikt för att kunna visa på hur lagen kommer att förändras när den nya lagen inträder den 1 januari 2020. Genom att använda sig av den nuvarande lagen, går det att påvisa vilka problem som ledde till att lagen från början stiftades. Vidare är det viktigt att förstå innebörden av den nuvarande lagen för att i sin tur kunna förstå varför en lagändring behövs, då inträdet av 68-årsregeln den 1 januari 2020 är en

²¹ Hettne (2011) s. 42

²² Nyström (2017) s. 35

förändring av de redan väl etablerade paragraferna gällande rätten att kvarstå i anställning vid hög ålder.

67-årsregeln tillkom år 2001 som en konsekvens av det nya pensionssystemet som tillkom 1999. Det nya pensionssystemet innebar att pengarna som betalades in under yrkeslivet skulle ligga till grund för pensionen, vilket förutsatte att det var möjligt för arbetstagare att arbeta längre än tidigare för att kunna förbättra sin pension.²³ Tidigare hade tidpunkten för när en arbetstagare var skyldig att avsluta sin anställning med ålderspension reglerats av kollektivavtal, enskilda avtal eller förordningar; inte av LAS.²⁴ På grund av sådana bestämmelser som förekom i bland annat kollektivavtal, innebar detta för flertalet arbetstagare på den svenska arbetsmarknaden att avgångsskyldigheten inträdde vid 65 års ålder. En del arbets kategorier, såsom flygledare, brandmän och militär personal, hade en avgångsskyldighet före 65 års ålder och kollektivavtalen om avgångsskyldighet gällde ofta tills vidare.²⁵

Regeringen ansåg att införandet av en tvingande bestämmelse som ger arbetstagare rätt att arbeta till 67 års ålder kunde komma att öka kostnaderna för bland annat löner, arbetsanpassning och rehabilitering. Dock var det svårt att förutse hur många arbetstagare som skulle utnyttja möjligheten att kvarstå i anställning till 67 års ålder, samt om och i så fall hur mycket antalet tvister i domstol skulle komma att öka. Positiva följder av införande av den tvingande bestämmelsen var att den skulle ge en ökning av arbetskraftsutbudet, vilket i sin tur borde leda till större möjlighet att möta den arbetskraftsbrist som den demografiska utvecklingen medförde.²⁶

Flera remissinstanser oroade sig över att om reglerna i den föreslagna 32a § LAS blev tvingande, skulle detta kunna leda till allvarliga konsekvenser. SACO menade att en tvingande regel kunde medföra risk för kränkningar av den personliga integriteten i framtida uppsägningssituationer, samtidigt som Försvarmakten anförde att tvingande regleringar skulle missgynna

²³ Wästfelt, Wulkan, Isenstam (2019) s. 277

²⁴ Prop. 2000/01:78 s. 13

²⁵ Prop. 2000/01:78 s. 14

²⁶ Prop. 2000/01:78 s. 42

Försvarmaktens försök att föryngra försvarsstyrkan i den mån som verkligheten krävde. Det negativa i en tvingande regel hade substans; regeringen menade att en lägre avgångsskyldighet än 67 år för vissa yrkesområden, såsom exempelvis Försvarmakten, kunde motiveras av att de fysiska förutsättningarna för arbetet minskar vid hög ålder. En alternativ lösning framfördes i form av en tvingande bestämmelse om rätten att kvarstå i anställning till 67 års ålder, men att de yrkesgrupper som skulle kunna undantas från regeln och därmed omfattas av en lägre ålder för avgångsskyldighet skulle anges.²⁷ Emellertid ansågs en tvingande regel med undantag för vissa yrkesgrupper medföra problematik. Regeringen ansåg att det skulle bli lagstiftarens uppgift att fastställa vilka yrkesgrupper, och kanske även vilka enskilda arbetstagare, som skulle undantas från lagstiftningen utifrån yrkesgruppens särskilda omständighet. Regeringen menade att det skulle bli ytterst komplicerat att avgöra vilka grupper och vilken ålder som skulle undantas, och därmed ansåg regeringen att en tvingande reglering var mest lämplig. En viktig fördel med en tvingande regel var att ingen yrkesgrupp kunde särbehandlas i förhållande till andra yrkesgrupper. Tanken var att en tvingande regel därmed inte skulle stå i strid med utvecklingen inom EU mot ett icke-diskriminerande arbetsliv.²⁸

När den blivande 5 § 4 punkten LAS diskuterades, var tanken att reglerna kring tidsbegränsad anställning borde förändras så att dessa bättre passade de nya reglerna i 32a § LAS. Regeringen menade att bestämmelserna borde utformas så att avtal om tidsbegränsad anställning får träffas när en arbetstagare fyllt 67 år och att regeln bör vara dispositiv för arbetsmarknadens parter.²⁹

Tanken med införandet av 33 § 3 st LAS var att en arbetstagare efter 67 års ålder inte längre hade rätt till uppsägningstid eller företrädesrätt till återanställning. När förslaget dryftades i propositionen menade vissa remissinstanser, såsom LO, SACO och TCO med flera att förslaget var väldigt bra.³⁰ I och med att 32a § LAS ändrades till 67 års ålder, borde även 33 § 3 st LAS göra det. Regeringen ansåg att en person som uppnått 67 års ålder och därmed omfattades av garantipension hade sin försörjning tryggad. Arbetstagare som fyllt 67 år är inte i samma behov

²⁷ Prop. 2000/01:78 s. 29

²⁸ Prop. 2000/01:78 s. 30

²⁹ Prop. 2000/01:78 s. 33

³⁰ Prop. 2000/01:78 s. 34

av ett helt anställningsskydd, då de inte var lika beroende av arbetsinkomsten som försörjning såsom en yngre arbetstagare är. Bestämmelserna hade i den tidigare regleringen varit dispositiva och föreslogs vara det när den nya 33 § LAS infördes.³¹

2.2 Innebörden och rättstillämpningen av 67-årsregeln

Enligt 32a § LAS har en arbetstagare rätt att kvarstå i sin anställning till utgången av den månad då hen fyller 67 år.³² Paragrafen är tvingande och det innebär att det inte är tillåtet att träffa avtal om avgångsskyldighet före 67 års ålder, oavsett om det gäller ett enskilt avtal eller ett kollektivavtal.³³ Dock gäller inte rätten att kvarstå i anställningen om annat följer av lagen; exempel på detta kan vara att grund för avsked föreligger eller om en uppsägning är sakligt grundad.³⁴ Avtal om avgångsskyldighet som träffats före lagändringen 1999 förblev gällande.³⁵

Enligt 33 § 1 st LAS måste en arbetsgivare som vill att dennes arbetstagare ska lämna sin anställning vid utgången av den månad då hen fyllt 67 år, skriftligen ge arbetstagaren besked om detta minst en månad i förväg.³⁶ Detta innebär att en arbetsgivare inte behöver säga upp arbetstagaren när arbetstagaren ifråga uppnått 67 års ålder, utan det räcker med att arbetsgivaren minst en månad i förväg skriftligen underrättar arbetstagaren om att hen måste lämna sin anställning.³⁷

I 33 § 2 st LAS regleras att om en arbetsgivare vill att en arbetstagare ska lämna sitt arbete, i samband med att arbetstagaren får rätt till hel sjukersättning enligt Socialförsäkringsbalken, måste arbetsgivaren skriftligen ge arbetstagaren besked om detta omedelbart efter att arbetsgivaren har fått kännedom om beslutet om hel sjukersättning.³⁸ Grundtanken med det andra stycket är att den arbetstagare vars arbetsförmåga är så helt och varaktigt nedsatt att hel sjukersättning beviljats - troligtvis har en sådan varaktigt nedsatt arbetsförmåga att saklig grund

³¹ Prop. 2000/01:78 s. 35

³² 32a § LAS

³³ Wästfelt, Wulkan, Isenstam (2019) s. 277

³⁴ Wästfelt, Wulkan, Isenstam (2019) s. 277 - 278

³⁵ Prop. 2000/01:78 s. 45

³⁶ 33 § 1 st LAS

³⁷ Wästfelt, Wulkan, Isenstam (2019) s. 278

³⁸ 33 § 2 st LAS

för uppsägning bör föreligga.³⁹ Det innebär att arbetsgivaren har möjlighet att tillämpa ett väldigt simpelt förfarande för att få anställningen att upphöra. När arbetsgivaren delger arbetstagaren om beslutet att anställningen skall avslutas mot bakgrund av den hela sjukersättningen, upphör anställningen. Om arbetsgivaren inte använder sig av denna möjlighet, fortsätter anställningen och arbetsgivaren är därefter tvingad att hänvisa till regleringen i 7 § LAS för att kunna avsluta anställningen. Om en arbetsgivare ändå försöker att använda sig av möjligheten att säga upp någon på grund av beslutet om hel sjukersättning, men gör det för sent, blir utgången att anställningen inte upphör.

En arbetstagare som fyllt 67 år är inte berättigad till längre uppsägningstid än en månad. Arbetstagaren har inte rätt till företrädesrätt vid återanställning och omfattas inte av turordningsreglerna.⁴⁰ Detta innebär att en anställd som sägs upp på grund av arbetsbrist mindre än 9 månader innan denne fyller 67 år har rätt till återanställning fram till sin 67-årsdag, men inte efter.⁴¹

I den 5 § 4 punkten LAS regleras avtal om tidsbegränsad anställning för arbetstagare som fyllt 67 år.⁴² Denna punkt innebär att avtal om tidsbegränsad anställning får träffas gällande anställning efter pensionering, när arbetstagaren fyllt 67 år eller om arbetstagaren uppnått den ålder som medför en skyldighet att avgå från anställningen med ålderspension.⁴³ Punkten är tillämplig både för nya arbetstagare och för redan anställd personal som uppnått 67 år.⁴⁴ Då förutsättningen för den här punkten är en arbetstagare som fyllt 67 år, är det till exempel inte möjligt att anställa en förtidspensionär eller en ålderspensionär som är yngre än 67 år för visstidsanställning.⁴⁵ Bestämmelserna i 5 § 4 punkten LAS kommer att försvinna i samband med att 68-årsregeln införs den 1 januari 2020. Detta beror på att bestämmelserna blir överflödiga, då 68-årsregeln innebär att en tillsvidareanställning kan avslutas när som helst.

³⁹ Wästfelt, Wulkan, Isenstam (2019) s. 278

⁴⁰ Prop. 2000/01:78 s. 13

⁴¹ 33 § 3 st LAS

⁴² 5 § 4 p LAS

⁴³ Prop. 2000/01:78 s. 13

⁴⁴ Wästfelt, Wulkan, Isenstam (2019) s. 87

⁴⁵ Wästfelt, Wulkan, Isenstam (2019) s. 87

Lagstiftningen har i dagsläget inte lett till någon större mängd tvister som kommit upp i AD. Dock finns det självklart vissa tillfällen då parter inte har kunnat enas. I AD 2011 nr 37 gällde tvisten 25 arbetstagare som blivit uppsagda i samband med en avtalsturlista som upprättats mellan ett flygbolag och diverse fackliga föreningar. Avtalsturlistan upprättades i samband med övertalighet på arbetsplatsen, och avtalsturlistan innebar att arbetstagare som uppnått kriteriet för pensionsålder enligt kollektivavtalet, 60 år, fick lämna sin anställning. Flygbolaget motiverade avtalsturlistan med att de ville säkra försörjningen för så många arbetstagare som möjligt genom den kollektivavtalade pensionsåldern. AD kom fram till flygbolagets tanke kring tryggad försörjning var berättigad. Emellertid menade AD att åtgärden att säga upp arbetstagarna i enlighet med avtalsturlistan ej var en lämplig åtgärd för att nå det åberopade syftet. Vidare menade AD att avtalsturlistan var i strid mot syftet av den tvingande regeln i 32a § LAS, då avtalsturlistan fungerat som ett kollektivavtal med en avgångsskyldighet vid en viss ålder. Som tidigare nämnt i denna uppsats är sådana avtal ogiltiga.⁴⁶ Slutligen menade AD att utifrån vad de tidigare anfört så stod uppsägningarna i enlighet med avtalsturlistan i strid mot förbudet mot åldersdiskriminering enligt diskrimineringslagen.⁴⁷

3. Nya rätten att kvarstå i anställning vid hög ålder

3.1 Bakgrunden till 68-årsregeln

Pensionsåldersutredningens syfte var att analysera svårigheter för ett förlängt arbetsliv samt att komma med förslag till ändringar så att allt fler äldre förvärvsarbetar.⁴⁸ Utredningen föranleddes av Pensionsöverenskommelsen som utarbetades av Pensionsgruppen; en arbetsgrupp bestående av representanter från Socialdemokraterna, Moderaterna, Centerpartiet, Kristdemokraterna, Liberalerna och Miljöpartiet. Dessa partier står bakom det nuvarande svenska ålderspensionssystemet.⁴⁹ I pensionsöverenskommelsen fastställdes att den så kallade LAS-åldern om 67 år som är stadgad 32a § LAS, i två omgångar ska höjas till först 68 år och därefter

⁴⁶ 32a § LAS

⁴⁷ AD 2011 nr 37

⁴⁸ SOU 2011:05 s. 5

⁴⁹ Prop. 2018/19:91 s. 19

till 69 år.⁵⁰ Den första höjningen av LAS-åldern från 67 år till 68 år träder i kraft i januari år 2020 och den andra från 68 år till 69 år träder i kraft år 2023.⁵¹ I den 32a § LAS nya ordalydelse stadgas det att en arbetstagare har rätt att kvarstå i anställningen till den månads slut denne fyller 68 år, om inget annat följer av LAS. Paragrafen är icke dispositiv och innebär att inga avtal om att en arbetstagare är skyldig att frånträda sin anställning kan göras gällande.⁵²

I lagens förarbeten hänvisas det till att Pensionsutredningen ansåg att den nuvarande lagstiftningen om att en arbetstagare har rätt till att kvarstå i anställningen till 67-års ålder var ett hinder mot arbetstagarnas möjlighet till ett längre arbetsliv.⁵³ Trots den ökande medellivslängden i Sverige i kombination med att den äldre befolkningen blir allt friskare, mer välutbildad och smartare ökar inte sysselsättningen inom denna grupp. Vidare anförde utredningen att en ökad medellivslängd bland befolkningen medför att pensionerna blir allt lägre eftersom de måste räcka längre. Ett förlängt arbetsliv skulle vara av värde för välfärden och således för hela samhället.⁵⁴ I underlagsrapporten till Pensionsutredningen *Anställningsskyddet och pensionsåldern* författad av professor Jonas Malmberg presenterar denne argument för att bevara arbetsgivarens möjlighet att avsluta anställningen vid en specifik ålder. Ett argument för att bibehålla detta förfarande är att om möjligheten skulle tas bort skulle det resultera i påtryckningar för domstolarna att mjuka upp principen om att en nedsättning av arbetsförmågan som hör ihop med en ökande ålder vanligtvis inte utgör saklig grund för uppsägning. LAS anses bygga på denna princip som är en kompromiss som innebär att arbetsgivaren måste ha kvar och ta hänsyn till äldre arbetstagare fram till de fyller 67 år oavsett deras produktivitetsnivå. Arbetsgivaren kan, som tidigare nämnt under punkt 2.2 i denna uppsats, informera sin arbetstagare om att hen ska lämna sin anställning vid utgången av den månad då hen fyllt 67 år, om arbetsgivaren skriftligen har gett arbetstagaren besked om detta minst en månad i förväg. Om arbetsgivaren har dragit nytta av denna möjlighet, innebär det att när arbetstagaren är 67 år fyllda, har arbetsgivaren fri uppsägningsrätt. Om denna rätt tas bort kommer det enda sättet för en arbetsgivare att säga upp en äldre arbetstagare vara via saklig grund för uppsägning. Arbetsgivaren skulle då bli tvungen att argumentera för att äldre

⁵⁰ Prop. 2018/19:91 s. 20

⁵¹ Prop. 2018/19:91 s. 1

⁵² Prop. 2018/19:91 s. 51

⁵³ Prop. 2018/19:91 s. 21

⁵⁴ Prop. 2018/19:91 s. 22

arbetstagare inte kan prestera i enlighet med sina arbetsuppgifter samt att det inte finns skäl nog till att anpassa arbetet till deras premisser. I sådant fall skulle principen innebära att de arbetstagare som är fullt produktiva får fortsätta arbeta. I detta fall skulle ovanstående princip bli svår att vidmakthålla.⁵⁵ En höjning av LAS-åldern i två omgångar kan medföra en minskning av acceptansen för denna princip. Det är osäkert huruvida en höjning av LAS-åldern till 69 år skulle resultera i en ändring av arbetsgivarnas beteende eller i rättspraxis. Den föregående höjningen av LAS-åldern från 65 år till 67 år verkar inte ha resulterat i en ökning av uppsägningarna av äldre arbetstagare.⁵⁶ Enligt den nya lagändringen i 33 § LAS som träder i kraft 1 januari 2020 ska vid en uppsägning av en arbetstagare över 68 år nästkommande bestämmelser inte kunna göras gällande; bestämmelserna kring kravet på saklig grund för uppsägning, innehållet i ett uppsägningsbesked, skyldigheten att uppge grunden för uppsägningen samt rätten att ogiltigförklara en osaklig uppsägning.

3.2 Om saklig grund

En uppsägning ska enligt 7 § LAS vara sakligt grundad för att vara giltig.⁵⁷ Detta eftersom kravet på saklig grund är avsett att agera som ett försvar mot godtyckliga uppsägningar. Vad som utgör saklig grund för uppsägning på grund av personliga skäl definieras inte i LAS, utan framgår av AD:s praxis.⁵⁸ Av lagens förarbeten framgår det att DO anser att saklig grund för uppsägning alltid ska gälla samt ifrågasätter huruvida det överhuvudtaget ska finnas åldersgränser i LAS.⁵⁹ Ett problem kring den nuvarande lagstiftningen som Pensionsutredningen identifierat är att dess korrekta innebörd stundom missuppfattas av arbetsgivarna. Lagstiftningen innebär en obligatorisk avgångsskyldighet för de arbetstagare som fyllt 67 år. Den nuvarande lagstiftningen motverkar arbetstagaren att kvarstå i sin anställning även i de fall både arbetstagaren och arbetsgivaren önskar detta. Att genomföra en lagändring kring detta hade tydliggjort dess rätta innebörd.⁶⁰ Bestämmelsen resulterar i att ett tryck skapas för arbetsgivaren att avsluta arbetstagarens anställning i samband med att denne fyller 67 år. Efter 67 år kvarstår kravet på

⁵⁵ SOU 2011:05 s. 14-15

⁵⁶ SOU 2011:05 s. 16

⁵⁷ 7 § LAS

⁵⁸ Mattsson, Numhauser-Henning (2017) s. 49

⁵⁹ Prop. 2018/19:91 s. 26

⁶⁰ SOU 2011:05 s. 16

saklig grund för uppsägning och om arbetsgivaren inte väljer att avsluta anställningen via det nuvarande förfarandet kan denne i framtiden hamna i en prekär situation. Om arbetsgivaren i framtiden skulle önska att säga upp arbetstagaren skulle detta bli svårare att verkställa eftersom kravet på saklig grund för uppsägning gäller. På grund av detta väljer arbetsgivare i regel mer eller mindre automatiskt avsluta anställningen vid 67 års ålder även om det möjligtvis skulle vara i båda parter intresse att arbetstagaren kvarstår i sin anställning.⁶¹

I lagens förarbeten framhålls det att äldre och yngre arbetstagare inte har lika stort behov av ett likvärdigt anställningsskydd då äldre har möjligheten att få sin försörjning tryggad via pensionen.⁶² Malmberg framhåller i underlagsrapporten till Pensionsutredningen att lagändringen gynnar bevarandet av äldre arbetstages nuvarande anställningsskydd samt gör det lättare för arbetstagare som vill arbeta kvar förutsatt att arbetsgivaren också vill detta.⁶³ Lagändringens betydelse är i första hand pedagogisk. Arbetstagare äldre än 67 år åtnjuter i den nuvarande regleringen redan ett mycket begränsat anställningsskydd eftersom arbetsgivaren antingen kan dra in arbetstagarens arbete eller nyanställa någon för samma arbete för att därefter säga upp den äldre arbetstagaren på grund av arbetsbrist.⁶⁴

3.3 Fler begränsningar av anställningsskyddet i samband med höjd LAS-ålder

Av 8 § 2 st LAS framgår det att arbetsgivaren är skyldig att i uppsägningsbeskedet ange vad arbetstagaren ska ta hänsyn till om denne önskar att ogiltigförklara uppsägningen eller yrka på skadestånd på grund av uppsägningen. Vidare ska uppsägningsbeskedet innehålla om arbetstagaren har företrädesrätt till anställning eller inte. Om arbetstagaren har företrädesrätt till anställning och det krävs en anmälan för dess giltighet ska detta framgå av uppsägningsbeskedet.⁶⁵ Av lagens förarbeten framgår det att eftersom lagändringarna i 33 § 2 punkten LAS som rör ogiltigförklaring av uppsägning och företrädesrätt till anställning inte ska tillämpas på arbetstagare som fyllt 68 år behöver inte uppsägningsbeskedet innehålla information

⁶¹ Prop. 2018/19:91 s. 25

⁶² Prop. 2018/19:91 s. 26

⁶³ SOU 2011:05 s. 16

⁶⁴ SOU 2011:05 s. 17

⁶⁵ 8 § 2 st LAS

om ovanstående.⁶⁶ Gällande arbetsgivarens skyldighet att informera arbetstagaren om vad denne ska ta hänsyn till om denne vill yrka på skadestånd med anledning av uppsägningen, fastställer regeringen att information av sådant slag kan ha betydelse. Detta eftersom skadestånd fortfarande kan utgå om arbetsgivaren vid uppsägningen skulle bryta mot en ordningsföreskrift i LAS. Skadestånd med anledning av att en arbetstagare som är äldre än LAS-åldern blivit uppsagd utan saklig grund, kommer inte gälla eftersom saklig grund för uppsägning inte kommer tillämpas på denna grupp.⁶⁷

I 9 § LAS stadgas det att arbetsgivaren på begäran av arbetstagaren har en skyldighet att ange de omständigheter som framhålls som grund för uppsägningen.⁶⁸ Regeringen anser att eftersom saklig grund för uppsägning inte kommer att gälla för arbetstagare som passerat LAS-åldern enligt 33 § 1 punkten LAS, är det olämpligt att det ska finnas en skyldighet för arbetsgivare att underrätta arbetstagare om de omständigheterna som ligger till grund för uppsägningen.⁶⁹ Av 34 § LAS framgår det att om en arbetstagare blir uppsagd utan att saklig grund föreligger ska uppsägningen på begäran av denne ogiltigförklaras. Regeringen betonar att ogiltigförklaring av uppsägning inte kommer vara aktuellt för arbetstagare som passerat LAS-åldern, eftersom kravet på saklig grund för uppsägning kommer upphöra att gälla i samband med lagändringen i 33 § 1 st LAS träder i kraft.⁷⁰ Regeringen menar att ett avlägsnande av den i LAS lagstadgade möjligheten för en arbetstagare att ogiltigförklara en uppsägning inte utesluter att uppsägningen kan ogiltigförklaras med stöd av annan lagstiftning. Ett exempel som regeringen presenterar är att uppsägningar fortsatt kommer kunna ogiltigförklaras via Diskrimineringslagen.⁷¹

⁶⁶ Prop. 2018:19/91 s. 37

⁶⁷ Prop. 2018:19/91 s. 37-38

⁶⁸ 9 § LAS

⁶⁹ Prop. 2018:19/91 s. 37

⁷⁰ Prop. 2018:19/91 s. 33

⁷¹ Prop. 2018:19/91 s. 33

4. Åldersdiskriminering och EU-rätten

4.1 Likabehandlingsdirektivet och dess proportionalitet

Likabehandlingsdirektivet antogs i november år 2000.⁷² Dess syfte är att fastställa en allmän ram för motarbetning av diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, ålder, religion eller övertygelse.⁷³ I artikel 2 i Likabehandlingsdirektivet återfinns ett förbud mot såväl indirekt och direkt diskriminering.⁷⁴ Indirekt diskriminering innebär att en neutral bestämmelse eller ett kriterium särskilt missgynnar personer som omfattas av de fyra diskrimineringsgrunderna jämfört med andra personer. Direkt diskriminering innebär att en person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats mindre fördelaktigt än en annan person i en jämförbar situation.⁷⁵ I artikel 6.1 Likabehandlingsdirektivet stadgas det att viss särbehandling på grund av ålder inte kan anses utgöra diskriminering. Detta om särbehandlingen på ett rimligt och objektivt sätt kan motiveras av ett berättigat mål rörande sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning. Syftet för genomförandet ska anses nödvändigt eller lämpligt.⁷⁶ I artikel 6.1 preciseras närmare innebörden av de tre undantagen som innefattas av berättigad särbehandling på grund av ålder: Fastställandet av minimivillkor gällande ålder, yrkeserfarenhet eller anställningstid för tillträde till anställningen eller för vissa förmåner förknippade med anställningen. Ett fastställande av en högsta åldersgräns för rekrytering av arbetstagare baserat på den utbildning som krävs för den aktuella tjänsten eller på att det krävs en rimligt lång anställningsperiod innan den aktuella arbetstagaren kan pensioneras. Införandet av villkor som gäller tillträde till anställning och yrkesutbildning, anställnings samt arbetsvillkor, inbegripet villkor för avsked och löner, för ungdomar och äldre arbetstagare samt underhållsskyldiga personer med syftet att främja deras anställningsbarhet eller att skydda dem.⁷⁷

⁷² Nyström (2017) s. 195

⁷³ Nyström (2017) s. 222

⁷⁴ Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättandet av en allmän ram för likabehandling, Artikel 2.

⁷⁵ Nyström (2017) s. 223

⁷⁶ Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättandet av en allmän ram för likabehandling, Artikel 6.1.

⁷⁷ Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättandet av en allmän ram för likabehandling, Artikel 6.1.

Numhauser-Henning menar att Likabehandlingsdirektivet, med dess brokiga struktur, tenderar att främja en strategi som behandlar de olika diskrimineringsgrunderna som parallella men separata skador. EU-domstolens ovilja mot att ifrågasätta medlemsstaternas politik, bekräftar domstolens inställning till rättsfall där flera diskrimineringsgrunder samverkar samt att EU-domstolen inte kräver att de nationella domstolarna i större utsträckning undersöker de bevis som presenteras av de nationella staterna för att motivera sin politik. Detta sätt att handla leder till att EU-domstolen själva blir ”blinda” för de nackdelar som skapas av den här formen av systematisk karaktär.⁷⁸

Proportionalitetsprincipen regleras i artikel 5.4 FEU och innebär att EU:s åtgärder till form och innehåll måste vara proportionerliga för att åstadkomma målen i fördragen.⁷⁹ Christa Tobler framhåller att proportionaliteten i artikel 6.1 i Likabehandlingsdirektivet är huvudområdet för kontrovers med hänsyn till EU-domstolens praxis med hänsyn till Likabehandlingsdirektivet och att det inte är enkelt att förutse utgången i mål av det slag. Vidare framhåller Tobler att en kategori av fall utmärker sig. Det verkar som att EU-domstolen är villig att ha en mildare inställning till mål som handlar om obligatorisk pensionering vid en preciserad ålder i ett bestämt samhälle.⁸⁰ Enligt Dagmar Schiek ska proportionalitetsprincipen appliceras i sin strikta form i mål som handlar om undantaget från diskrimineringsförbudet i artikel 6.1 Likabehandlingsdirektivet. Detta innebär att om ett mindre diskriminerande alternativ finns tillgängligt för att uppnå det relevanta målet bör berättigandet av särbehandlingen vara ogiltigt.⁸¹

4.2 EU-domstolens rättstillämpning avseende åldersgränser vid pensionering

Schiek framhåller att EU-domstolen har godkänt alla rättsfall som rör obligatorisk pensionering där den anställda uppnått den fastställda pensionsåldern. Frågan kring huruvida obligatorisk pensionering var nödvändigt för att uppnå målen ställdes aldrig.⁸² Inom EU-rätten finns en allmän rättsprincip om ett diskrimineringsförbud på grund av ålder. Detta fastställdes i fallet

⁷⁸ Numhauser-Henning (2017) s. 160–161

⁷⁹ FEU, Artikel 5.4

⁸⁰ Tobler i Numhauser-Henning, Rönmar (2017) s. 110

⁸¹ Schiek i Numhauser-Henning, Rönmar (2017) s. 80

⁸² Schiek i Numhauser-Henning, Rönmar (2017) s. 82

Mangold.⁸³ EU-domstolen konstaterade i fallet *Palacios de la villa* att unionens medlemsstater och dess nationella arbetsmarknadsparter har en stor handlingsfrihet beträffande att fastställa vilka sysselsättningsmässiga mål som ska uppfyllas samt på vilket sätt de ska genomföras.⁸⁴ Trots att medlemsstaterna åtnjuter stor handlingsfrihet i sina bedömningar, innebär det inte enligt Nyström att EU-domstolen låter bli att granska om åtgärderna är lämpliga för att uppnå de uppsatta målen, och att det finns proportionalitet mellan mål och genomförande. Denna proportionalitet fordrar en avvägning mellan likabehandlingsprincipen och de krav som det aktuella målet kräver.⁸⁵ För att en åtgärd ska kunna betraktas som lämplig och nödvändig får den inte vara orimlig i förhållande till det mål som eftersträvas. Detta framgår av fallet *Fuchs och Köhler*.⁸⁶ Av fallet *Age concern England* framgår det vilka krav EU-domstolen ställer kring de åtgärder som medlemsstaterna presenterar samt hur bevisbördan är fördelad. Allmänna yttranden från medlemsstaterna om att en specifik åtgärd är ämnad till att ingå i landets sysselsättningspolitik, arbetsmarknadspolitik eller yrkesutbildningspolitik är inte tillräckligt för bevisa att målet med den aktuella åtgärden kan motivera ett undantag från diskrimineringsförbudet.⁸⁷ Medlemsstaten som åberopar ett mål för ett berättigande av särbehandling på grund av ålder har bevisbördan att styrka detta. EU-domstolens beviskrav är högt ställda för ett berättigande av särbehandling på grund av ålder.⁸⁸ Vidare ställdes frågan i fallet *Age concern England* om det är ett krav att de åberopade målen för berättigandet av särbehandlingen ska vara preciserade i den nationella lagstiftningen.⁸⁹ EU-domstolen hänvisade till ett resonemang i det tidigare *Palacios de la villa-fallet*. I den nationella lagstiftningen saknades en precisering av vilka mål som kunde anses vara berättigade enligt 6.1 Likabehandlingsdirektivet. Detta innebar inte automatiskt att lagstiftningen ej kunde anses motiverad.⁹⁰ I målet *Age Concern England* prövades huruvida obligatorisk pensionering vid 65 års ålder kunde utgöra diskriminering i linje med likabehandlingsdirektivet.⁹¹ EU-domstolen

⁸³ C-144/04, Mangold mot Helm, punkt 75

⁸⁴ C-411/05 *Palacios de la villa* mot Cortfiel Servicios SA, punkt 68

⁸⁵ Nyström (2017) s. 231–232

⁸⁶ Förenade målen C-159/10 *Fuchs* och C-160/10 *Köhler* mot Land Hessen, punkt 83

⁸⁷ C-388/07 *Age concern England*, punkt 51

⁸⁸ C-388/07 *Age concern England*, punkt 67

⁸⁹ C-388/07 *Age concern England*, punkt 44

⁹⁰ C-411/05 *Palacios de la villa* mot Cortfiel Servicios SA, punkt 56

⁹¹ C-388/07 *Age concern England*, punkt 18

ansåg att ett anfört mål för berättigande av särbehandling ska vara socialpolitiska mål som rör antingen sysselsättning, arbetsmarknad och yrkesutbildning. Målen ska vara av allmänintresse som frångår individuella skäl som hör ihop med arbetsgivarens situation. Som exempel för detta anger domstolen att minska kostnaderna eller att förbättra konkurrenskraften.⁹² EU-domstolen konstaterade att EU:s medlemsstater åtnjuter ett avsevärt utrymme för skönmässig bedömning beträffande valet av vilka medel de vill använda sig av för att uppnå sina socialpolitiska mål. Medlemsstaterna har alltså ett stort utrymme för att göra fria bedömningar som bygger på deras egna uppskattningar. Däremot får utrymmet för bedömningen inte resultera i att verkställandet av principen om icke-diskriminering urholkas.⁹³ Av fallen *Georgiev*⁹⁴ och *Petersen*⁹⁵ går det att utläsa att EU-domstolen anser att fastställandet av en obligatorisk pensionsålder kan vara behövlig inom yrken där arbetstillfällena är begränsade till ett visst antal för att underlätta för yngre arbetstagares tillträde till tjänsterna. I det första fallet rörde det sig om universitetsprofessorer och i det senare tandläkare. I vissa fall bedöms en bestämmelse syfte för att uppnå ett specifikt mål som berättigat, men medlen för dess genomförande bedöms som oproportionerliga i förhållande till syftet. Detta framgår av fallen *Prigge*⁹⁶ och *kommissionen mot Ungern*⁹⁷. I fallet *Prigge* prövades huruvida en kollektivavtalsbestämmelse om en högsta åldersgräns för obligatorisk pensionering av piloter vid 60 års ålder stred mot Likabehandlingsdirektivet, trots att internationella och nationella regler vanligtvis sätter en gräns vid 65 år för pensionering. EU-domstolen nekade argumentet för berättigandet av särbehandlingen i bestämmelsen; att värna om såväl piloternas och allmänhetens hälsa och säkerhet.⁹⁸ I fallet *Kommissionen mot Ungern* konstaterade EU-domstolen att en nationell bestämmelse som innebar en sänkning av åldersgränsen till 62 år för pensionering av domare, åklagare var ooberättigad särbehandling. Det av Ungern anförda målet, att göra reglerna om pension enhetliga samt att skapa en lämplig åldersstruktur genom att göra det lättare för unga juristers inträde i domstolsväsendet bedömdes som oproportionerliga.⁹⁹ EU-domstolen ansåg att

⁹² C-388/07 *Age concern England*, punkt 46

⁹³ C-388/07 *Age concern England*, punkt 51

⁹⁴ C-250/09 *Georgiev mot Tehniceski universitet - Sidua, filial Plovdiv*

⁹⁵ C-341/08 *Petersen mot Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*

⁹⁶ C-447/09 *Prigge, Fromm, Lambach mot Deutsche Lufthansa AG*, punkt 83

⁹⁷ C-286/12 *Kommissionen mot Ungern*, punkt 72

⁹⁸ C-447/09 *Prigge, Fromm, Lambach mot Deutsche Lufthansa AG*, punkt 85

⁹⁹ C-286/12 *Kommissionen mot Ungern*, punkt 28, 72

Ungern inte presenterat något som påvisar att en mindre ingripande bestämmelse inte hade kunnat resultera i att de eftersträvade målen uppnåddes.¹⁰⁰

Den svenska 67-årsregeln prövades mot Likabehandlingsdirektivet i EU-domstolen i fallet *Hörnfeldt*. EU-domstolen godtog den svenska regeringens argument gällande att 67-årsregeln minskar hindren för de arbetstagare som önskar att arbeta efter 65 års ålder samt gör det möjligt för en anpassning för pensionssystemet till livsinkomstprincipen, det vill säga att din pension är beroende av hur länge du har arbetat. Vidare ansåg EU-domstolen att bestämmelsen möjliggör en anpassning till den demografiska utvecklingen samt till risken för arbetskraftsbrist.¹⁰¹ Domstolen godkände argumentet kring att regeln genom att en arbetstagares anställning automatiskt avslutas vid 67 års ålder bidrar till att undvika att anställningar avslutas på ett förödmjukande sätt på grund av personens höga ålder.

Ytterligare ett argument från regeringen som EU-domstolen godkände var att 67-årsregeln främjar yngres inträde på arbetsmarknaden och förhindrar dem att tvingas lämna arbetsmarknaden.¹⁰² Liknande argument kring att gynna yngre arbetstagare genom att underlätta deras inträde på arbetsmarknaden och att slippa förödmjukande uppsägningar av arbetstagare på grund av deras lämplighet fördes i fallet *Rosenblatt*.¹⁰³ Ytterligare en likhet finns mellan de ovanstående argumenten i *Hörnfeldt* och *Rosenblatt* om att underlätta för yngre arbetstagare och det sysselsättningspolitiska argument som de spanska myndigheterna förde i *Palacios de la villa*. I detta fall handlade argumentet om fördelningen av arbetet mellan generationerna¹⁰⁴; att bestämmelsen främjar full sysselsättning genom att underlätta inträdet på arbetsmarknaden.¹⁰⁵ Sammantaget konstaterade EU-domstolen att den svenska 67-års regeln inte stred mot EU-rätten eftersom de kunde motiveras av ett berättigat mål som rör arbetsmarknads- och sysselsättningspolitik.¹⁰⁶ I de förenade fallen *Fuchs och Köhler* presenterade den tyska delstaten

¹⁰⁰ C-286/12 Kommissionen mot Ungern, punkt 71

¹⁰¹ C-141/11 Hörnfeldt mot Posten meddelande AB, punkt 33

¹⁰² C-141/11 Hörnfeldt mot Posten meddelande AB, punkt 34

¹⁰³ C-45/09 Rosenblatt mot Oellerking Gebäudereinigungsges, punkt 53

¹⁰⁴ C-411/05 Palacios de la villa mot Cortfiel Servicios SA, punkt 53

¹⁰⁵ C-411/05 Palacios de la villa mot Cortfiel Servicios SA, punkt 72

¹⁰⁶ C-141/11 Hörnfeldt mot Posten meddelande AB, punkt 48

Hessen mål för ett berättigande av särbehandling på grund av ålder; att skapa en balans i åldersstrukturen för att främja anställning och sysselsättning hos unga samt att undvika tvister om huruvida arbetstagaren kan arbeta efter denna ålder.¹⁰⁷ I detta fall rörde det sig om två chefsåklagare i Tyskland vars anställningar avslutats efter att de uppnått den obligatoriska pensionsåldern vid 65 års ålder. Tjänsterna kunde förlängas ett år i taget fram till att arbetstagaren fyller 68 år om tjänstens intresse kräver detta.¹⁰⁸ EU-domstolen ansåg att målen var berättigade och dess genomförande var lämpliga och nödvändiga.¹⁰⁹

4.3 68-årsregeln i relation till Likabehandlingsdirektivet

I underlagsrapporten till Pensionsåldersutredningen Anställningsskyddet och pensionsåldern framhåller Malmberg att ett av syftena till den nuvarande 67-årsregeln var att arbetsgivaren inte ska vara tvungen att säga upp äldre arbetstagare på grund av brister i prestationen och därigenom slipper arbetstagarna förödmjukas när anställningen avslutas.¹¹⁰ Det finns ett nära samband mellan bestämmelsen och principen om att en bristande prestationsförmåga i arbetet på grund av ålder vanligen inte utgör saklig grund för uppsägning. Denna princip innebär att äldre arbetstagare har en fördelaktig ställning fram till de fyller 67 år och har rätt till pension. Med rätten till pension reduceras anställningsskyddet.¹¹¹ Ett argument för 67-årsregeln kan vara att ge unga arbetstagare en möjlighet att bli anställda i sektorer där antalet arbetstillfällen är begränsade. Arbetstagare som omfattas av 67-årsregeln har rätt till pension som vanligtvis motsvarar en skälig nivå. Vidare Malmberg poängterar att bestämmelsen inte exkluderar arbetstagaren från att ta annan anställning. De argument som upprätthåller 67-årsregeln har till stor del godkänts av EU-domstolen.¹¹² Argumentet kring 67-årsregelns koppling till principen om bristande arbetsförmåga på grund av en stigande ålder vanligtvis ej utgör saklig grund för uppsägning har ännu inte prövats av EU-domstolen.¹¹³ Syftet med denna reglering är både att ge arbetsgivarna en viss flexibilitet samt att arbetstagarna ska känna trygghet i sin anställning och så

¹⁰⁷ Förenade målen C-159/10 Fuchs och C-160/10 Köhler mot Land Hessen, punkt 47

¹⁰⁸ Förenade målen C-159/10 Fuchs och C-160/10 Köhler mot Land Hessen, punkt 12

¹⁰⁹ Förenade målen C-159/10 Fuchs och C-160/10 Köhler mot Land Hessen, punkt 83

¹¹⁰ SOU 2011:05 s. 19

¹¹¹ SOU 2011:05 s. 19-20

¹¹² SOU 2011:05 s. 19

¹¹³ SOU 2011:05 s. 19

småningom en skälig pension. Sveriges unikt höga arbetskraftsdeltagande för arbetstagare äldre än 55 år medför att det finns ett befogat stöd för att regleringen är lämplig för att uppnå målet att värna om den äldre arbetskraften. 67-årsregeln och höjningen av åldersgränserna till 68 år respektive 69 år inte bör strida mot likabehandlingsdirektivet. Dessutom bör borttagandet av centrala delar av anställningsskyddet för arbetstagare som passerat 67 år vara förenligt med Likabehandlingsdirektivet. Detta eftersom 67-årsregeln kan motiveras av berättigade mål vars genomföranden är lämpliga och nödvändiga. Emellertid understryker Malmberg att det delvis är ovisst hur EU-domstolens bedömning av de berörda reglerna kommer bli.¹¹⁴ Noggrannhet i formuleringen av bestämmelsens syften och varför den är lämplig och nödvändig är viktigt.¹¹⁵

I en skrivelse till regeringen ifrågasätter DO om de skäl som godkänts i fallet *Hörnfeldt*¹¹⁶ och som därmed upprätthåller 67-årsregeln är starka nog för att berättiga ett undantag för åldersdiskriminering enligt Likabehandlingsdirektivet. Det första argumentet i *Hörnfeldt* som DO ifrågasätter handlar om att förstärka yngre arbetstagares möjligheter på arbetsmarknaden genom att "tvångspensionera" äldre. Vidare betonas att det finns osäkerheter kring i vilken utsträckning 67-årsregeln har den påstådda effekten.¹¹⁷ DO hänvisar till en analys från studieförbundet SNS, Ungdomsarbetslösheten går inte att pensionera bort, författad år 2015 av professor i nationalekonomi Anders Forslund. Det finns inget tydligt samband mellan antalet äldre på arbetsmarknaden och svårigheten för ungdomar att få arbete. Vidare försvårar inte fler äldre på arbetsmarknaden ungas inträde på arbetsmarknaden.¹¹⁸ Det andra argumentet i *Hörnfeldt* som godkändes av EU-domstolen var att undvika att anställningar avslutas under förödmjukande former på grund av arbetstagarens höga ålder. Eftersom en arbetstagares förmåga att utföra ett arbete är individuell bör bedömningen av den enskilde arbetstagarens förmåga ske på individnivå.¹¹⁹ Kravet på saklig grund för uppsägning av personliga skäl i 7 § LAS är förenat

¹¹⁴ SOU 2011:05 s. 20

¹¹⁵ SOU 2011:05 s. 20

¹¹⁶ Se C-141/11 Hörnfeldt mot Posten meddelande AB

¹¹⁷ Diskrimineringsombudsmannen (DO), *Lagen om anställningsskydds reglering rörande rätten att avbryta arbetstagares anställning vid 67 års ålder*. 2017.

<https://www.do.se/om-do/vad-gor-do/skrivelser-till-regeringen/test/>

¹¹⁸ Forslund, Anders (2015) *Ungdomsarbetslösheten går inte att pensionera bort nr 25*. SNS Analys.

http://www.sns.se/wp-content/uploads/2016/08/sns_analys_nr_25.pdf

¹¹⁹ Prop. 2018/19:91 s. 27

med individen och dennes förmåga att verkställa de arbetsuppgifter som framgår av anställningen. Schablonmässiga bedömningar av arbetsförmågan som grundar sig på kronologisk ålder strider mot kravet på saklig grund och utgör en särbehandling på grund av ålder.

Arbetstagare som blir av med sin anställning på ovanstående sätt kan inte heller betraktas få ett värdigt slut på arbetslivet, då arbetstagaren på osakliga grunder bli uppsagd från en anställning som denne både är kapabel till och önskar att utföra.¹²⁰

Numhauser-Henning anser förbudet mot åldersdiskriminering i första hand fungerar för att angripa uppsägningar som är kopplade till individen. EU:s medlemsstater skiljer sig åt när det kommer till den utsträckning att sjukdom och nedsatt arbetsförmåga kan rättfärdigas som en uppsägningsgrund i form av personliga skäl. Enligt Numhauser-Henning finns det goda skäl att tro att ett upprätthållande av förbudet mot åldersdiskriminering och därmed även en bestämmelse om saklig grund för uppsägning oavsett ålder skulle leda till en ökad betoning på den anställdes arbetsförmåga som anställningskrav. Vidare skulle detta leda till ett underminerande av strategier för aktivt åldrande och anställningsskyddet långt innan uppnådd pensionsålder.¹²¹

4.4 Åldersdiskriminering enligt Diskrimineringslagen 2008:567

4.4.1 Bakgrund

Bakgrunden till bestämmelserna kring åldersdiskriminering ligger i Likabehandlingsdirektivet, som behandlar inrättandet av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet. Själva Likabehandlingsdirektivet behandlas under punkt 4.1, kortfattat innebär direktivet att sysselsättning och arbete är grundläggande faktorer för att garantera lika möjligheter för alla. Särskilt stöd till äldre arbetstagare är ytterst viktigt, för att de i så hög grad som möjligt kan delta i arbetslivet. För att Diskrimineringslagen ska kunna leva upp till Likabehandlingsdirektivets krav, måste kraven för att undvika diskriminering upprätthållas även utanför arbetsrätten, det vill säga att även förbjuda åldersdiskriminering inom till exempel arbetsförmedlingar och arbetsmarknadspolitiska verksamhet.¹²²

¹²⁰ Prop. 2018/19:91 s. 27

¹²¹ Numhauser-Henning (2017) s. 167

¹²² Gabinus Göransson, Del Sante (2018) s. 37

Innan upprättandet av ålder som diskrimineringsgrund hade den svenska lagstiftningen saknat ett uttryckligt förbud mot diskriminering som hade direkt samband med ålder. Detta innebär idag att alla människor omfattas av diskrimineringsgrunden då alla människor har en ålder. Dock kan det konstateras att olika åldrar har olika behov har diskrimineringskyddet, och att diskrimineringsförbudet i praktiken kan ha olika betydelse för olika åldrar.¹²³

Tanken om att det skulle finnas undantag från förbudet mot åldersdiskriminering i Diskrimineringslagen, grundades i att det redan i Likabehandlingsdirektivet fanns särskilda undantag från diskrimineringsförbudet som gällde ålder. I artikel 6.1 i Likabehandlingsdirektivet menas att särbehandling på grund av ålder inte utgör grund för diskriminering, om särbehandlingen på ett objektivt och rimligt sätt inom ramen för nationell rätt kan motiveras av ett berättigat mål som rör sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning, samt att sätten att genomföra dessa syften på är lämpliga och nödvändiga.¹²⁴ Diskrimineringskommittén menade att det sakliga behovet av undantag från ålder som diskrimineringsgrund var större än för övriga diskrimineringsgrunder. Flertalet av EU:s medlemsländer hade redan gjort samma bedömning gällande behovet av undantag som Diskrimineringskommittén. Regeringen menade att ett diskrimineringsförbud mot åldersdiskriminering inte nödvändigtvis hade inneburit en starkare ställning för både yngre och äldre arbetstagare, utan snarare att det kunde leda till icke önskvärda nackdelar för alla parter.¹²⁵

Att diskrimineringslagen skulle innehålla särskilda undantag från förbudet mot åldersdiskriminering välkomnades till stor del av remissinstanserna.¹²⁶ AD önskade något mer konkreta riktlinjer om i vilka situationer undantaget för det berättigade syftet kan bli tillämpligt. Svenskt näringsliv däremot välkomnade att undantagen inte var mer detaljerat än vad det var och LO pekade på det stora behovet av ett brett undantag som skulle ge utrymme för kollektivavtal på området. TCO menade att det var väldigt viktigt att undantaget hölls så brett som möjligt, så att förbudsregeln inte motverkade det skydd som etablerats mot åldersdiskriminering. SACO

¹²³ Prop. 2007/08:95 s. 130

¹²⁴ Prop. 2007/08:95 s. 172

¹²⁵ Prop. 2007/08:95 s. 175

¹²⁶ Prop. 2007/08:95 s. 171

instämde med TCO och tillade att särbehandling som har ett legitimt syfte måste tillåtas.¹²⁷ Pensionärernas Riksförbund anförde att regler som ger ett skydd för äldre och yngre kan vara berättigade, och då inte borde betraktas som diskriminering.¹²⁸ Åldersgränser används i flera fall för att tillgodose syften som är berättigade och värda att skydda i sig. Exempel på detta kan vara intresset att främja yngre eller äldre personers möjlighet till anställning.¹²⁹

Regeringens tanke kring hur undantaget borde utformas var att utrymmet för undantag från Diskrimineringslagen bör vara väldigt litet och ha en mycket snäv tolkning.

Diskrimineringslagens underbestämmelser borde formuleras dels på ett enhetligt sätt, och dels på ett sätt som inte låser tillämpningsområdet till specifika förhållanden.¹³⁰ Utgångspunkten bör vara att ålder inte ska få beaktas i ett anställningsbeslut.¹³¹ Gällande vilka syften som borde anses berättigade för att undantas från diskrimineringslagen gällande ålder, gav regeringen ett antal exempel, bland annat att främja äldre arbetstgares möjligheter att få eller behålla ett arbete, samt äldre arbetstgares ökade behov av vila och rekreation. Ytterligare exempel är förlängd uppsägningstid som syftar till att äldre i ökad utsträckning ska kunna arbeta till ålderspension eller att arbetsgivare i samband med turordningsförhandlingar eller neddragning av verksamhet erbjuder äldre arbetstgare ålderspension eller liknande ersättning. Det sistnämnda innebär att yngre arbetstgare kan ha kvar sina anställningar medan de äldre mot ersättning lämnar verksamheten.¹³² Om arbetssökande som nått en sådan ålder att hen står i begrepp att gå i ålderspension, borde den arbetssökandes ålder kunna åberopas som skäl för att inte anställa denna arbetssökande. Detta då personen söker arbete för endast en kortare tid, vilket hade blivit oproportionerligt kostsamt för arbetsgivaren. I en sådan situation där arbetstgaren har kort tid kvar till dennes pension, framstår det inte alltid som rimligt att arbetsgivaren ska bekosta upplärning, vidareutbildning eller kompetensutveckling. Dock beror detta på omfattningen av kostnaden för utbildningen.¹³³

¹²⁷ Prop. 2007/08:95 s. 175

¹²⁸ Prop. 2007/08:95 s. 172

¹²⁹ Prop. 2007/08:95 s. 176

¹³⁰ Prop. 2007/08:95 s. 176

¹³¹ Prop. 2007/08:95 s. 180

¹³² Prop. 2007/08:95 s. 179

¹³³ Prop. 2007/08:95 s. 180

I lagens förarbeten tas upp de särskilda bestämmelserna om rätten att kvarstå i anställning till en viss ålder, 32a – 33 §§ LAS. Regeringen menar att dessa paragrafer, i förhållande till Diskrimineringslagen, är ett giltigt undantag från Diskrimineringslagen då de är väl motiverade. De menar att det är rimligt att det finns en bestämd tidpunkt för när det lagfästa anställningsskyddet ändrar karaktär och arbetsgivare tillåts avsluta anställningsförhållandet utan att visa saklig grund för uppsägning på vanligt sätt.¹³⁴

4.4.2 Ålder som diskrimineringsgrund

Åldersdiskriminering regleras i 1 kap 1 § DL och paragrafens ändamål är att motverka diskriminering mot ålder samt ytterligare sex stycken diskrimineringsgrunder. Ålder definieras enligt Diskrimineringslagen som uppnådd levnadslängd.¹³⁵ Det finns sex olika diskrimineringsgrunder där ålder är en utav dem, men åldersdiskriminering kan ske både direkt och indirekt. Direkt åldersdiskriminering innebär att en person missgynnas i samband med ålder genom att denne behandlas sämre än någon annan blir, har eller skulle behandlats i en jämförbar situation.¹³⁶ Exempel på detta kan vara om en person som sökt en tjänst uppfyller alla krav i annonsen men inte blir kallad på intervju på grund av hens ålder. Detta är åldersdiskriminering då missgynnandet är kopplat direkt till personens ålder, det vill säga en diskrimineringsgrund, och en annan person med en annan ålder hade behandlats annorlunda i en jämförbar situation. Indirekt åldersdiskriminering sker när någon missgynnas i samband med ålder genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som vid första anblick framstår som neutralt, men som kan komma att särskilt missgynna personer i en viss ålderskategori.¹³⁷ För att en bestämmelse eller ett kriterium inte ska utgöra indirekt åldersdiskriminering, måste det vara relevant för ändamålet med bestämmelsen eller kriteriet. Att till exempel ange att sökande för en viss tjänst inte får överskrida åldern 60 år som krav i en annons, innebär indirekt åldersdiskriminering.

¹³⁴ Prop. 2007/08:95 s. 183

¹³⁵ 1 kap 5 § 6 p DL

¹³⁶ 1 kap 4 § 1 p DL

¹³⁷ 1 kap 4 § 2 p DL

En person kan bli diskriminerad i form av trakasserier, vilket innebär att en annan person kränker någons värdighet i samband med den kränkta personens ålder.¹³⁸ Slutligen finns det en form av tredjeparts diskriminering, nämligen instruktioner att diskriminera någon. En person kan instruera en tredje part som står i lydnads- eller beroendeförhållande till den som lämnar ordern, instruktionen eller som gentemot denna åtagit sig att fullgöra uppdraget att diskriminera någon.¹³⁹

En arbetsgivare får inte diskriminera den som hos arbetsgivaren är arbetstagare, gör en förfrågan om eller söker arbete, söker eller fullgör praktik, eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft.¹⁴⁰ Även om förbudet mot diskriminering enligt 2 kap 1 § 2 st DL existerar, får vissa undantag göras från förbudet. Särbehandling på grund av ålder acceptabel, om den har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.¹⁴¹ Sådana berättigade syften som nyss nämnts kan exempelvis vara att främja äldres förmåga till anställning eller fortsatt anställning.¹⁴² Den ovan nämnda punkten går att applicera på fler områden än inom arbetslivet, till exempel inom utbildning och värnplikt samt civilplikt. Innebörden av förbudet mot åldersdiskriminering blir klar först när själva diskrimineringsförbudet som en huvudregel ställs mot undantagen från förbudet.¹⁴³ Slutligen har arbetsgivaren ett ansvar att bedriva arbete med aktiva åtgärder för att i så stor utsträckning som möjligt förebygga och främja arbetet mot diskriminering på arbetsplatsen.¹⁴⁴

Åldersdiskriminering är, efter funktionsnedsättning, etnisk tillhörighet och kön, den diskrimineringsgrund som har högst antal anmälningar under 2018.¹⁴⁵ Flest antal anmälda åldersdiskrimineringar sker i samband med samhällsområdet arbetslivet.¹⁴⁶ Det finns ett flertal

¹³⁸ 1 kap 4 § 5 p DL

¹³⁹ 1 kap 4 § 6 p DL

¹⁴⁰ 2 kap 1 § DL

¹⁴¹ 2 kap 2 § 4 p DL

¹⁴² Nyström (2017) s. 245

¹⁴³ Gabinus Göransson, Del Sante (2018) s. 37-38

¹⁴⁴ 3 kap 1 § LAS

¹⁴⁵ Diskrimineringsombudsmannen (2018). *Årsredovisning 2018*. s. 67 <https://www.do.se/globalassets/om-do/diskrimineringsombudsmannens-arsredovisning-20182.pdf>

¹⁴⁶ Diskrimineringsombudsmannen (2018). *Årsredovisning 2018*. s. 68

<https://www.do.se/globalassets/om-do/diskrimineringsombudsmannens-arsredovisning-20182.pdf>

exempel på den vida tolkningen av åldersdiskriminering och när ett berättigat syfte förekommer. Ett exempel var när ett flygbolag hade infört en policy om att inte förnya sin behovsanställning för piloter som fyllt 70 år. Flygbolaget försvarade denna åldersgräns med att med stigande ålder så ökar risken för sjukdomar, exempelvis hjärtproblem, hjärnblödningar och högt blodtryck samt att äldre människors hälsotillstånd kan försämrats i så snabb takt att bolagets trafikmedicinska undersökningar inte hinner med. AD gick igenom aktuell EU-praxis och kom fram till flygbolagets generella övre åldersgräns inte var lämplig och nödvändig för att uppnå det dock berättigade syftet att öka trafiksäkerheten. AD menade därmed att den särbehandling som skett för de anställda på bolaget som fyllt 70 år, inte kunde rättfärdigas genom undantagsregeln i 2 kap 2 § 1 DL.¹⁴⁷

¹⁴⁷ AD 2015 nr 51

5. Analys

5.1 Problem lagstiftningen avser att lösa

Syftet med denna uppsats är att identifiera och analysera de problem som 68-årsregeln avser att lösa. Regeringens övergripande skäl för att höja den lagstiftade åldern för att kvarstå i anställningen från 67 till 68 år var för att främja ett längre arbetsliv. Nedan har vi därför tagit fram de mest väsentliga problemen som fanns med 67-årsregeln och som 68-årsregeln avser att lösa.

5.1.1 Arbetsgivaren missförstår och säger upp 67-åringar för tidigt

Ett problem kring 67-årsregeln som identifierats av Pensionsutredningen, är att dess korrekta innebörd emellanåt missuppfattas av arbetsgivarna. Som nämnt i ovanstående punkt har arbetsgivaren rätt att genom 67-årsregeln avsluta arbetstagare utan krav på saklig grund när arbetstagarna fyllt 67 år, om arbetsgivaren informerar arbetstagarna om avslutet minst en månad innan de fyllt 67 år. Efter 67-årsdagen återgår kravet på saklig grund, och har inte arbetsgivaren informerat arbetstagarna som sig bör, kan arbetsgivaren hamna i en prekär situation där det blir svårare att säga upp dem. 67-årsregeln kan resultera i att arbetsgivaren känner en press att avsluta arbetstagarens anställning i samband med 67-årsdagen, även om det hade kunnat vara av båda parter intresse att arbetstagarens anställning kvarstår. Arbetstagaren kan istället välja att åberopa 5 § 4 punkten LAS, som reglerar avtal om tidsbegränsad anställning för arbetstagare som fyllt 67 år. Arbetsgivaren kan därmed avsluta arbetstagarens anställning när denne fyllt 67 år, och sedan återanställa arbetstagaren som visstidsanställd.

Det går att göra antagandet att missuppfattandet av 67-årsregelns innebörd har resulterat i att det inte finns omfattande praxis från AD på rättsområdet. Om arbetsgivare inte avslutat anställningar innan 67 års ålder, hade svensk praxis troligtvis varit mer omfattande. Det går att göra antagandet att arbetsgivare i stor utsträckning avslutar anställningar innan 67 års ålder, eftersom svensk praxis från AD är så pass begränsad. 67-årsregelns syfte, att förlänga arbetslivet, har därmed inte uppnåtts på grund av de missuppfattningar som gjort av arbetsgivarna. Vi anser att 68-årsregeln förtydligar och förenklar innebörden av 67-årsregeln. 68-årsregeln innebär att arbetsgivaren har rätt att säga upp arbetstagaren efter att denne fyllt 68 år, utan krav på saklig grund och med en månads uppsägningstid. Vi tror att pressen på arbetsgivaren i det här fallet

borde minska - arbetsgivaren har inte längre ett visst datum då anställningsskyddet återgår till sin fulla kapacitet, utan den underlättande avsaknaden av kravet på saklig grund för uppsägning fortsätter fram tills den dag då arbetsgivaren väljer att säga upp arbetstagaren. 68-årsregeln medför en ökad förutsägbarhet för arbetstagarna eftersom det blir mer definitivt hur långt deras anställningsskydd sträcker sig och de behöver inte leva i osäkerheten som en visstidsanställning kan innebära. Bestämmelserna i 5 § 4 punkten LAS försvinner i samband med 68-årsregeln införande. Bestämmelsen blir överflödig, då 68-årsregeln innebär att en tillsvidareanställning kan avslutas när som helst. Mot denna bakgrund anser vi att 68-årsregeln kan vara till gagn för både arbetsgivare och arbetstagare, och förhoppningsvis kan bestämmelsen leda till ett förlängt arbetsliv för många arbetstagare.

5.1.2 Förödmjukelse på grund av stigande ålder

Ett av de problem som har uppstått med 67-årsregeln är att arbetsgivaren kan tvingas säga upp arbetstagaren på grund av deras ålder och i samband med detta riskerar arbetsgivaren att utsätta arbetstagaren för onödig förödmjukelse. Enligt 67-årsregeln kan en arbetsgivare avsluta en arbetstagares anställning, om arbetsgivaren minst en månad i förväg underrättat arbetstagaren om detta. Om arbetsgivaren inte underrättat arbetstagarens minst en månad innan denne fyllt 67 år men ändå vill avsluta arbetstagarens anställning, så återkommer kravet på saklig grund enligt 7 § LAS och arbetsgivaren måste därmed motivera uppsägningen med saklig grund. En rättslig princip inom LAS är att en nedsatt arbetsförmåga som hör ihop med en ökande ålder vanligtvis inte utgör saklig grund för uppsägning. Om arbetsgivaren skulle vilja bli av med sin nu över 67 år gamla arbetstagare kan arbetsgivaren bli tvungen att argumentera för att arbetstagaren inte presterar i enlighet med sina arbetsuppgifter och att det inte heller finns nog med skäl för att anpassa arbetet till arbetstagarens premisser. Arbetsgivaren skulle därmed bli tvungen att påvisa att arbetstagarens ålder påverkar arbetstagarens arbete negativt. Vidare skulle arbetsgivaren riskera att utsätta den anställde för onödig förödmjukelse över att arbetstagarens förmåga inte längre är tillräcklig då denne blivit för gammal.

Genom införandet av 68-årsregeln försvinner det korta tillfället då arbetsgivaren kan avsluta en arbetstagares anställning minst en månad innan denne fyllt 67 år. Istället får arbetsgivaren rätten att utan krav på saklig grund säga upp arbetstagaren från den dag då denne fyllt 68 år och framåt.

Genom 68-årsregelns införande anser vi att det är troligt att arbetstagaren inte i lika hög grad kommer att utsättas för onödig förödmjukelse på grund av kravet på saklig grund. Dock ifrågasätter vi om det inte kommer att infinna sig andra problem på grund av avsaknaden av saklig grund. Regeringen argumenterar i förarbeten för att då saklig grund för uppsägning inte kommer att gälla för arbetstagare som är äldre än 68 år, så är det olämpligt för arbetsgivaren att underrätta arbetstagaren om de omständigheter som lett till uppsägningen. Även om den positiva utkomsten av att kravet på saklig grund efter 68 år permanent försvinner, att arbetstagaren inte i lika hög grad utsätts för förödmjukelse, kan det leda till att vissa arbetstagare känner sig orättvist behandlade. Det är svårt att ta hänsyn till allas känslor och 68-årsregeln är en bra generell regel vars tanke är att gynna både arbetstagare och arbetsgivare och verka för ett längre arbetsliv. Det går att göra antagandet att vissa arbetstagare vill veta varför de blir uppsagda. Även om det inte föreligger saklig grund för uppsägning så behöver detta ej betyda att arbetsgivaren inte borde informera arbetstagaren om omständigheterna som ligger till grund för uppsägningen.

5.2 68-årsregeln i förhållande till Diskrimineringslagen och Likabehandlingsdirektivet

Vårt andra syfte var att undersöka huruvida lagändringarna i LAS kan utgöra diskriminering i enlighet med Likabehandlingsdirektivet och Diskrimineringslagen. Diskrimineringslagen är en viktig komponent i den svenska lagstiftningen för att motverka diskriminering i Sverige, men Diskrimineringslagen är baserad på bestämmelserna i Likabehandlingsdirektivet. Detta innebär att både våra källor och vi själva i första hand hänvisar till Likabehandlingsdirektivet med hänsyn till de kopplingar som finns mellan 68-årsregeln och diskriminering.

Det framgår tydligt att ståndpunkterna kring 67-årsregeln och 68-årsregelns vara eller icke varande går isär och att bestämmelserna är omtvistade. Trots att 67-årsregeln prövats och godkänts av EU-domstolen år 2012 i fallet *Hörnfeldt*, anser vi att det skulle kunna finnas anledning att i framtiden pröva om 68-årsregeln strider mot Likabehandlingsdirektivet. Detta eftersom det kan finnas osäkerheter kring vissa argument som EU-domstolen godkänt i Hörnfeldt-fallet. Ett argument som DO ifrågasatte var att bestämmelsen främjar yngres tillträde på arbetsmarknaden och förhindrar dem att vara tvungna att lämna den. DO anser att argumentet är bristfälligt eftersom det finns osäkerheter kring om bestämmelsen har denna effekt. Analysen från SNS påvisade att det inte går att utläsa ett tydligt samband mellan antalet äldre på

arbetsmarknaden och svårigheten för ungdomar att få arbete. Av analysen framgick att fler äldre arbetstagare på arbetsmarknaden inte försvårar ungas inträde på arbetsmarknaden. DO ifrågasatte argumentet kring att 67-årsregeln motverkar att arbetstagarnas anställningar avslutas under förödmjukande former på grund av hög ålder. En arbetstagares förmåga att utföra ett arbete är individuell och ska därför prövas individuellt. Kravet på saklig grund på grund av personliga skäl i 7 § LAS är förenat med individen och dennes förmåga att utföra arbetsuppgifterna som följer av anställningen. Arbetsförmågan bör inte bedömas efter en schablon som bygger på ålder. Att en arbetstagare på osakliga grunder sägs upp från en anställning som denne både klarar av och önskar att utföra, är inte att betrakta som ett värdigt och ej förödmjukande slut på anställningen. Schiek påpekade att i fallet *Hörnfeldt* ställdes frågan aldrig om obligatorisk pensionering var ett nödvändigt medel för att uppnå målen för berättigandet av särbehandlingen på grund av ålder. Detta innebär att om det funnits ett mindre diskriminerande alternativ för att uppnå de anförda målen hade särbehandlingen varit ogiltig. Malmberg har betonat att EU-domstolen aldrig prövat 67-årsregelns koppling till principen om att en nedsättning i arbetsförmågan på grund av en stigande ålder inte utgör saklig grund för uppsägning. I samband med att 68-årsregeln införs och saklig grund inte kommer att gälla tas ovanstående princip bort. Om saklig grund för uppsägning inte kommer att gälla efter 68 år, kommer en nedsatt arbetsförmåga på grund av stigande ålder utgöra saklig grund för uppsägning efter 68 års ålder. Arbetstagarens arbetsförmåga anses då indirekt automatiskt nedsatt på grund av dennes höga ålder. Numhauser-Henning anser att det finns goda skäl att tro att ett upprätthållande av förbudet mot åldersdiskriminering och därmed även en bestämmelse om saklig grund för uppsägning oavsett ålder skulle leda till en ökad betoning på den anställdes arbetsförmåga som ett anställningskrav. Vi anser att om kravet på saklig grund inte skulle tagits bort i samband med 68-årsregelns införande hade detta kunnat resultera i att arbetsgivare i större utsträckning övervakat och mätt äldres arbetsförmåga för att i framtiden ha möjligheten att säga upp dem via saklig grund för uppsägning. Malmberg påpekade att det finns en osäkerhet i hur domstolen skulle bedöma de nya bestämmelserna och underströk att det är viktigt att de syften som lagen ska uppnå samt varför den är lämplig och nödvändig formuleras noggrant.

6. Slutsats och avslutande kommentarer

Även om Sverige står inför en stor demografisk utmaning med hänsyn till den alltmer åldrande befolkningen anser vi att 68-årsregeln är ett nödvändigt och ett steg i rätt riktning för att förlänga arbetslivet för äldre arbetstagare. Vi anser att 68-årsregeln skulle kunna lösa de problem som regeringen tidigare presenterat. Det går att konstatera att det kan finnas osäkerheter kring såväl några av argumenten som regeringen anförde när 67-årsregeln prövades i EU-domstolen samt varför frågan om obligatorisk pensionering var nödvändigt för att uppnå målen eller ej inte ställdes. Dessutom anser regeringen det finns osäkerheter kring hur EU-domstolen skulle bedöma 68-årsregeln eftersom principen om att en nedsättning i arbetsförmågan vanligen inte utgör saklig grund ej prövats. Det ska bli intressant att följa rättsutvecklingen och se om och hur EU-domstolen kommer att pröva denna princip. Mot denna bakgrund så går det att urskilja att det inte är uteslutet att 68-årsregeln skulle kunna strida mot Likabehandlingsdirektivet och följaktligen Diskrimineringslagen.

Abstract

According to section 32a – 33 of the Swedish Employment Protection Act, commonly known as the 67-year rule, an employee has the right to remain in employment until the employee's sixty seventh birthday, if the employer notifies the employee about the employee's termination of employment. In connection with Sweden having a more ageing population and the need of a prolonging of working life for employees, the Swedish government decided in two parts to raise the age limit of an employee's right to remain in employment. The first raise of age from 67 years of age to 68 years will take effect in January 2020. The second raise from 68 years of age to 69 years will be implemented in 2023. These changes in legislation means limitations and a withdrawal of parts of the employment protection for employees older than sixty-eight. The new legislation concerns crucial parts of employment protection such as the removal of the employee's right of just cause for dismissal, the demands of the content of a notice of dismissal, the employer's obligation to name the grounds of dismissal and the employee's right to have an unjust dismissal invalidated. The aims for justification of treatment on the grounds of age in the 67-year rule were reviewed and approved by the CJEU. The new 68-year rule has yet to be reviewed by the CJEU and this essay aims to investigate if the 68-year rule is interfering with the Employment equality directive 2000/78/EC. Furthermore, this essay aims to identify and analyse the problems which the new legislation intends to solve. The legal dogmatic method has been applied in this essay to enable us to answer our research questions. The findings of this essay suggest that the 68-year rule could interfere with the Employment equality directive and the Discrimination Act of Sweden. Moreover, the findings suggest that the 68-year old rule could solve the problems caused by the 67-year rule.

Källförteckning

Litteratur:

Gabinus Göransson, Håkan & Del Sante, Naiti. *Diskrimineringslagen - En lärobok*. Första upplagan. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2018.

Hettne, Jörgen. *EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. Andra upplagan. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2011.

Lehrberg, Bert. *Praktisk Juridisk Metod*. Elfte upplagan. Iusté AB. Uppsala, 2019.

Mattsson, Titti & Numhauser-Henning, Ann. *Äldrerätt: ett nytt rättsområde*. Första upplagan. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2017.

Numhauser-Henning, Ann. *Elder Law - Evolving European Perspectives*. Första upplagan. Edward Elgar Publishing limited. Cheltenham, Storbritannien, 2017.

Numhauser-Henning, Ann & Rönmar, Mia. *Age Discrimination and Labour Law - Comparative and Conceptual Perspective in the EU and Beyond*. Första upplagan. Alpen aan den Rijn, Nederländerna, 2017.

Nyström, Birgitta. *EU och arbetsrätten*. Femte upplagan. Wolters Kluwer Sverige AB. Stockholm, 2017.

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro. *Juridisk Metodlära*. Andra upplagan. Studentlitteratur AB, Lund, 2018.

Samuelsson, Joel & Melander, Jan. *Tolkning och tillämpning*. Andra upplagan. Iustus AB. Uppsala, 2010.

Sandgren, Claes. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*. Fjärde upplagan. Norstedts juridik AB. Stockholm, 2018.

Strindberg, August. *Samlade skrifter av August Strindberg- fyrtiofemte delen kammarspel*. Bonniers grafiska industrier AB, Stockholm, 1987.

Wästfelt, Martin, Wulkan, Malin & Isenstam, Lena. *Anställningsskyddslagen - Med kommentar*. Trettande upplagan. Studentlitteratur AB, Lund, 2019.

Elektroniska källor:

Statistiska centralbyrån (SCB), 2017. *Var tredje 67-åring arbetar*. Hämtdatum 2019-11-20.
<https://www.scb.se/hitta-statistik/artiklar/2017/Var-tredje-67-aring-arbetar/>

Diskrimineringsombudsmannen (DO), 2017. *Lagen om anställningsskydds reglering rörande rätten att avbryta arbetstagares anställning vid 67 års ålder*. Ärende LED 2017/342
Hämtdatum: 2019-12-12. <https://www.do.se/om-do/vad-gor-do/skrivelser-till-regeringen/test/>

Diskrimineringsombudsmannen (DO), 2018. *Årsredovisning 2018*. Hämtdatum 2019-12-16.
<https://www.do.se/globalassets/om-do/diskrimineringsombudsmannens-arsredovisning-20182.pdf>

Forslund, Anders. 2015. *Arbetslösheten går inte att pensionera bort*. SNS Analys, nr 25, s. 1–9.
Hämtdatum 2019-12-14. http://www.sns.se/wp-content/uploads/2016/08/sns_analys_nr_25.pdf

Offentligt tryck:

Sverige

Ds 2018:28 – Förlängt anställningsskydd till 69 år

Prop. 2000/01:78 – Rätt att arbeta till 67 års ålder

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

Prop. 2018/19:91 – Anställningsskyddet förlängs tills arbetstagaren fyllt 69 år

SOU - Statens Offentliga Utredningar. Malmberg, Jonas. *Anställningsskyddet och pensionsåldern* ur Pensionsåldersutredningen (S 2011:05)

Europeiska unionen

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

FEU - Fördraget om Europeiska unionen

FEUF - Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolen:

AD 2015 nr 51

AD 2011 nr 37

EU-domstolen:

C-45/09 Gisela Rosenblatt mot Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH, EU:C:2010:601

C-141/11 Torsten Hörnfeldt mot Posten meddelande AB, EU:C:2012:421

C-144/04 Werner Mangold mot Rüdiger Helm, EU:C:2005:709

Förenade målen C-159/10 och C-160/10 Gerhard Fuchs (C-159/10), Peter Köhler (C-160/10) mot Land Hessen, EU:C:2011:508

C-250/09 Vasil Ivanov Georgiev mot Tehnicheski universitet - Sidua, filial Plovdiv, EU:C:2010:699

C-286/12 Kommissionen mot Ungern, EU:C:2012:687

C-341/08 Dornica Petersen mot Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe, EU:C:2010:4

C-388/07 Age concern England mot Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform, EU:C:2009:128

C-411/05 Félix Palacios de la villa mot Cortefiel Servicios SA, EU:C:2007:604

C-447/09 Reinhard Prigge, Michael Fromm, Volker Lambach mot Deutsche Lufthansa AG, EU:C:2011:573