

LAS, ett undantag från Diskrimineringslagen

Förbudet mot åldersdiskriminering i förhållande till Lagen om
anställningsskydd

Hanna Bergman

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH16

HT21

Handledare:

Ann-Christine Hartzén



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Inledning	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte	6
1.3 Frågeställning	7
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Metod och material	8
1.6 Disposition	10
Åldersdiskriminering	11
2.1 Bakgrund	11
2.2 Diskrimineringsförbudet	12
2.2.1 Direkt diskriminering	12
2.2.2 Indirekt diskriminering	13
2.3 Undantagsregeln	14
2.3.1 Berättigat syfte	16
2.3.2 Nödvändigt och lämpligt	17
Anställningsskyddet	19
3.1 Inledning anställningsskydd och åldersdiskriminering	19
3.2 Turordningsreglerna	20
3.2.1 Kvalifikationskrav	21
3.2.3 Förhållandet mellan turordningsreglerna och åldersdiskriminering	22
3.3 68-årsregeln	23
3.3.1 32a§	24
3.3.2 33§	24
3.3.3 En skälighetsbedömning	25
3.3.4 Förhållandet mellan 68-årsregeln och åldersdiskriminering	29
Slutsats	31
4.1 Sammanfattning	31
4.2 Vidare diskussion	33
4.3 Avslutande reflektion	35
Källförteckning	37

Förkortningar

EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Dir	Direktiv
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
DiskL	Diskrimineringslagen (2008:567)
Prop	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
AD	Arbetsdomstolen
DS	Departementsserien
SAF	Svenska Arbetsgivareföreningen

Sammanfattning

Med en ökad medellivslängd ökar även antalet äldre arbetstagare på arbetsmarknaden. Frågan om äldre arbetstagares rättigheter och skyldigheter på arbetsplatsen blir därmed mer och mer aktuell. I Sverige men först och främst inom EU har det införts diskrimineringsförbud som innebär att äldre såväl som yngre arbetstagare skyddas från att missgynnas på grund av sin ålder på arbetsplatsen. Både svensk och EUs diskrimineringslagstiftning innehåller dock ett undantag från förbudet som ger rätt att särbehandla arbetstagare på grund av ålder så länge syftet med särbehandlingen går i linje med EUs sysselsättningspolitik eller på annat sätt anses vara berättigat, samt att medlet för att uppnå syftet är både nödvändigt och lämpligt. Detta arbete har undersökt denna undantagsregel och specifikt hur den ställer sig till de svenska reglerna om turordning vid arbetsbrist och avgångsskyldighet vid 68 år.

Rent allmänt har EU-domstolen dömt flera länders liknande lagstiftning med den som i Sverige som berättigad och i linje med undantagets syfte. Den svenska regeringen har gjort en granskning av reglerna i förhållande till Diskrimineringslagen och anser även den stå i linje med sysselsättningspolitiken. Turordningsreglerna missgynnar yngre arbetstagare som sägs upp först om de har samma anställningstid som en äldre kollega, men syftet med bestämmelsen är att äldre arbetstagare ska skyddas på grund av att de har större svårigheter att hitta ny anställning. 68-årsregeln missgynnar äldre arbetstagare som fråntas anställningsskydd efter uppnådd ålder men syftet med denna regel är att ge plats åt yngre arbetstagare på arbetsmarknaden när en annan äldre arbetstagare har rätt till pension.

Dessa syften har dock fått kritik och anses vara för generaliserande utan att ta hänsyn till varje individuell situation, vilket gör förhållandet mellan diskrimineringsförbudet och anställningsskyddet mer komplext än vad som godkänts av lagstiftaren.

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Under senaste decennier har medellivslängden ökat, främst tack vare en bättre levnadsstandard med säkrare förhållande gällande till exempel arbete och sjukvård. Det har lett till en ökning av äldre personer i samhället och detta i kombination med ett minskat födelsetal har en oro uppkommit inom bland annat Europa om hur de arbetande i samhället ska försörja de äldre och pensionerade som blir fler och fler.¹ Inom EU har problematiken diskuterats och man ser en lösning i: "aktivt åldrande", vilket innebär att man ska ge äldre större chans att fortsätta vara aktiva som arbetstagare en längre tid. Detta för att i sin tur minska försörjningskvoten mellan förvärvsaktiva och de pensionärer som ska försörjas.² Ett sätt till att bidra till en längre och ökad sysselsättning bland äldre är bland annat att skydda dem mot åldersdiskriminering, samt att införa anpassade trygghetssystem, bättre arbetsmiljö och möjlighet till livslångt lärande.³

År 2000 införde EU ett förbud mot åldersdiskriminering i och med det så kallade Arbetslivsdirektivet. Trots förbudet finns i samma direktiv ett, särskilt för åldersdiskriminering, undantag som tillåter sådan särbehandling som bestämmelsen egentligen förbjuder om det kan motiveras med ett berättigat och nödvändigt syfte. Ett mål som går i linje med sysselsättningspolitiken ovan är att betrakta som berättigat enligt direktivet.⁴ Sverige som medlem i EU har politik i linje med EUs och deras sysselsättningsmål gällande äldre arbetstagare blir därmed direkt tillämpliga i Sverige. Sverige har dessutom bestämmelser gällande åldersdiskriminering och dess undantag som väldigt mycket liknar de bestämmelser EU införde i och med Arbetslivsdirektivet.

¹ Mattsson och Numhauser-Henning, *Vad är äldrerätt? | Äldrerätt*, Mattsson och Numhauser-Henning (red.), 15–23. Stockholm: Wolters Kluwer, 2017, s. 15.

² Mattsson och Numhauser-Henning, 2017. s. 16.

³ Mattsson och Numhauser-Henning, 2017. s. 40.

⁴ Direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling. Art 6.

Diskrimineringslagen med ålder som en av sju diskrimineringsgrunder tillkom år 2009 och utgör som i EUs direktiv ett skydd för diskriminering, samt har ett liknande undantag för särbehandling om behandlingen kan argumenteras med ett legitimt syfte.⁵

Samtidigt fanns LAS redan innan förbudet mot åldersdiskriminering tillkom och denna lag innehåller bestämmelser som både gynnar och missgynnar personer tillhörande särskild åldersgrupp. Ett exempel är regeln i 22§ i LAS om turordning där principen är: “sist in först ut”, men där vid lika anställningstid ska företräde ges till den med högre ålder.⁶ Ett andra exempel är 68-årsregeln i LAS som tillåter arbetsgivare att fritt säga upp arbetstagare som fyllt 68 år utan bland annat saklig grund eller rätt till ogiltigförklaring av uppsägning.⁷ Förhållandet mellan förbudet mot åldersdiskriminering och de till synes missgynnande reglerna i LAS är ett förhållande i konflikt som ställer oss frågan hur dessa kan fungera i samspel. Problematiken kring detta, samt vilken koppling detta har till undantagsregeln kommer ligga som grund till arbetet.

1.2 Syfte

Syftet med detta arbete är att göra en gränsdragning mellan när det utgör åldersdiskriminering och när det rör sig om tillåten särbehandling, samt klargöra hur reglerna i Diskrimineringslagen kan existera samtidigt som reglerna i Anställningsskyddslagen trots att de till synes står i konflikt med varandra. Syftet ska nås genom att analysera kopplingen mellan undantagsregeln kring åldersdiskriminering där Diskrimineringslagen tillåter viss särbehandling från diskrimineringsförbudet, och reglerna i Lagen om anställningsskydd om turordning och om uppsägningsrätten av personer fyllda 68 år.

⁵ Diskrimineringslag (2008:567). 2kap. 2§.

⁶ Lag (1982:80) om anställningsskydd. 22§ 4st.

⁷ LAS (1982:80) 33§ p. 1 och 4.

1.3 Frågeställning

- Vad innebär berättigad särbehandling på grund av ålder?
- Hur förhåller sig undantagsregeln i Diskrimineringslagen till de bestämmelser i Lagen om anställningsskydd som särbehandlar personer på grund av ålder?

1.4 Avgränsningar

När fokus i denna studie ligger på hur anställningsskyddslagen förhåller sig till diskrimineringslagstiftning i Sverige och i EU kommer en naturlig begränsning vara att hålla sig till när diskriminering föreligger i arbetslivet och inte i andra situationer såsom inom utbildning eller liknande. Det kommer således också endast vara Diskrimineringslagen (2008:567) och Direktiv 2000/78/EG som utreds och inte andra nationella bestämmelser eller övriga lagar på internationell nivå. Arbetet kommer inte heller ta upp övriga diskrimineringsgrunder i Diskrimineringslagens första kapitel och påföljder, repressalier eller förklaring av ogiltighet om någon skulle strida mot lagens bestämmelser kommer vidare inte att nämnas såsom det nämns i Diskrimineringslagens femte kapitel. Tillsyn enligt Diskrimineringslagens fjärde kapitel kommer också utelämnas för utredning. Vad diskriminering beträffar kommer endast direkt- och indirekt diskriminering att diskuteras i följande text, inget om trakasserier då det inte är relevant i förhållande till mitt syfte och frågeställningar.

Gällande LAS är det bara turordningsreglerna i 22§ och 68-årsregeln i 33§ med komplettering av 32a§ som kommer diskuteras i förhållande till diskriminering. Ordet pension och pensionsålder kommer diskuteras upprepade gånger men Socialförsäkringsbalkens kapitel 53-74 om bestämmelser angående pension och andra förmåner vid högre ålder kommer inte utredas i detta arbete på grund av begränsat utrymme och brist på tid.

Arbetstagare hos staten och dess myndigheter har speciella regler när det kommer till turordning enligt avtal *TurA-S*, men avtalets regler kommer vidare inte tas upp i förmån för de mer allmänna turordningsreglerna i LAS.

1.5 Metod och material

Jag kommer i detta arbete använda mig främst utav en rättsdogmatisk metod. Med en sådan metod används existerande rättskällor för att systematisera och tolka ett juridiskt problem. Rättskällorna är vid en rättsdogmatisk metod lagstiftning, praxis, förarbeten och juridisk litteratur.⁸ Genom att se till dessa källor får man en deskriptiv argumentation över hur gällande rätt ser ut och hur denne har tolkats, men eftersom rättskällorna även innefattar kritik och rättfärdigande av gällande rätt är det oundvikligt att inte även få en normativ argumentation vid användandet av rättsdogmatiken då värderande ståndpunkter inte kan undvikas när man ska förstå gällande rätt.⁹ Grunden för mitt arbete är dock att använda den rättsdogmatiska metoden för att se till gällande rätt som den är av *de lege lata* och inte som den borde vara eller argumentera för hur gällande rätt ska ändras enligt *de lege feranda*, men viss argumentation är som sagt oundvikligt.¹⁰

Vi betraktande av rättskällorna bör hänsyn tas till dess hierarkiska rättsordning. Längst upp i hierarkin, som är relevant för detta arbete, hittas de EU-rättsliga källorna medan när det kommer till de svenska rättskällorna bör lagstiftning som Sveriges grundlag, övriga skriftliga lagar och föreskrifter samt deras förarbeten systematiseras och tolkas först. Därefter bör det ses till praxis och till sist kan även doktrin och annan juridisk litteratur tas med i tolkningen vid användandet av en rättsdogmatisk metod.¹¹ Även sedvana ingår bland de svenska rättskällorna som också tas med i bedömning och tolkning av en juridisk fråga i en rättsdogmatisk metod.¹²

I detta arbete kommer även en EU-rättslig metod att användas då det är av relevans att se till EU-rättsliga källor för att komma till fund med arbetets syfte och frågeställningar. Dessutom eftersom EU-rätten står över svenska rättskällor i normhierarkin blir det omöjligt att undvika. Den EU-rättsliga metoden använder också sig av en rättsordning där rättskällor delas in i

⁸ Fredrik Korling och Mauro Zamboni, *Juridisk metodlära*, 2 uppl. Lund: Studentlitteratur, 2018, s. 21.

⁹ Aleksander Peczeni, *Juridikens allmänna källor*, Svensk juristtidning, 2005, s. 250

¹⁰ Bert Lehrberg, *Praktisk Juridisk Metod*, 3 uppl., Uppsala: Lusté, 1996, s. 129 och s. 159

¹¹ Papadopoulou och Skarp, *Juridikens nycklar: introduktion till rättsliga sammanhang, metoder och verktyg*, 1 uppl, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017. s. 98

¹² Hettne och Otken Eriksson, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 uppl, Stockholm: Norstedts juridik, 2011. s. 41

bindande och vägledande rättskällor för EUs medlemmar. Högst upp befinner sig de grundläggande fördragen som tillhör Primärrätten och är således direkt bindande för medlemsstaterna. Följaktligen kommer EUs stadga om grundläggande rättigheter samt allmänna rättsprinciper som bindande rättskällor. De mer vägledande rättskällorna är bland annat de rättsakter som inte tillhör primärrätten som förordningar, direktiv och beslut, samt rättspraxis, förarbeten, förslag till avgörande från generaladvokater och doktrin. Dessa bör tolkas i ovannämnda ordning.¹³

Då syftet är att utreda Diskrimineringslagens bestämmelser i förhållande till LAS är det, utöver EUs allmänna likabehandlingsprincip, EUs Arbetslivsdirektiv som kommer få mest utrymme i denna text. Direktivet har direkt influerat den svenska diskrimineringslagstiftning och är av relevans för att förstå och tolka problemet i min frågeställning. Även rättspraxis genom tolkning av flera antal mål inför EU-domstolen kommer diskuteras nedan för att få ökad förståelse för hur EUs ibland vaga bestämmelser ska tillämpas.¹⁴ Oftast dömer EU-domstolen utefter vad de dömt sedan tidigare i liknande mål.¹⁵ På grund av detta har det valts flera liknande mål för arbetets analys för att få en bredare bild av hur frågan om åldersdiskriminering och dess bestämmelser i Arbetslivsdirektivet ska tolkas. Målen som tas upp har några av dem lagt grund för rättsprinciper inför framtida mål och andra mål har varit direkt relevanta att ta upp för diskussion på grund av att dem berört syftet och frågeställningarna i denna uppsats. Syftet med införandet av Arbetslivsdirektivet kommer på tal men utvecklas ingen vidare nedan på grund av att EU, till skillnad från Sverige, ej lägger lika mycket fokus på förarbeten inför en tolkning av en bestämmelse.¹⁶

De svenska rättskällor som kommer tas upp är som redan nämnt Diskrimineringslagen och LAS. Lagarna kommer ges bredare förståelse inför tolkning genom att se till dess förarbeten samt utredning inför lagförslagen. Som komplement kommer även vissa domar från Arbetsdomstolen att diskuteras. Dessa domar har valts utifrån doktrinen samt på grund av de behandlar frågor som till exempel avgångsskyldighet, avtalsturlistor eller åldersdiskriminering som är av relevans för att uppfylla syftet med arbetet. Genom att se till

¹³ Hettne och Eriksson, 2011, s. 40

¹⁴ Hettne och Eriksson, 2011, s. 49

¹⁵ Hettne och Eriksson, 2011, s. 37

¹⁶ Hettne och Eriksson, 2011, s. 36

rättsfall får vi en inblick över hur lagarnas innehåll kan tolkas i specifika situationer vilket speciellt gällande undantagsregeln för åldersdiskriminering som ger öppna eller nästintill inga exempel på när den kan appliceras.

Likaså kommer doktrin användas som ett komplement till tolkningen av lagstiftningen, då detta kan ge en nyanserad bild av hur övriga rättskällor kan tolkas.¹⁷ Speciellt när det rör frågor om diskriminering och bestämmelser i LAS vars utformning är vag kan doktrin och lagkommentarer vara nödvändiga. Litteraturen har valts med hänsyn till arbetets syfte där jurister inom området för arbetsrätt, som till exempel professor i civilrätt Ann Numhauser-Henning och professor Catharina Calleman, uttalar sig specifikt om förhållandet mellan åldersdiskriminering och anställningsskyddet. Även mer allmänna kommentarer om Diskrimineringslagen och EU-rätten har fått ta plats i detta arbete som till exempel Susanne Franssons och Eberhard Stübers verk *Diskrimineringslagen: en kommentar* samt Birgitta Nyströms bok *EU och arbetsrätten*. Det är främst studentlitteratur men även artiklar från Svensk juristtidning och festskrifter som har använts till denna analys, allt för att få en så bred bild från så många perspektiv som möjligt.

1.6 Disposition

Uppsatsen är upplagd på följande sätt, en utredning av det svenska diskrimineringsförbudets bakgrund i europeisk lagstiftning görs först i kapitel två. I samma kapitel följer en genomgång av den svenska diskrimineringslagstiftningen beträffande direkt- och indirekt diskriminering. Kärnan i arbete, nämligen undantagsregeln för diskriminering diskuteras och tolkas därefter utifrån både EUs och Sveriges perspektiv i avsnitt 2.3. Följaktligen utreds LAS regler som berör åldersdiskriminering i kapitel tre. Turordningsreglerna olika krav och undantag tas upp och avslutas med en sammanfattande analys med koppling till diskrimineringslagstiftningen i både EU och i Sverige. Likaså utreds 68-årsregeln i LAS fastän med mer fokus på hur regeln har tolkats i liknande fall av EU samt hur det kan tänkas förhålla sig till den svenska diskrimineringslagen. Detta arbete avslutas med en slutsats i kapitel fyra.

¹⁷ Nääv och Zamboni, 2018, s. 34

2. Åldersdiskriminering

2.1 Bakgrund

Det svenska diskrimineringsförbudet, på grund av ålder, grundar sig i europeisk lagstiftning. Till en början i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna, där det listas en likabehandlingsprincip genom förbud mot diskriminering på någon av grunderna i artikeln, där ålder är inkluderat.¹⁸ EU har i sin tur i ett av sina grundfördrag en allmän likabehandlingsprincip som bottnar i Europakonventionens bestämmelser.¹⁹ I och med Amsterdamfördraget fick EU dessutom möjlighet att lagstifta om möjligheterna till att motverka diskriminering på grund av bland annat ålder.²⁰ EU lade fram flera förslag som resulterade i två specifika direktiv men där det särskilda Arbetslivsdirektivet om förbud mot diskriminering i arbetslivet, påverkat svensk lagstiftning.²¹ Arbetslivsdirektivet, även kallat direktiv 2000/78/EG har i syfte att motverka diskriminering på grund av bland annat ålder, i arbetslivet. Detta gäller alla medlemsstater.²²

Förbudet finns för att främja en högre sysselsättning som ger en högre levnadsstandard åt människor, vilket direktivets ingress beaktar som skäl för införandet av direktivet.²³ Ett annat skäl som förhåller sig till just ålder är att äldre arbetstagare ska ges mer stöd med hjälp av detta direktiv för att öka sysselsättning bland äldre.²⁴ Vidare förbjuder direktivet både direkt- och indirekt diskriminering det vill säga att direktivet förbjuder direkt missgynnande av en person samt ett indirekt missgynnande av en person genom ett till synes neutralt kriterium eller bestämmelse, och som har koppling till en av diskrimineringsgrunder, där ålder är en av dem.²⁵ Direktivet ska tillämpas på alla sektorer på arbetsmarknaden, både privat och offentlig, i situationer som har med anställningens tillträde, villkor och avslut att göra.²⁶

¹⁸ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR). Art. 14.

¹⁹ Fördraget om Europeiska unionen (FEU) 2012/C 326/15, Art. 6.3.

²⁰ Fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt (FEUF), 2012/C 326/01, Art 19 (f.d. art 13).

²¹ Birgitta Nyström, EU och arbetsrätten, 5 uppl., Stockholm: Wolters Kluwer, 2017, s. 195

²² Direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling, art. 1.

²³ Dir. 2000/78/EG, skäl 9.

²⁴ Dir. 2000/78/EG, skäl 8.

²⁵ Direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling, art. 2. p. 1-2.

²⁶ Dir. 2000/78/EG art. 3. p. 1.

2.2 Diskrimineringsförbudet

Precis som Europakonventionen har Sverige i en av sina grundlagar, Regeringsformen, en allmän princip om att alla människor har lika värde oavsett: “omständigheter som gäller den enskilde som person”, samt att diskriminering som grundar sig i sådana omständigheter, där ålder är en av dem, ska motverkas.²⁷ År 2009 började en ny diskrimineringslag i Sverige att gälla och den kom att ersätta sju andra separata lagar för att på ett mer effektivt och likartat sätt motverka diskriminering samt att göra det tydligare och lättare för personer som hamnat i missgynnande situationer att använda lagen. Detta framkommer av lagens förarbeten.²⁸

Som direkt följd av EUs Arbetslivsdirektiv infördes även ålder som diskrimineringsgrund vilket ska omfatta alla fysiska personer, både unga och gamla. Ålder ska tolkas utifrån en persons uppnådda levnadslängd räknat med start från personens födelse.²⁹ Lagen förbjuder alla typer av diskriminering av arbetstagare i arbetslivet som hos arbetsgivare bland annat söker tjänster, utför praktik, står till tjänst för att arbeta åt.³⁰ Avtal som görs i strid mot lagen är dessutom icke gällande då lagen är tvingande.³¹

2.2.1 Direkt diskriminering

Diskrimineringslagen förbjuder precis som i direktiv 2000/78/EG både direkt- och indirekt diskriminering. Direkt diskriminering anses förekomma när en person behandlas sämre än vad någon annan skulle ha gjorts i jämförbar situation på grund av att denna person tillhör någon av diskrimineringsgrunder där ålder är en av dem.³² När lagen ställer krav på ett missgynnande eller en sämre behandling kan det ha att göra med flera olika typer av missgynnande, exempelvis kan det ha att göra med en ekonomisk förlust, inskränkande, ett obehag eller annat mistande. I arbetslivet finns det ytterligare exempel på när det enligt

²⁷ Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform. 1 kap. 2§ 5st.

²⁸ Prop. 2007/8:95, *Ett starkare skydd mot diskriminering*, s. 84.

²⁹ Prop. 2007/8:95. s. 130.

³⁰ DiskL. (2008:567) 2 kap. 1§ p. 1-4.

³¹ DiskL. (2008:567) 1 kap. 3§.

³² Diskrimineringslag (2008:567), 1 kap. 4§ p. 1.

domstol har att göra med ett missgynnande. Att inte ge någon en anställning, att bli uppsagd, eller att inte ge någon en förmån är sådana exempel.³³

När Diskrimineringslagen kräver en jämförbar situation menas att personen som blivit utsatt för ett missgynnande ska jämföras med hur en annan person, som inte tillhör samma diskrimineringsgrund, hade eller faktiskt har behandlats i samma situation. Det går att jämföra med både faktiska-och hypotetiska personer, om det kan anses: "rimligt och naturligt" att personerna bör behandlas lika i situationen i fråga.³⁴ Specifikt för åldersdiskriminering är det extra viktigt att se att de jämförbara personerna faktiskt är jämförbara då ålder kan ge olika förutsättningar gällande till exempel erfarenhet och därför bör det i frågor om ålder alltid jämföras med en hypotetisk person.³⁵ Ett exempel på när Arbetsdomstolen haft svårighet att avgöra om det finns en jämförbar situation eller ej är i AD 2008 nr 47 när en kvinna inte fått en praktikplats på grund av hennes brist i svenska språket men där bolaget som utlyste tjänsten även krävde personlig lämplighet, vilket bolaget ej ansåg kvinnan ha. Domstolen gjorde då bedömningen att direkt diskriminering ej förelåg då kvinnan ej var i jämförbar situation med andra sökande då de hade haft den personliga lämpligheten som eftertraktades. Har personerna ej lika meriter och förutsättningar utöver diskrimineringsgrunderna kan de icke anses vara i en jämförbar situation.³⁶

2.2.2 Indirekt diskriminering

Indirekt diskriminering är enligt Diskrimineringslagen när en person med en grupptillhörighet som kan kopplas till en av diskrimineringsgrunderna, på grund av en regel, kriterium eller bestämmelse som framstår neutralt, särskilt missgynnas. Dock om kriteriet har ett berättigat syfte och medlet för att uppnå syftet är nödvändigt föreligger ej indirekt diskriminering.³⁷ Det rör sig om en jämförbar grupp som i detta fall inte kan vara hypotetisk. Personen med viss grupptillhörighet måste kunna jämföras för att se om dennes grupp särskilt ej uppfyller kravet.

³³ Susanne Fransson och Eberhard Stüber, Diskrimineringslagen: en kommentar, 3 uppl., Stockholm: Norstedts juridik 2021. s. 76.

³⁴ Prop. 2007/8:95, s. 487.

³⁵ Prop. 2007/8:95 s. 488.

³⁶ AD 2008:47

³⁷ DiskL. (2008:567) 1 kap. 4§ p.2

Det ska i fall om indirekt diskriminering göras intresseavvägningar i två led enligt den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen. Det första leDET är där intresset att motverka diskriminering vägs mot det syfte som argumenteras för det särskilda kriteriet. I det andra leDET görs en avvägning av syfte och medel för att uppnå syftet och huruvida dessa står i proportion till varandra. Finns det andra sätt att uppnå syftet med mindre negativa effekter är åtgärden inte nödvändig och ska anses vara indirekt diskriminering.³⁸

2.3 Undantagsregeln

I arbetslivsdirektivet anges skäl för varför ett diskrimineringsförbud på grund av ålder bör finnas. Nämligen för att få med alla in på arbetsmarknaden samtidigt som det också bör finnas utrymme för att särbehandla på grund av ålder. Det är enligt skälen för direktivet viktigt att dra en gräns mellan när det är legitimt att särbehandla för att uppnå de mål EU har ställt på bland annat sin sysselsättningspolitik och när det är fråga om sådan diskriminering som direktivet vill motverka.³⁹ I artikel 6 speglas detta skäl i det som direktivet kallar: “befogad särbehandling på grund av ålder”.⁴⁰ Artikeln ger medlemsstaterna befogenhet att själva bestämma när det ska anses berättigat att särbehandla på grund av ålder så länge det kan motiveras med ett mål eller syfte som följer EUs ram för: “sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning”, samt att särbehandlingen i fråga är nödvändig för att uppnå målet.⁴¹ Det är heller inte en fråga om diskriminering när medlemsstater föreskriver regler om tillträde för pension, social trygghet och försäkringstekniska kriterier.⁴²

Innebörden av EUs Arbetslivsdirektiv och vad som räknas in som en befogad särbehandling och inte har prövats i domstolen ett flertal gånger där den huvudsakliga diskussionen rört sig om en intresseavvägning mellan åtgärden i fråga och ändamålet åtgärden vill uppnå och huruvida detta ansetts legitimt eller inte. I de flesta fall använder sig domstolen av en EU-rättslig proportionalitetsprincip där åtgärden och ändamålet ska stå i proportion till varandra för att anses viktiga och nödvändiga, annars föreligger diskriminering.⁴³

³⁸ Fransson och Stüber, 2021. s. 90.

³⁹ Dir. 2000/78/EG, skäl 25.

⁴⁰ Dir. 2000/78/EG art. 6. p.1.

⁴¹ *ibid.*

⁴² Dir. 2000/78/EG art. 6. p. 2.

⁴³ Fransson och Stüber, 2021. s. 90

I målet *Werner Mangold mot Rüdiger Helm* prövades en tysk bestämmelse som obegränsat lät arbetsgivare ge tidsbegränsade anställningar till personer över 52-års ålder.⁴⁴ Syftet med bestämmelsen var att lättare ge äldre en chans att återkomma in på arbetsmarknaden.⁴⁵ EU-domstolen ansåg detta syfte som legitimt men ansåg däremot att särbehandlingen i sig inte var nödvändig för att uppnå syftet. Medlet att obehindrat endast ge visstidsanställningar till personer fyllda 52 år kan inte motiveras som objektivt rimligt då det inte tar hänsyn till individuella kunskaper eller erfarenhet som egentligen hade kunnat ge en tryggare anställning.⁴⁶ Domstolen gjorde därmed en intresseavvägning mellan syfte och handling för att nå syfte och ansåg detta oproportionerligt, undantagsregeln kunde ej appliceras och diskriminering förelåg således.⁴⁷ Värt att påpeka är att den låga åldersgränsen kan ha påverkat domstolens avgörande. Personer i 52-årsåldern har förhållandevis långt kvar till pensionen och bör ha lika starka skäl att få en tillsvidareanställning som en yngre arbetstagare.⁴⁸ Fallet gjorde dock att motverkandet av åldersdiskriminering blev en erkänd princip inom EU.⁴⁹

I ett liknande tyskt fall godkände Eu-domstolen både syfte och genomförande när en lag om automatisk pensionering vid 65 år för chefsåklagare infördes med syfte att balansera åldersstrukturen mellan yngre och äldre arbetstagare.⁵⁰ Domstolen ansåg till skillnad från i *Mangold* att denna missgynnande regel var berättigat samt åldersgränsen på 65 år var både lämplig och nödvändig för att uppnå syftet.⁵¹ I båda fall har dock syftet godkänts som att ligga inom ramen för EUs sysselsättningspolitik.

Däremot i mål C-447/09 *Prigge* diskuterades huruvida ett syfte att bevara specifikt flygtrafikens säkerhet kan anses vara i enlighet med direktivets mål. Fallet rör ett avtal som satt en åldersgräns på 60 år för piloter att få utöva sitt yrke, med motiveringen att äldre personer ej kan flyga med samma säkerhet som yngre. Domstolen ansåg att flygsäkerhet inte

⁴⁴ Mål C-144/04 *Werner Mangold mot Rüdiger Helm*.

⁴⁵ Mål C-144/04 p. 58

⁴⁶ Mål C-144/04 p. 65

⁴⁷ Mål C-144/04 p. 79

⁴⁸ Numhauser-Henning, *Åldersdiskriminering och några anställningsskyddsrelaterade frågor*, i Vänbok till Ronnie Eklund. Kerstin Ahlberg (red.), 439–473, Uppsala: Iustus, 2010, s. 458.

⁴⁹ Birgitta Nyström, *EU och arbetsrätten*, 5 uppl., Stockholm: Wolters Kluwer, 2017, s. 227

⁵⁰ Mål C-159/10 *Gerhard Fuchs*- och mål C-160/10 *Peter Köhler mot Land Hessen*. p. 50.

⁵¹ Mål C-159/10 och C-160/10 p. 60.

är ett sådant socialpolitiskt mål som rör “sysselsättningspolitik, arbetsmarknaden och yrkesutbildning” som artikel 6.1 menar kan berättiga en särbehandling på grund av ålder.⁵²

Beträffande svensk lagstiftning finns det även i den en undantagsregel för diskriminering på grund av ålder som man hittar i Diskrimineringslagens andra kapitel. Enligt bestämmelsen hindrar förbudet mot diskriminering, som anges i 2 kapitlet 1§, inte att arbetsgivare särbehandlar personer på grund av ålder om särbehandlingen har ett legitimt syfte och om sättet att uppnå detta syfte är nödvändigt och lämpligt.⁵³

2.3.1 Berättigat syfte

Diskrimineringslagens proposition nämner några exempel på situationer som har berättigade syften. Ett exempel är när en arbetsgivare vid arbetsbrist först erbjuder de äldre arbetstagarna att gå i pension i syfte att ge yngre arbetstagarna som ej kan ges pension och därmed också en säker ekonomisk källa möjlighet att stanna kvar då de äldre kan gå med ersättning. Ett andra exempel är när arbeten, som praktikant eller trainee, först går till yngre arbetssökande i syfte att ge möjlighet för yngre att få en fot in på arbetsmarknaden. Ett sista exempel är när en arbetssökande som inte har många år krav till pension inte erbjuds arbete, då detta kan minska onödiga kostnader för arbetsgivaren för en arbetstagare som ändå inte kan arbeta en längre tid.

Beträffande syften som ej är att anse som berättigade nämner propositionen bland annat kommersiella anledningar eller att vid rekryteringen se till en ålder som ska “passa i gruppen” som exempel på syften som typiskt sett inte godkänns.⁵⁴ Likaså har det i praxis kommit fram syften som inte följer i linje med lagen. Ett exempel är AD 2015:51 där två 70-åriga busschaufförer nekats tillsvidareanställning med motiveringen att deras höga ålder kan medföra trafikrisker. Precis som i *Prigge*-målet var det här en fråga om trafiksäkerhet kan anses vara ett berättigat syfte. Arbetsdomstolen hänvisade till Arbetslivsdirektivet och dömde i linje med EU-domstolen att särbehandlingen av de två busschaufförerna ej var legitim då syftet ej ansågs berättigat.⁵⁵

⁵² Mål C-447/09 *Reinhard Prigge m.fl. mot Deutsche Lufthansa AG*

⁵³ DiskL. (2008:567) 2 kap. 2§ p. 4

⁵⁴ Prop. 2007/8:95, *Ett starkare skydd mot diskriminering*, s. 180

⁵⁵ AD 2015:51

Likaså i AD 2021:38 där lotsar inom sjöfartsverket övergår till att ha reglerad arbetstid efter de är fyllda 60 år, diskuterades huruvida sjösäkerhet var att anse som berättigat syfte, vilket Arbetsdomstolen med samma hänvisning som i AD 2015:51 att det inte var. Dock diskuterades även ett annat syfte om att ge äldre arbetstagare rätt till återhämtning och vila genom reglerad arbetstid och detta syfte ansågs berättigat enligt domstolen.⁵⁶

2.3.2 Nödvändigt och lämpligt

I AD 2011:37 gjorde Arbetsdomstolen en hänvisning till propositionens exempel, som nämndes ovan, angående berättigade syften. Fallet handlar om när flygbolaget SAS på grund av arbetsbrist sagt upp 25 anställda med hänvisning till en åldersbaserad turordningslista. Precis som i det förstnämnda exemplet lät arbetsgivaren äldre arbetstagare gå i förtidspension medan de yngre fick stanna kvar. SAS hade skrivit en turordningslista som sade att alla över 60 år ska vid arbetsbrist erbjudas förtidspension i förmån för yngre arbetstagare som ej kan gå i förtidspension, och därmed ej kan få en lika säker inkomstkälla efter uppsägning. Syftet godkändes av domstolen med hänvisning till propositionen, däremot föll bolaget för det andra kriteriet lagen anger gällande nödvändighet och lämplighet då domstolen ansåg särbehandlingen alltför: “ingripande”. Arbetsdomstolen ansåg att SAS genom erbjudande av förtidspension redan vid åldern av 60 år gick emot den rätt arbetstagare har att få arbeta kvar tills 67 år enligt 32a§ i LAS. Särbehandlingen ansågs också av domstolen att bidra till en minskad inkomst för alla över 60 men under 67 år som skulle ligga på 30 procent mindre än vad den hade gjort om de hade fått arbeta kvar, vilket även detta låg i strid med syftet av 67-årsregeln. Särbehandlingen dömdes som ej befogad på grund av dess icke lämplig eller nödvändig åtgärd.⁵⁷ Idag ligger dock gränsen på 68 år istället för 67 år som den gjorde år 2011 vid fallets inträffande.⁵⁸

Gällande denna lämplig- och nödvändighet ger förarbetena inga exempel på situationer när detta föreligger utan nämner att medlet för att anses nödvändigt måste ge önskat resultat, samt om andra mindre påverkande medel kan utföras eller helt och hållet undvikas för att

⁵⁶ AD 2021:38

⁵⁷ AD 2011:37

⁵⁸ LAS (1982:80) 32a§

uppnå syftet, är medlet ej att anses som lämpligt. Det ska precis som gällande indirekt diskriminering göras en avvägning där proportionalitetsprincipen ska appliceras.⁵⁹ Det vill säga intresset att uppnå särbehandlingens mål ska stå i proportionerligt förhållande till särbehandlingen som medel och dess potentiella negativa konsekvenser. Finnes att medlets negativa effekter går över vad som är rimligt eller lämpligt för vad medlet vill uppnå, är detta icke att finna som proportionerligt.⁶⁰

⁵⁹ Prop. 2007/08:95 s. 179

⁶⁰ Fransson och Stüber, 2021. s. 90.

3. Anställningsskyddet

3.1 Inledning anställningsskydd och åldersdiskriminering

I samband med införandet av Diskrimineringslagen år 2009 gjordes en granskning av LAS bestämmelser som kunde tänkas stå i konflikt med den nya diskrimineringsgrunden ålder. Bland annat var regeln om turordning där äldre ges viss förtur till fortsatt anställning, samt regeln om att arbetsgivare lättare kan säga upp arbetstagare som är fyllda 68 år (vid granskning 67 år) särskilt granskade.

Regeringen och Diskrimineringskommittén såg inga problem med dessa två bestämmelser. De ansåg dem vara förenliga med EUs arbetslivsdirektiv om sysselsättningspolitik då äldre arbetstagare skyddas från att hamna utanför arbetsmarknaden om de ges förtur till fortsatt anställning och en rätt att kvarstå i anställning tills fyllda 67 år. Det rör sig enligt kommittén om att skydda den svenska sysselsättningspolitiken gällande äldre som länge varit en princip.

⁶¹

Ses det till LAS införande nämns det redan i dess inledning att med hänsyn till arbetsmarknadens svåra situation ska äldre arbetstagares anställningstrygghet särskilt skyddas.⁶² Vid granskandet av LAS höll alla dock ej med om att reglerna inte stod i strid med Diskrimineringslagen. Svenskt Näringsliv ansåg att bestämmelserna inte tar hänsyn till unga arbetstagare lika svåra situation på arbetsmarknaden och att de också bör ges möjligheter att lättare komma in på arbetsmarknaden. Ungdomsarbetslösheten har ökat och en fast turordningsprincip som ger äldre förtur sätter arbetsplatsen i lås och minskar rörligheten.⁶³ Även SAF har gett kritik mot specifikt turordningsregeln i LAS och anser den förlegad och gjord för att matcha arbetsmarknaden så som den såg ut för 40 år sedan med en industriell och stor organisation i åtanke där flexibilitet och arbetstagarens enskilda prestationer ej värderades lika högt.⁶⁴

⁶¹ Prop. 2007/08:95 s. 183

⁶² Prop. 1973:129 s. 18

⁶³ Prop. 2007/08:95 s. 183

⁶⁴ Catharina Calleman, *Turordning vid uppsägning*, Stockholm: Norstedts juridik, 2000, s. 809.

3.2 Turordningsreglerna

I LAS 22§ framgår att vid arbetsbrist ska arbetsgivaren ta hänsyn till en upprättad turordningslista med en princip om att den med kortast anställningstid ska sägas upp först. Om två personer har samma anställningstid ska den med lägst ålder bli uppsagd först.⁶⁵ Turordningslistor ska göras för varje driftsenhet för sig och om kollektivavtal finns på arbetsplatsen ska turordningslista göras för varje avtalsområde.⁶⁶ Paragrafen är semidispositiv och kollektivavtal kan upprätta en egen turordningslista så länge den godkänns av en central arbetsorganisation.⁶⁷ Kollektivavtalets turordningslista får heller inte strida mot varken god sed eller Diskrimineringslagen.

Arbetsdomstolen har endast dömt ett fall stå i strid mot god sed beträffande avtalad turordningslista. I fallet AD 1983 nr 107 hade ett rederi upprättat en turordningslista där de finsktalande på arbetsplatsen fick gå först. Arbetsdomstolen ansåg att skälet för listan ej var tillräckligt motiverat och godkändes ej med grund att det stred mot god sed.⁶⁸ Efter inrättandet av Diskrimineringslagen har god sed oftast dömts i samband med fråga om diskriminering. Så är fallet i det redan nämnda AD 2011 nr 37 där AD dömde det föreliggande diskriminering på grund av ålder och på grund av detta ansågs det även strida mot god sed.⁶⁹

I fallet ovan hade en avtalsturlista gjorts. En sådan lista görs ofta i samband med att en uppsägning på grund av arbetsbrist blir aktuell och är skapad mellan arbetsgivare och berörd kollektivavtalspart. Denne behöver ej som sagt följa turordningsreglerna i 22§ och en arbetstagare kan därför inte heller föra talan om skadestånd skulle avtalsturlistan inte ge arbetstagaren samma villkor samma i LAS.⁷⁰ I propositionen till LAS nämns dock ett förbud mot avtalsturlistor som skrivs för att få bort oorganiserade eller medlemmar till en icke kollektivavtalsbärande organisation från arbetsplatsen.⁷¹ I AD 2004 nr 52 tar domstolen upp att avtalsturlistor som strider mot god sed eller på annat sätt missbrukar avtalsfriheten, bland

⁶⁵ LAS (1982:80) 22§ 4 st.

⁶⁶ LAS (1982:80) 22§ 3 st.

⁶⁷ LAS (1982:80) 2§ 3 st.

⁶⁸ AD 1983:107

⁶⁹ Calleman, Festskrift till Örjan Edström, *När strider en uppsägning mot god sed på arbetsmarknaden?*, Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet, 2019, s. 63

⁷⁰ Calleman, 2000, s. 817

⁷¹ Prop. 1973:129 s. 233

annat genom diskriminering ej är anse som legitima. I fallet fann dock arbetsdomstolen att avtalsturlistan som gjorts ej stred mot god sed då skälet för de berörda arbetstagarnas uppsägning kunde hänföras till otillräckliga kvalifikationer.

Det är sammanfattningsvis således fritt fram för fackliga organisationer att träffa kollektivavtal med avtalsturlistor som avviker från den turordning som anges i 22§ så länge det ej strider mot Diskrimineringslagen.

3.2.1 Kvalifikationskrav

Enligt LAS 22§ 4st. anges ytterligare ett krav för att en person ej ska hamna längst ner i turordningslistan och detta är att personen i fråga måste ha tillräckliga kvalifikationer för tjänsten om hen vill beredas fortsatt arbete hos arbetsgivaren.⁷² Enligt förarbetena utgår de från en allmän motivering om att arbetstagaren ifråga ska ha de vanliga kvalifikationer arbetsgivaren annars hade ställt på en arbetssökande till samma tjänst. Det görs även en avvägning om arbetstagaren i fråga hade efter först en rimlig tid för upplärning kunnat införskaffa sig de kvalifikationerna som krävs. Om så är fallet ska hen anses ha tillräckliga kvalifikationer.⁷³ Vad som ska anses som rimlig tid bedöms från fall till fall.

I AD 2000 nr 107 dömdes en civilingenjör med längre anställningstid att ändå få gå först enligt turordningslistan då det krävdes en längre utbildning och praktik för att han skulle anses ha samma kvalifikationer som de ingenjörer i samma tjänst fast med kortare anställningstid.⁷⁴ Avgörandet för vad som är att anse som kvalifikationer är inte bara utbildning och erfarenheter som i rättsfallet ovan. Även personliga egenskaper som till exempel social förmåga, hälsa och allmän förmåga att utföra sitt arbete räknas som en persons kvalifikation.⁷⁵ Detta förhållandevis breda krav skapar större flexibilitet för arbetsgivare att säga upp personer på grund av arbetsbrist utan att behöva gå efter anställningstid eller ålder.⁷⁶

⁷² LAS (1982:80) 22§ 4 st.

⁷³ Prop. 1973:129 s. 260

⁷⁴ AD 2000:107

⁷⁵ Calleman, 2000, s. 813

⁷⁶ Calleman, 2000, s. 814

3.2.3 Förhållandet mellan turordningsreglerna och åldersdiskriminering

Att vid lika anställningstid ge företräde till den med högst ålder och låta den yngsta sägas upp enligt lagstadgad turordning bör ses som sådant missgynnande diskrimineringslagen förbjuder. I samma jämförbara situation missgynnar regeln dem som tillhör en yngre åldersgrupp och gynnar dem som tillhör en äldre åldersgrupp.⁷⁷ Trots detta får bestämmelsen finnas kvar i LAS. Den är enligt svensk regering att se som sådan särbehandling som undantas från diskrimineringsförbudet på grund av att syftet med bestämmelsen är berättigat och bestämmelsen är både lämplig och nödvändig.⁷⁸ Det går i linje med både svensk och EU-politisk syn på sysselsättning och arbetsmarknaden, att äldre ska ges särskilt skydd och yngre arbetstagares rättigheter får komma efter äldre arbetstagare.⁷⁹

De svenska turordningsreglerna har inte prövats i EU-domstolen men i det särskilda *Küçükdeveci*-målet godkände EU-domstolen inte en regel om hur anställningstid skulle beräknas. Målet handlar om en tysk regel som sade att vid beräkning av uppsägningstid ska anställningstid beaktas, men anställningstiden beräknas efter det att man fyllt 25 år. Arbetstagaren i målet hade börjat sin anställning när hon var 18 år, sades upp när hon var 28 år men hennes uppsägningstid beräknades enbart på de tre år hon varit anställd och varit över 25 år.⁸⁰ I frågan om denna beräkning av anställningstid ansågs vara en befogad särbehandling kom domstolen fram att syftet var berättigat men medlet för att uppnå syftet var ej lämpligt då även om Tyskland såg regeln som ett sätt att öka flexibiliteten bland unga arbetstagare, gällde regeln alla oavsett ålder vid tidpunkt för uppsägning. Det vill säga alla arbetstagare missgynnas av en sådan bestämmelse då alla anställda innan 25 års åldern får dra av år av sin anställningstid vid beräkning av uppsägningstid.⁸¹ Bestämmelse godkändes därmed inte som en berättigad särbehandling.

I ett förslag till avgörandet av *Küçükdeveci*-målet ansåg generaladvokat Bot att frågan om den tyska bestämmelsen ska anses befogad enligt art. 6.1 i Arbetslivsdirektivet bör delas upp

⁷⁷ Se avsnitt 2.2.2

⁷⁸ Se avsnitt 3.1

⁷⁹ Prop. 2007/08:95, s. 183

⁸⁰ Mål C-555/07 *Seda Küçükdeveci mot Swedex GmbH & Co. KG*, p. 13

⁸¹ Mål C-555/07. p. 36 och p. 40-42

i två separata syften.⁸² Att gränsen för att få beräkna anställningstid ligger på 25 år ansåg Bot ej vara i linje med EUs sysselsättningspolitik. Den tar bort en del av arbetstryggheten hos unga samt att flexibiliteten skulle öka om yngre arbetstagare får mindre uppsägningstid fungerar bara i teorin och inte i praktiken då det råder hög arbetslöshet bland just unga.⁸³ Däremot att uppsägningstid ska beräknas med beaktandet av anställningstid ansåg Bot berättigat då en persons anpassningsförmåga till nytt arbete minskar ju längre personen arbetar på samma företag. En längre uppsägningstid möjliggör en lättare övergång mellan tidigare och framtida tjänst.⁸⁴

På liknande sätt beräknar man anställningstid enligt turordningsregeln och även här i Sverige ges en fördel till dem med längre anställningstid och till dem med högre ålder. I en prövning av EU-domstolen hade man kanske dömt med samma resonemang som Bot, att desto längre anställningstid desto svårare har man att anpassa sig till att finna en ny anställning. Dock är det även enligt Bot skillnad på lång anställningstid och hög ålder och i och med att arbetslösheten även är hög bland unga torde ingen tanke gå till att unga lättare hittar ny anställning en äldre.⁸⁵

3.3 68-årsregeln

En annan bestämmelse som även den varit uppe för granskning inför den nya Diskrimineringslagen år 2009 är den så kallade 68-årsregeln i 32a§ och 33§ i LAS. 32a§ ger arbetstagare rätt att ha kvar sin anställning fram tills dess att han eller hon fyllt 68 år. 33§ nämner att arbetstagaren har i samband med att den fyller 68 år rätt att av sin arbetsgivare sägas upp utan saklig grund, utan besked om grund för uppsägning samt utan möjlighet att ogiltigförklara uppsägningen.⁸⁶ Tidigare låg gränsen på 67 år men övergick till 68 år, år 2020 och kommer från och med år 2023 att övergå till att gälla arbetstagare som fyllt 69 år.⁸⁷

⁸² Förslag till avgörande av generaladvokat Bot - Mål C-555/07 p. 42

⁸³ Förslag till avgörande av generaladvokat Bot - Mål C-555/07 p. 45-48

⁸⁴ Förslag till avgörande av generaladvokat Bot - Mål C-555/07 p. 43

⁸⁵ Förslag till avgörande av generaladvokat Bot - Mål C-555/07 p. 48

⁸⁶ LAS (1982:80) 32a-33§§

⁸⁷ DS 2018:28 *Förlängt anställningsskydd till 69 år*, s. 23

3.3.1 32a§

Ökad ålder kan medföra brister i arbetstagarens förmåga att utföra vissa typer av arbeten. Detta kan dock inte användas som saklig grund för uppsägning utan arbetsgivaren har en skyldighet att anpassa arbetet och vidta åtgärder för att fler äldre arbetstagare ska vara kvar i sina tjänster.⁸⁸ Av förarbeten framgår dessutom att en arbetsgivare som vill säga upp en arbetstagare på grund av att han eller hon inte längre kan utföra sina arbetsuppgifter före det att arbetstagaren fyllt 68 år måste bevisa saklig grund enligt 7§ LAS.⁸⁹ Grundregeln är dock om en arbetstagare på grund av ålder inte kan utföra någon typ av arbete alls hos arbetsgivaren föreligger saklig grund.⁹⁰ Arbetstagaren kan dessutom välja själv att tidigare än vid 68 års åldern att säga upp sig själv samt kan avtal träffas som ger arbetstagare vid tidigare tidpunkt än vid 68 år, rätt att gå i pension. 32a§ är endast ett skydd mot avtal om avgångsskyldighet före 68 års ålder.⁹¹ Bestämmelsen är tvingande.⁹²

3.3.2 33§

Beträffande 33§ i LAS, eftersom ålder ej kan utgöra saklig grund, rör det sig snarare om en underrättelse till arbetstagare som nått pensionsålder att de ej ska få fortsatt arbete hos arbetsgivaren. Uppnådd ålder till 68 år är således inte att se som grund för uppsägning utan som grund till pensionering som propositionen ser som två olika saker även om de båda i praktiken innebär samma sak, nämligen en icke fortsatt anställning.⁹³ Arbetsgivaren måste ge besked om denna underrättelse minst en månad i förväg till arbetstagaren. Arbetstagaren efter att denne fyllt 68 år har inte rätt till uppsägningstid som är mer än en månad enligt 11§ i LAS, och har inte heller rätt till varken förtur enligt ovanstående regler om turordning eller rätt till återanställning enligt 25§ i LAS.⁹⁴

⁸⁸ Prop. 1973:129. s. 126

⁸⁹ Proposition 2000/01:78 *Rätt att arbeta till 67 års ålder*. s. 43

⁹⁰ Prop. 1973:129. s. 126

⁹¹ SOU 2006:22 s. 440

⁹² LAS (1982:80) 2§ 2st.

⁹³ Prop. 1973:129 s.126

⁹⁴ SOU 2006:22 s. 440

3.3.3 En skälighetsbedömning

68-årsregeln har fått kritik från svenskt håll men har även prövats i EU-domstol i mål-
C-141/11 *Hörnfeldt mot Posten AB*. I målet hade en arbetstagare ej fått fortsatt anställning
efter det att han fyllt 67 år med hänvisning till dåtidens regler i LAS gällande
avgångsskyldighet vid 67 år.⁹⁵ EU-domstolen fann regeln i LAS vara sådan särbehandling
som art. 6.1 i direktiv 2000/78 syftar på, och domstolen prövade ifall 33§ i LAS stred mot
direktivet angående berättigad och icke-berättigad särbehandling.⁹⁶

Regeringen lade fram syftet med lagstiftningen i 33§ som en bestämmelse som bland annat
hindrar svåra och skambelagda uppsägningar av äldre på grund av deras ålder, öppnar upp
och ger plats för yngre på arbetsmarknaden samt anpassar arbetsmarknaden till dennes
demografiska utveckling.⁹⁷ EU-domstolen ansåg dessa mål vara i enlighet med den
sysselsättningspolitik på arbetsmarknaden som bestämmelsen anser berättigad.⁹⁸

Beträffande lämplighet och nödvändighet hänvisade domstolen till delvis 32a§ i LAS som
snarare ger en fördel till äldre arbetstagare vars anställning skyddas fram tills 68 år. De
nämnde även det faktum att 68-årsregeln inte innebär en automatisk pensionering utan en
möjlighet för arbetsgivare att erbjuda pension skulle arbetstagaren ej anses lämplig att arbeta
kvar. Alternativ såsom avtalad visstidsanställning ger arbetstagaren annan möjlighet att få
arbeta kvar om arbetsgivaren så skulle vilja.⁹⁹

Med automatisk pensionering menas att sådana alternativ som visstidsanställning eller
erbjudande om fortsatt anställning ej finns för den som uppnått pensionsålder. I flera andra
länder finns regler om automatisk pensionering som innebär att arbetstagare som fyllt x antal
år och därmed är berättigad pensionsinkomst ska lämna sin anställning i förmån för en annan.
Ett exempel är den tyska regel som tidigare nämnts i avsnitt 2.3 i målet *Gerhard Fuchs- och
Peter Köhler mot Land Hessen*. Regeln är utformad för tjänstemän och lyder: "Tjänstemän

⁹⁵ Mål C-141/11 *Hörnfeldt mot Posten AB*, p. 14

⁹⁶ C-141/11, p. 20-22

⁹⁷ C-141/11, p. 26

⁹⁸ C-141/11, p. 47

⁹⁹ C-141/11, p. 40-42

med livslång anställning pensioneras när de uppnått föreskriven åldersgräns”.¹⁰⁰ Det är sedan upp till varje tysk delstat att sätta åldersgränsen.¹⁰¹ I bestämmelsens utformning blir det tydligt att det innebär en med ålder automatisk avlägsnande av anställningen medan den i svensk lagstiftning utformade regel innebär endast att arbetsgivaren kan avlägsna arbetstagaren efter viss ålder om underrättelse sker. Den svenska regeln innebär inte att anställningen automatiskt försvinner. Detta var även en av anledningarna till att EU-domstolen godkände den svenska 68-årsregeln som lämplig och nödvändig samt, att regeln i sin helhet ej stod i strid med EUs arbetslivsdirektiv då diskriminering inte förelåg.¹⁰²

Målet jämfördes med det tidigare och liknande målet C-411/05 *Palacios de la Villa* där en spansk bestämmelse som innebar automatisk pensionering vid 65 årsåldern prövades gentemot art. 6.1 i Arbetslivsdirektivet.¹⁰³ EU-domstolen ansåg syftet med denna till synes missgynnande regel vara en särbehandling med sådant syfte som går i linje med EUs politik gällande sysselsättning och arbetsmarknaden.¹⁰⁴ Syftet med särbehandlingen var bland annat att jämnare fördela arbete på arbetsmarknaden mellan olika generationer genom att ge en bredare tillgång till arbete för yngre.¹⁰⁵ Eftersom den spanska lagen har satt avgångsskyldigheten först vid pensionsåldern har bestämmelsen på ett lämpligt sätt tagit hänsyn till det faktum att den avslutande anställningen kompenseras med pengar från pensionen. Summan från pension är enligt domstolen skälig: “...de berörda vid utgången av sin yrkeskarriär kommer i åtnjutande av en ekonomisk kompensation i form av en ålderspension, såsom den som avses i de nationella bestämmelser som avses i målet vid den nationella domstolen, och vars nivå inte kan anses oskälig.”¹⁰⁶ EU-domstolen godkände lagen i Spanien och ansåg den vara en berättigad särbehandling.¹⁰⁷

Vart gränsen för skälig pensionsnivå och oskälig har EU-domstolen inte satt en gräns för men är ändå avgörande i diskussionen om den spanska regeln om avgångsskyldighet kan anses lämplig enligt direktivet. Detta är något som Nummhauser-Henning ser som problematiskt då

¹⁰⁰ C-159/10 och C-160/10 p. 10.

¹⁰¹ C-159/10 och C-160/10 p. 11.

¹⁰² C-141/11, p.47

¹⁰³ Mål C-411/05 *Félix Palacios de la Villa mot Cortefiel Servicios SA*, p. 51-52

¹⁰⁴ C-411/105, p. 64

¹⁰⁵ C-411/105, p. 53

¹⁰⁶ C-411/105, p. 73

¹⁰⁷ C-411/105, p. 64

hur pensionssystemet fungerar i varje land och hur stora summor varje pensionär får avgör om nivån anses skälig eller inte, vilket i sin tur tycks bli avgörande om en regel om avgångsskyldighet eller automatisk pensionering ska anses lämplig eller inte av EU-domstolen.

Den svenska regeln godkändes av EU-domstolen på mer plan än vad beträffar nivån på pensionen men en diskussion kan fortfarande föras över huruvida en arbetstagare som endast intjänat rätten till garantipension ska bedömas på samma premisser som en arbetstagare som har en lång intjänad tjänstepension? I och med att EU-domstolen dömer avgångsskyldighet som mindre ingripande för att den avslutande anställningen kompenseras ekonomiskt på enligt dem en skälig nivå borde denna nivå bedömas individuellt, vilket också är en kritik som lyfts från svenskt håll.¹⁰⁸

Kritiken mot 68-årsregeln gäller också bestämmelsens generalisering av alla äldre arbetstagare där arbetsgivaren utan hänsyn till individuell förmåga, anställningstid och erfarenhet kan avsluta en anställning utan saklig grund eller skäl för avslut. Utredningen för diskrimineringsförbudet möter dock denna kritik genom att nämna att effekten av att inte ha en 68-årsregeln är värre än att låta regeln vara. Regeln hindrar för tidiga och förödmjukande uppsägningar av arbetstagare yngre än 68 år och 68 år är en förhållandevis hög satt åldersgräns om man jämför med statistiken över när många arbetstagare i Sverige faktiskt väljer att ta ut sin pension, vilket är betydligt tidigare än vid 68 år. Statistiken SOU 2006:22 väljer att ta upp är dock från 2002 vilket ej speglar hur arbetsmarknaden ser ut idag.

Utredningen möter också kritiken med att nämna samma argument som EU-domstolen argumenterade för i *Palacios de la Villa*, att oavsett om arbetsgivaren väljer att behålla arbetstagaren som fyllt 68 år eller inte, kommer arbetstagaren vara försäkrad en viss inkomst.

¹⁰⁹ Detta för oss igen tillbaka till argumentet om en garantipension på 8651 kronor i månaden ska behandlas med samma argument som en person som arbetat hela sitt liv och vars tjänstepension ligger på det dubbla.¹¹⁰ Hade frågan dömts individuellt både i svensk och EUs

¹⁰⁸ Numhauser-Henning, 2010, s. 465

¹⁰⁹ SOU 2006:22 s. 443

¹¹⁰ Numhauser-Henning, 2010, s. 465 och Pensionsmyndigheten, *Pensionens alla delar* (hämtad 2021-11-24)

domstol hade fler fall kanske underkänts och istället ansetts vara diskriminerande på grund av ålder.

I ett danskt mål från 2013 dömde EU-domstolen dock till en individuell prövnings fördel. I målet prövades en dansk bestämmelse om beredskapslön för tjänstemän vars tjänst dragits in där det angetts att personer över 65 år ej ska ges beredskapslön då dessa personer har rätt till ålderspension. Syftet enligt danska lagstiftaren var att personer med rätt till pension redan får den inkomst som kan ersätta lönen för den indragna tjänsten medan personer som ej har rätt till pension därmed bör ha rätt till beredskapslön som ersättningsinkomst för den bortfallna lönen. En beredskapslön gör att tjänstemän kan stå till arbetsgivarens förfogande skulle tjänsten bli tillgänglig igen istället för att söka sig till nya arbetsplatser. Av denna anledning godkände domstolen syftet med lagstiftningen.¹¹¹

Dock beträffande nödvändighet nämner domstolen att den danska lagstiftningen inte gör någon skillnad på de personer som är 65 år som önskar ta ut sin pension och de personer som är 65 år som har rätt att ta ut sin pension men som vill fortsätta arbeta eller som i fallet önskar fortsätta stå till arbetsgivarens förfogande.¹¹² Detta likställande på två helt olika individers vilja att arbeta gör att den sistnämnda personen ej har rätt till beredskapslön på grund av sin ålder trots att denne står till förfogande för fortsatt arbete på samma premisser som de arbetstagare under 65 år.¹¹³ Detta leder i sin tur till att arbetstagaren utan beredskapslön har inget annat val än att ta ut pension, som dessutom är på en lägre nivå än vad den hade varit om arbetstagaren fått arbeta en längre tid.¹¹⁴

Domstolen erinrar om att en individuell prövning kan göras, även om den ej kan krävas, för att se om personen med rätt till ålderspension vill fortsätta arbeta eller inte. EU-domstolen fann därmed att andra åtgärder kunde göras och att bestämmelsen ej var nödvändig och därmed gick den ej i linje med art. 6.1 i Arbetslivsdirektivet.

¹¹¹ Mål C-546/11 *Dansk Jurist- og Økonomforbund, som för talan för Erik Toftgaard mot Indenrigs- og Sundhedsministeriet*, p. 49

¹¹² C-546/11, p. 66

¹¹³ C-546/11, p. 67

¹¹⁴ C-546/11, p. 68

Genom detta mål blir det tydligt att en strävan för individuell bedömning i varje enskilt fall inte är helt uteslutet i fråga om det rör sig om en befogad särbehandlingen eller ej. Det blir även tydligt att inom EU är man medveten om att en längre anställningstid bidrar till en högre pension vilket antyder att äldre personer bör ges chansen att arbeta tills dess de önskar gå i pension.

3.3.4 Förhållandet mellan 68-årsregeln och åldersdiskriminering

Äldre gynnas av regeln i 32a§ i LAS då den ger dem rätt att vara kvar i en anställning fram tills 68 år medan regeln i 33§ i LAS missgynnar äldre som efter att de fyllt 68 år kan tvingas lämna sin anställning samt att de fråntas stora delar av anställningsskyddet i LAS.¹¹⁵ Däremot är regeln flexibel och har många undantag vilket gör den enligt både svenska regeringen och EU-domstolen befogad trots missgynnande. Några av dessa undantag har motiverats av EU-domstolen när 68-årsregeln prövades. Till exempel att trots avgångsskyldighet kompenseras arbetstagaren med inkomst via pension samt att en visstidsanställning kan ersätta tillsvidareanställning och innebär därmed ej automatisk pensionering. Syftet med båda regler i LAS, nämligen att äldre arbetstagare ska motiveras att arbeta fram tills 68-årsåldern men ska också vid den åldern ge plats åt yngre arbetstagare samt att båda regler hindrar arbetsgivare att säga upp arbetstagare på grund av ålder innan de har nått pensionsålder, har motiverats av regeringen i målet *Hörfeldt mot Posten AB*.¹¹⁶ Rönmar lägger här till fram argumentet att utan en 68-årsregel skulle risken att arbetsgivare inte vill anställa personer som närmar sig pensionsåldern öka. Arbetsgivare skulle befara att arbetstagarnas prestationer försämras med åldern och att det skulle leda till en omöjlighet för arbetsgivaren att avsluta anställningen. Ålder får inte utgöra saklig grund, vilket skulle leda till uppsägningar med ovärdiga grunder eller ogiltiga uppsägningar som är diskriminerande på grund av ålder.¹¹⁷

EU-domstolen har i båda nämnda mål dömt avgångsskyldighet som ett sådant mål som är berättigat enligt EUs sysselsättningspolitik med bland annat hänvisning till att det öppnar upp arbetsmarknaden för yngre. I mål C-388/07 *Age Concern England* godkände domstolen även

¹¹⁵ Se avsnitt 3.3.1 och 3.3.2

¹¹⁶ Se avsnitt 3.3.3

¹¹⁷ Mia Rönmar, *Employment Protection Regulation- Some Current Themes and Challenges. I Festskrift till Ann Numhauser-Henning*. Lund: Juristförlaget, 2017, s. 705.

här ett undantag från diskriminering på grund av ålder när en brittisk bestämmelse sade att vid uppnådd pensionsålder på 65 år får en arbetstagare sägas upp.¹¹⁸

Vad som skiljer mål C-388/07 från bland annat målet *Palacios de Villa* är att domstolen särskilt pekar på att trots att medlemsstaterna ges stor frihet att bedöma vad som anses som en befogad särbehandling får förbudet mot diskriminering på grund av ålder inte sättas i andrahand. Nationella bestämmelser som inskränker diskrimineringsförbudet får därför inte anses som befogade särbehandlingar endast med en allmän hänvisning till att den främjar sysselsättningspolitiken. Varje fall ska bedömas för sig och varje nation har bevisbördan. Det vill säga det är upp till var land att bevisa att just deras särbehandling har ett tillräckligt syfte och ett lämplig och nödvändigt medel för att uppnå syftet.¹¹⁹

Målet satte en ny och högre nivå för granskning av domstolen inför kommande domar om befogad särbehandling. Den svenska prövningen av 68-årsregeln i LAS, i målet *Hörnfeldt mot Posten AB*, skedde efter målet *Age Concern England* men dömdes trots detta i förmån för 68-årsregeln. Detta kan tolkas som att trots en högre bevisbörda i och med *Age Concern England* lade Sverige fram så pass tydliga argument att domstolen ansåg deras syften berättigade.¹²⁰ Det faktum att den svenska bestämmelsen inte innebar automatisk pensionering såsom till exempel i tyska målet *Gerhard Fuchs- och Peter Köhler mot Land Hessen* gjorde även att domstolen ansåg regeln lämplig.¹²¹ 68-årsregeln har sammanfattningsvis, trots kritik om generalisering och för lite hänsyn till individuell förmågor hos äldre arbetstagare, godkänts som icke-diskriminerande.¹²²

¹¹⁸ Mål C-388/07 *Age Concern England*, p. 18

¹¹⁹ Mål C-388/07, p. 51-52

¹²⁰ Se avsnitt 3.3.3

¹²¹ Nyström, 2017, s. 228

¹²² Se avsnitt 3.3.3

4. Slutsats

4.1 Sammanfattning

Denna uppsats har haft i syfte att göra en gränsdragning mellan tillåten särbehandling på grund av ålder och förekommen åldersdiskriminering framförallt genom att undersöka reglerna i LAS i förhållande till EUs och Sveriges bestämmelser kring åldersdiskriminering. Ett förbud i arbetslivet mot diskriminering på grund av ålder finns i både svensk lagstiftning i Diskrimineringslagen samt inom EU-rätten i Arbetslivsdirektivet. Förbudet har ett undantag i båda rättskällor i en situation där den missgynnande åtgärden har ett berättigat syfte och ett nödvändigt och lämpligt medel för att uppnå syftet.¹²³

Vid bedömning av undantag som gjorts gör domstolen en intresseavvägning enligt proportionalitetsprincipen i två steg. Först om syftet att särbehandla en person på grund av ålder väger tyngre än intresset att hindra diskriminering och sedan om särbehandlingen som medel står i proportion till vad den vill uppnå.¹²⁴

EU-domstolen har ofta, vilket visats i flera mål som tagits upp i denna text, dömt ifall syftet kan kopplas till den politik om sysselsättning och arbetsmarknaden som råder inom EU. I de fall medlemsländerna har lyckats visa på bland annat hänsyn till äldres rätt att få arbeta kvar en längre tid som i målet *Hörfeldt mot Posten AB*, till att ge äldre arbetstagare en lättare chans att komma in på arbetsmarknaden som i *Mangold*-målet eller att öppna upp arbetsmarknaden för yngre genom att låta äldre arbetstagare gå i pension som i mål *Age Concern England* och i mål *Palacios de Villa*, har EU-domstolen godkänt syftena som att gå i linje med sysselsättningspolitiken.¹²⁵ Det är snarare bedömningen av nödvändighet och lämplighet som domstolen i både Sverige och EU dömt till lagstiftarens nackdel. Bland annat i AD 2011:37 där särbehandlingen ansågs för ingripande och förslag till annan åtgärd lades fram,¹²⁶ likaså i målet *Dansk Jurist- og Økonomforbund mot Indenrigs-* og

¹²³ Dir. 2000/78/EG art. 6. och DiskL. (2008:567) 2 kap. 2§ p. 4

¹²⁴ Fransson och Stüber, 2021. s. 90. För vidare diskussion se avsnitt 2.2.2 och 2.3.2

¹²⁵ Mål C-141/11, Mål C-144/04, Mål C-388/07 och Mål C-411/05

¹²⁶ AD 2011:37. För vidare diskussion se avsnitt 2.3.2

Sundhedsministeriet dömdes åtgärden som icke nödvändig då en individuell prövning av de äldre arbetstagarna borde gjorts istället.¹²⁷

Turordningsreglerna i LAS ger en förtur till äldre arbetstagare att stanna kvar i sin tjänst framför yngre vilket blir missgynnande för dem. På samma sätt är regeln i 32a§ missgynnande för yngre då äldre ges rätten att stanna kvar tills dess de fyllt 68 år vilket ej gör det lika lätt yngre arbetstagare att komma in på arbetsmarknaden. Däremot missgynnas äldre arbetstagare av regeln i 33§ LAS då det efter 68 år fräntas mycket av det skydd lagen ger och de har en avgångsskyldighet skulle deras arbetsgivare underrätta, utan saklig grund, att de ej får fortsatt anställning.

Samtidigt som både äldre och yngre missgynnas av reglerna i LAS på det sätt som Diskrimineringslagen och Arbetslivsdirektivet förbjuder, finns det också en rad undantag från LAS bestämmelser som snarare gynnar den motsatta åldersgruppen. Gällande turordningslistor kan kollektivavtalsbunden part träffa egen avtalsturlista utan hänsyn till reglerna i 22§ samt måste hänsyn tas till de kvalifikationer en fortsatt tjänst skulle kräva. Beträffande 32a§ kan även här göras undantag i avtal om en tidigare rätt för äldre arbetstagare gå i pension och likaså i 33§ kan undantag göras då även efter 68 år kan en arbetstagare ges fortsatt arbete om arbetsgivaren så önskar.¹²⁸

Med undantagen i åtanke samt med de motiv Sverige lagt fram som syftet med de båda reglerna i LAS har varken svensk eller EUs domstol (endast i frågan om avgångsskyldighet) dömt reglerna i LAS som diskriminering på grund av ålder. Syftet med lagarna och medlen för att uppnå syftet anses gå i linje med de berättigade syften som Diskrimineringslagen och Arbetslivsdirektivet undantar. Äldre arbetstagare ska ges mer skydd av turordningsreglerna genom att deras längre anställningstid ska ge större chans att få arbeta kvar vid arbetsbrist samt att det är svårare för äldre arbetstagare att få chansen till ny anställning skulle den sägas upp.¹²⁹ Äldre ska även med rätten att arbeta kvar till 68 år ges större möjlighet att sysselsättas under en längre tid få chans till aktivt åldrande vilket är ett mål både EU och Sverige har

¹²⁷ Mål C-546/11. För vidare diskussion se avsnitt 3.3.3

¹²⁸ LAS (1982:80) 22§ och LAS (1982:80) 32a-33§§

¹²⁹ Prop. 2007/08:95, s. 183. För vidare diskussion se avsnitt 3.2.3

inom sin arbetsmarknadspolitik. Dock ska även yngres arbetssituation bli lättare då arbetstagare efter 68 år lämnar plats åt de yngre genom avgångsskyldigheten enligt 33§.¹³⁰ De är på grund av dessa framförda argument och på grund av bestämmelsernas flexibilitet som Sverige valt att inte anse LAS att stå i konflikt med Diskrimineringslagen.

4.2 Vidare diskussion

Skäligheten i att dessa medel för särbehandling uppfyller syftena i varje enskild situation har diskuterats och motiven har fått kritik varav en del av denna framförts i uppsatsen. Vidare diskussion hade dock kunnat föras angående bristen på individuell bedömning i intresseavvägningen mellan åtgärd och målet med denne. Turordningsreglerna finns för att skydda äldre arbetstagare, men när upphör en person att tillhöra den yngre kategorin av arbetstagare och övergår till att betraktas som äldre. Speciellt med åtanke i det förslag till dom som lades fram i *Küçükdeveci*-målet. Förslaget argument var att längre anställningstid bör ges större chans till fortsatt anställning då högre ålder gör det svårare att få en ny anställning.¹³¹ Kan samma argument appliceras i en situation där det rör sig om två personer i 20 årsåldern? Är det svårare för en 24-åring än för en 22-åring att införskaffa en ny anställning på grund av ålder eller vem är det lagen egentligen syftar på när det rör sig om äldre arbetstagare? Vid en individuell prövning av syfte och medel i en sådan situation hade samma argument kunnat läggas fram och hade dessa isåfall godkänts? En 22-åring med lika anställningstid och lika meriter som en som är 24 år missgynnas då på grund av sin ålder endast för att 24-åringen enligt svensk och europeisk sysselsättningspolitik ska ges större skydd till fortsatt anställning på grund av sin ålder. Det finns flera situationer där gränsdragningen, för om LAS turordningsregler ska anses vara berättigad eller ej, inte är lika tydlig i förhållande till argumentet som lagts fram i bestämmelsens fördel.

Beträffande 68-årsregeln har även denna fått kritik som förts fram i uppsatsen. Bland annat på grund av att en av anledningarna till att EU-domstolen ansåg den svenska regeln vara lämplig i målet *Hörnfeldt mot Posten AB* var på grund av att de som ej får fortsatt anställning efter 68 år enligt 33§ LAS ges som kompensation en ekonomisk ersättning i form av pension

¹³⁰ Mål C-141/11. För vidare diskussion se avsnitt 3.3.3

¹³¹ Förslag till avgörande av generaladvokat Bot - Mål C-555/07 p. 38-39

och därmed är särbehandlingen ej lika missgynnande mot äldre.¹³² Samma argument användes i målet *Palacios de la Villa* där EU-domstolen använde ordet *skälig* för att beskriva den nivå av ersättning som ges med pensionen men ingen vidare förklaring varför den anses skälig och hur långt denna nivå sträcker sig.¹³³ En vidare diskussion hade därför kunnat föras gällande länders olika pensionssystem som alla påverkar nivån då arbetstagare ges olika pensionsinkomster beroende på i vilket land de arbetar och hur lång del av deras liv som de arbetat i detta land.

I Sverige får man bland annat inkomstpension och eventuellt tjänstepension som beräknas utefter ens lön och hur länge en har arbetat. En person som arbetat hela sitt liv med en stabil och relativt hög lön får således mer pengar i pension än en person som arbetat en kortare tid och med lägre lön. En person som knappt arbetat alls har rätt till garantipension.

I andra länder ser systemen annorlunda ut men i fråga om åldersdiskriminering döms allas situation gällande pension lika, att det är en skälig nivå av ekonomisk ersättning som ersätter en icke fortsatt anställning i fråga om avgångsskyldighet.

Förhållandet mellan LAS och Diskrimineringslagens undantag från diskrimineringsförbudet blir i en individuell bedömning av varje äldre arbetstagares situation när de fyllt 68 år, här diffust då olika nivåer ej ger samma typer av ersättning. Frågan är om 33§ i LAS hade kunnat anses som lämpligt medel i en situation som gav arbetstagaren i fråga en oskälig nivå av ersättning vid pension.¹³⁴ Dock godkände EU-domstolen den svenska regeln av flera anledningar förutom inkomsten av pensionen utan även på grund av bestämmelsens möjlighet till undantag i form av fortsatta visstidsanställningar samt på grund av regeln i 32a§ LAS som snarare ger äldre arbetstagaren en rätt att arbeta fram tills en viss ålder än en skyldighet för dem att automatiskt behöva lämna sin anställning.¹³⁵

¹³² Mål C-141/11

¹³³ Mål C-411/05

¹³⁴ Numhauser-Henning, 2010, s. 465

¹³⁵ Mål C-141/11. För vidare diskussion se avsnitt 3.3.3

4.3 Avslutande reflektion

Gränsdragningen för när man får och inte får särbehandla arbetstagare på grund av ålder är inte tydlig och det finns flera situationer där länders lagstiftning särbehandlar på grund av ålder och där både yngre och äldre arbetstagare missgynnas till följd av bestämmelserna men där motpartens intresse för anställningsskydd och säkrare plats på arbetsmarknaden värderas högre.

Avvägningen mellan de två intressenterna är alltid aktuell då i takt med att arbetsmarknadens behov förändras, förändras även lagstiftarens intresse för att särskilt skydda en viss grupp i samhället. Gränsen är flytande på grund av att intresset i avvägningen i fråga är flytande. Idag anser lagstiftaren i Sverige att LAS och Diskrimineringslagen inte står i konflikt med varandra då båda regler vill skydda den åldersgrupp som är i mest behov av skydd på arbetsmarknaden idag men vem vet om några år ser kanske världen annorlunda ut och därmed kanske även intresset av att skydda mot diskriminering eller intresset för att öka sysselsättningsgraden förändras.

Abstract

A continuously aging population leads to an increase in senior employees in the labor market. A question about the rights and duties for these employees is thereby raised more frequently than ever. Within the EU and in Sweden a prohibition against discrimination has been introduced to protect both younger and older employees. Both legislations, however, have an exception from this prohibition which allows certain actions that seems to disfavor employees because of their age, if the action has a purpose that is in line with the labor politics within the EU, or has another justified purpose, and the action itself is considered necessary and suitable to obtain its purpose. This paper underlines this exception from discrimination and studies specifically the exception's relation to the Swedish regulation concerning order of redundancies and the regulation concerning the obligation to resign at age 68.

The court of the EU has judged similar regulations as to the ones in Sweden, as being justified and in line with the politics of employment. The Swedish government has likewise judged their own legislation as one not in conflict. The regulation about order of redundancy disfavor younger workers since they are the first to leave their work because of their age in the case where their employment time equals another's that is of older age. However, the purpose of the rule is to secure longer employment for senior employees since they have it harder finding a new employment. In contrast, the rule of 68, where older employees are being stripped of their employment protection at the age of 68 is unfavorable towards them, however the purpose of this regulation is to favor younger workers in entering the labor market by letting senior workers of age retire. These purposes have been criticized to be generalising without taking into consideration each individual's condition This makes the relationship between the prohibition of discrimination and the Swedish Employment Protection Act more complexed than its legislator deems it to be.

5. Källförteckning

Offentliga tryck

Sverige

Regeringsformen (1974:152)

Diskrimineringslag (2008:567)

Lag (1982:80) om anställningsskydd

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

Prop. 2007/8:95, Ett starkare skydd mot diskriminering

Prop. 1973:129 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om anställningsskydd, m.m.

DS 2018:28 Förlängt anställningsskydd till 69 år

SOU 2006:22 En sammanhållen diskrimineringslagstiftning

Europeiska unionen

Fördraget om Europeiska unionen (2012/C 326/15)

Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (2012/C 326/01)

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

Europakonventionen

Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolen

AD 1983:107

AD 2000:107

AD 2008:47

AD 2011:37

AD 2015:51

AD 2021:38

EU-domstolen

Mål C-144/04 *Werner Mangold mot Rüdiger Helm*, REG 2005 I-9981

Mål C-411/05 *Félix Palacios de la Villa mot Cortefiel Servicios SA*, REG 2007 I-10799

Mål C-388/07 *The Queen, på begäran av: The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England) mot Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, REG 2009 I-1569

Mål C-555/07 *Seda Küçükdeveci mot Swedex GmbH & Co. KG*, EU:C:2010:21

Förslag till avgörande av generaladvokat Yves Bot föredraget 2009-07-07, Mål C-555/07 *Seda Küçükdeveci mot Swedex GmbH & Co. KG*.

Mål C-447/09 *Reinhard Prigge m.fl. mot Deutsche Lufthansa AG*, EU:C:2011:321

Mål C-159/10 *Gerhard Fuchs mot Land Hessen*, EU:C:2011:508

Mål C-160/10 *Peter Köhler mot Land Hessen*, EU:C:2011:508

Mål C-141/11 *Torsten Hörnfeldt mot Posten Meddelande AB*, EU:C:2012:421.

Mål C-546/11 *Dansk Jurist- og Økonomforbund, som för talan för Erik Toftgaard mot Indenrigs- og Sundhedsministeriet*, EU:C:2013:603

Litteratur

Aleksander Peczeni, *Juridikens allmänna källor*, Svensk juristtidning, 2005

Bert Lehrberg, *Praktisk Juridisk Metod*, 3 uppl., Uppsala: Iusté, 1996

Birgitta Nyström, *EU och arbetsrätten*, 5 uppl., Stockholm: Wolters Kluwer, 2017

Catharina Calleman, *Turordning vid uppsägning*, Stockholm: Norstedts juridik, 2000

Catharina Calleman, Festskrift till Örjan Edström, *När strider en uppsägning mot god sed på arbetsmarknaden?*, Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet, 2019

Fredrik Korling och Mauro Zamboni, *Juridisk metodlära*, 2 uppl. Lund: Studentlitteratur, 2018

Hettne och Otken Eriksson, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 uppl, Stockholm: Norstedts juridik, 2011

Mattsson, Titti och Numhauser-Henning, Ann, *Vad är äldrerätt?* I Äldrerätt, Titti Mattsson och Ann Numhauser-Henning (red.), 15–23. Stockholm: Wolters Kluwer, 2017.

Mia Rönnmar, *Employment Protection Regulation- Some Current Themes and Challenges*. I Festskrift till Ann Numhauser-Henning. Lund: Juristförlaget, 2017

Numhauser-Henning, *Åldersdiskriminering och några anställningsskyddsrelaterade frågor*, i Vänbok till Ronnie Eklund. Kerstin Ahlberg (red.), 439–473, Uppsala: Iustus, 2010

Papadopoulou och Skarp, *Juridikens nycklar: introduktion till rättsliga sammanhang, metoder och verktyg*, 1 uppl, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017

Susanne Fransson och Eberhard Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 3 uppl., Stockholm: Norstedts juridik 2021

Internetkällor

Pensionsmyndigheten, 2021, *Pensionens alla delar*. Hämtad 2021-11-24

<https://www.pensionsmyndigheten.se/forsta-din-pension/sa-fungerar-pensionen/pensionens-alla-delar>