

Lund University Faculty of Law

From the Selected Works of Ann Numhauser-Henning

2010

Åldersdiskriminering och några anställningsskyddsrelaterade frågor

Ann Numhauser-Henning, *Lund University*



Available at: https://works.bepress.com/ann_numhauser-henning/4/

Särtryck ur

Vänbok till
RONNIE EKLUND

IUSTUS FÖRLAG 2010

Åldersdiskriminering och några anställningsskyddsrelaterade frågor

Introduktion

Enligt Diskrimineringslagen (2008:567) är det fr.o.m. 1 januari 2009 även i Sverige förbjudet att diskriminera pga. ålder. Regleringen har sin bakgrund i EG-rätten.

Genom artikel 13 EG efter Amsterdamtraktaten tilldelades de EG-rättsliga institutionerna 1999 kompetensen att vidta åtgärder för att bekämpa diskriminering pga. såväl kön som ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder och sexuell läggning. Genom det s.k. arbetslivsdirektivet, direktiv 2000/78/EG om inrättandet av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet¹, infördes förbud mot diskriminering i arbetslivet pga. bl.a. ålder. I *Mangold*² fastslog EG-domstolen att förbudet mot åldersdiskriminering – också oberoende av arbetslivsdirektivet – är en gemenskapsrättslig princip som grundar sig på diverse internationella överenskommelser och medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.³ Nya initiativ

¹ EGT L 303, 2.12.2000, s. 16.

² *Mangold* C-144/04.

³ Domen p. 74–75. Jfr emellertid vidare också målet *Bartsch* C-427/06, där domstolen inte ville pröva ett tyskt tjänstepensionssystem, enligt vilket efterlevande make som är mer än 15 år yngre än den avlidne f.d. arbetstagaren inte omfattas av rätt till efterlevandepension, med hänvisning till att ”gemenskapsrätten [inte] innehåller något förbud mot diskriminering på grund av ålder, vars iakttagande de nationella domstolarna ska säkerställa, när den eventuella diskrimineringen

har därefter tagits för att vidga diskrimineringsförbudets tillämpningsområde till andra samhällsområden. Sommaren 2008 lade Kommissionen således fram ett förslag till förbud mot diskriminering pga. bl.a. ålder även utanför arbetslivets område⁴ – i parallell med de förbud som redan gäller på området etnisk diskriminering. Förbudet mot åldersdiskriminering ingår också i artikel 21 i EUs stadga om de grundläggande rättigheterna⁵ som när Lisabontraktaten träder i kraft får karaktär av primärrätt.

Arbetslivsdirektivet skulle i princip ha varit genomfört redan den 2 december 2003 med möjlighet till förlängd tid med tre år när det gällde grunderna ålder och funktionshinder. Sverige skulle i dessa delar ha genomfört direktivet den 2 december 2006.⁶ Men, den svenska lagstiftaren dröjde ända till den 1 januari 2009.⁷ När nu lagstiftning äntligen införts är skyddet mot åldersdiskriminering klart svagare än det skydd som gäller för övriga grunder.⁸ Det har således begränsats till att gälla arbetslivet och närliggande områden (arbetsmarknadspolitisk verksamhet, start och bedrivande av näringsverksamhet och medlemskap i vissa organisationer) samt utbildning, och också inom dessa områden är utrymmet för undantag just när det gäller ålder särskilt stort. Inte desto mindre går den svenska lagstiftaren klart längre än EG-rätten i nuläget kräver när det gäller att (om än sent om sidos) införa ett skydd mot åldersdiskriminering. EG-rättens krav omfattar ännu inte utbildningsområdet och inte heller uppställs i arbetslivsdirektivet något krav på ett ombudsmannainstitut eller liknande för just detta område.⁹

Men, åldersdiskriminering är på många sätt speciell. Att en ”åldersneutral” praktik inte omedelbart framstår som funktionell inom många samhällsområden reflekteras i de många undantag som redan nu i utgångsläget gäller för just den särbehandlingsgrunden.

inte har någon anknytning till gemenskapsrätten”. ”Någon sådan anknytning uppstår inte genom artikel 13 EG eller ... genom direktiv 2000/78, redan innan den aktuella medlemsstatens föreskrivna frist för att införliva detta direktiv har löpt ut”, fortsätter domstolen (p. 25). Skillnaden i förhållande till *Mangold* är enligt domstolen att den regel som där prövades i själva verket var en åtgärd för genomförande av ett gemenskapsdirektiv, nämligen visstidsdirektiv (p. 24). Se även Generaladvokatens yttrande i målet *Kücükdeveci C-555/07*.

⁴ KOM(2008) 426.

⁵ EUT C 364, 18.12.2000, s. 1.

⁶ Sverige utnyttjade alltså möjligheten till förlängd genomförandetid – tillsammans med Tyskland, Belgien, Holland och Storbritannien ävensom Danmark (ett år).

⁷ Jfr Kommissionens MEMO/08/69, 31/01/2008.

⁸ Regeringen har dock den 13 augusti 2009 tillsatt en utredning om stärkt skydd mot diskriminering pga. ålder, Dir. 2009:72. Uppgiften är att föreslå hur ett stärkt skydd mot diskriminering pga. ålder ska införas på de samhällsområden – utom värnplikt och civilplikt – som idag saknar ett sådant skydd i diskrimineringslagen.

⁹ Jfr dock not 4.

Ingressen till arbetslivsdirektivet ger en bild av bevekelsegrunderna bakom ett förbud mot diskriminering pga. ålder liksom av dess eventuella begränsningar. Skrivningarna under punkterna 1, 4 och 6 hänvisar till den allmänna rätt till likställdhet inför lagen och ett skydd mot diskriminering för alla och envar, som framträder i ett antal där uppräknade och av gemenskapen och medlemsstaterna omfattade internationella konventioner och kan sägas anlägga ett mänskliga-rättigheters(MR)-perspektiv. I punkten 9 lyfts vidare just rätten till sysselsättning och arbete fram som grundläggande faktorer när det gäller att garantera lika möjligheter för alla liksom medborgerliga rättigheter. Såväl individens intressen av social och ekonomisk integration som mer instrumentella gemenskapsintressen apostroferas i punkterna 7, 8 och 11, där man hänvisar till den europeiska sysselsättningsstrategin och dess målsättningar om att öka äldres deltagande i arbetslivet och den nyckelroll bl.a. sådana strävanden har för att förverkliga målen i EG-fördraget om ”en hög sysselsättningsnivå och en hög nivå på det sociala skyddet, en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten, ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet samt fri rörlighet för personer”. Här handlar det inte bara om individens rättigheter utan också om mer allmänna intressen när det gäller såväl faktisk social och ekonomisk utveckling som EUs legitimitet i ett mer övergripande perspektiv. I punkten 25 reflekteras rådets medvetenhet om att åldersdiskriminering på många sätt intar en särställning: ökad sysselsättning är målet men ”särbehandling på grund av ålder kan dock motiveras under vissa förhållanden och kräver alltså särskilda bestämmelser som kan variera efter förhållandena i medlemsstaterna”. Man fortsätter, ”det är följaktligen mycket viktigt att göra en skillnad mellan berättigad särbehandling, särskilt sådan som motiveras av de legitima målen för sysselsättningspolitiken, arbetsmarknaden och yrkesutbildningen och den diskriminering som bör vara förbjuden”.

Den s.k. Lissabonstrategin innefattar bl.a. vissa sysselsättningspolitiska mål. Det övergripande målet är att unionen år 2010 ska ha en sysselsättningsgrad på minst 70 procent. Delmål har emellertid senare – i Stockholm 2001 – ställts upp när det gäller kvinnors och äldres arbetskraftsdeltagande. Dessa mål har satts till 60 procent när det gäller kvinnor och 50 procent när det gäller äldre arbetskraft (55–64). De sysselsättningspolitiska riktlinjerna¹⁰ uppmärksammar vikten av full sysselsättning, högkvalitativa arbetstillfällen och social och territoriell sammanhållning. Här lyfts såväl de yngre situation, med relativt sett högre arbetslöshetstal, som vikten av ett ökat

¹⁰ Se Kommissionens meddelande Integrerade riktlinjer för tillväxt och sysselsättning (2008–2010), KOM(2007) 803 slutlig.

arbetskraftsdeltagande bland de äldre – t.ex. i riktlinje 18 om *”a lifecycle approach to work”*.

Vikten av social integration präglar också Kommissionens meddelande *Möjligheter, tillgång och solidaritet: mot en ny samhällsvision för tjugohundratalets Europa*¹¹ och den anknyttande förnyade sociala agendan.¹² I den senare berörs bl.a. den demografiska utvecklingens betydelse – med en åldrande befolkning och ökande försörjningsbörda – för behovet av ändrade arbetsmönster samtidigt som behovet av solidaritet mellan bl.a. generationerna understryks (s. 5 f.). Av särskilt intresse i det här sammanhanget är vidare 2009 *Ageing Report*¹³. Här diskuteras den demografiska utvecklingen inom EU i ett tillväxtperspektiv och man pekar bl.a. på betydelsen av såväl en modernisering av välfärdssystemet som ett förlängt *”arbetsliv”*. Utöver pensionsreformer som incitament för ökat arbetskraftsdeltagande pekas på vikten av *”removal of employment obstacles, such as mandatory retirement ages, and introduction of flexible retirement mechanisms allowing them to choose when to retire and to earn additional pension entitlements”*. *”Reform strategies must include changing attitudes to older workers and developing their skills and employability through effective lifelong learning. Suitable working conditions are needed, including more flexible working-time and work-organisation, together with opportunities for an ageing workforce”*, såsom t.ex. deltidsarbete.

Ett nyckelkoncept i dagens gemenskapsrättsliga arbetsmarknadspolitik är vidare *flexicurity*. Flexicurity har definierats som *”a policy strategy to enhance, at the same time and deliberately, the flexibility of labour markets, work organisations and labour relations on the one hand, and security – employment security and social security – on the other. The key principles that underpin the flexicurity strategy are that flexibility and security should not be seen as opposites, but can be made mutually supportive”*.¹⁴ Kommissionen och medlemsstaterna har enats om att följande fyra komponenter ingår i begreppet *flexicurity*: flexibla men samtidigt trygga kontraktsförhållanden, en aktiv arbetsmarknadspolitik för övergång mellan anställningar, system för livslångt lärande och moderna system för social trygghet, allt i

¹¹ KOM(2007) 726, 20.11.2007.

¹² KOM(2008) 412 slutlig.

¹³ KOM(2009) 180/4 29.4.2009, Dealing with the impact of an ageing population in the EU.

¹⁴ Flexicurity Pathways, preliminär rapport från the Expert Group on Flexicurity, Bryssel den 20 april 2007.

kombination med social dialog.¹⁵ *Flexicurity* kopplas också till den alltmer segmenterade arbetsmarknaden och situationen för mer eller mindre marginaliserade grupper såsom kvinnor, ungdomar, äldre och lågutbildade och principen kommer till uttryck i riktlinje 21 bland de sysselsättningspolitiska riktlinjerna.¹⁶

Skyddet mot åldersdiskriminering har alltså introducerats mot bakgrund av såväl MR-argument som av mer instrumentella politiska och samhällsekonomiska skäl. Av Lissabonstrategin m.fl. efterföljande dokument framgår att det anses finnas starka samhällsekonomiska intressen av ökad integration av särskilt de äldre i arbetslivet. Detta understryks ytterligare i *flexicurity*-diskursen. Ett *hållbart arbetsliv* kräver – mot bakgrund av såväl den demografiska som den tekniska och världsekonomiska utvecklingen – en omvärdering av de äldres roll på arbetsmarknaden. Det kan handla om att stärka de äldres skydd genom förbud mot diskriminering, men också om att särreglera deras ställning för att på så sätt göra dem mer attraktiva på arbetsmarknaden.¹⁷

Samtidigt står dessa strävanden alltså i mer eller mindre stark motsättning till det sätt på vilket arbetsmarknaden traditionellt varit institutionaliserad och även fungerat. Lönearbetet präglar och har präglat det moderna industrisamhället. Parallellt har olika sociala trygghetssystem utvecklats för att täcka de typiska riskerna för inkomstbortfall i ett sådant samhälle. Pensionssystem är en del av denna ordning. När en allmän ålderdomsförsäkring från 67 infördes i Sverige 1913 innebar detta något helt annat än vad rätt till pension vid 65 eller 67 års ålder innebär idag. Med tiden har pensionssystemet utvecklats till ett system som mer uttalat kompenserar bortfallet av tidigare arbetsinkomster. Den del av livet, ”arbetslivet”, som förutsätts vara den centrala delen, har blivit allt kortare i förhållande till livslängden, och – för att tala med Anna Christensen¹⁸ – det ”efterliv” som består av livet som pensionär har blivit allt längre. ”Normen i det tidiga industrisamhället var att man arbetade så länge man orkade. Normen i det senare industrisamhället är att man skall/får sluta sitt arbete när man upp-

¹⁵ January 2006 Annual Progress Report.

¹⁶ Se Kommissionens meddelande Integrerade riktlinjer för tillväxt och sysselsättning (2008–2010), KOM(2007) 803 slutlig.

¹⁷ Denna särreglering kan, beroende på hur man ser det, gå ut på såväl att förstärka som att urholka deras anställningsskydd. Se vidare t.ex. Ann Numhauser-Henning, Rätt att gå vid 67?, i Numhauser-Henning (red.), *Normativa Perspektiv*, Festskrift till Anna Christensen, Lund 2000.

¹⁸ Anna Christensen, *Normativa grundmönster i pensionssystemen*, i Lovens Lov, Festskrift till Jörgen Dalberg-Larsen, København 2000 (2000a).

när den legala pensionsåldern eller uppfyller kraven för förtidspension”.¹⁹ I det längre perspektivet har frågan om när man slutar jobba – vid sidan av mer individuella hälso- och sysselsättningsproblem – alltså reglerats i spänningsfältet mellan den allmänna pensionsförsäkringen och de kollektivavtalsregler om avgångsskyldighet och avtalspension som finns. Men det har inte bara handlat om välfärdsutveckling. I industrisamhället var det nödvändigt, också ur produktionens synvinkel, att de äldre avfördes från arbetslivet. Det speglas bl.a. i utvecklingen av den reella pensionsåldern efter avvecklingar mm.

Reglerna om förbud mot åldersdiskriminering berör ju emellertid inte bara den äldre arbetskraften utan alla åldrar.²⁰ Även här bygger de traditionella referensnormerna i arbetslivet delvis på förekomsten av komplementära system i samhället liksom på andra sociala praktiker. I tidiga åldrar konkurrerar arbete med utbildning. Det senare framstår inte sällan som det samhälleligt önskvärda varför sämre löner och anställningsförhållanden har kunnat accepteras. Den försörjningsbörda som typiskt sett följer med något stigande ålder har traditionellt fått motivera en utveckling av lön och andra anställningsvillkor enligt senioritetsprinciper. Här har stora förändringar i arbetslivets referensnormer redan skett – bl.a. har ”försörjarlönerna” som normativt mönster i stort sett försvunnit i jämställdhetsutvecklingens kölvatten. I lönearbetets logik ligger emellertid inherent att ett bättre utfört arbete också leder till högre lön och lönesystemen har typiskt sett belönat den erfarenhet som normalt följer med stigande ålder i anställningen liksom den lojalitet denna speglar. Samtidigt har en sådan praktik alltså harmoniserat med de behov som följer av stigande ålder/ökad social etablering. Detta har framstått som socialt berättigat och finner bl.a. stöd i det brett förankrade normativa mönstret skydd för etablerad position.²¹ En ny praktik som bortser från sådana samhälleliga förhållanden – som ju onekligen åtminstone indirekt relaterar till ålder – och helt relaterar till själva arbetet harmo-

¹⁹ Anna Christensen, Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser, i Numhauser-Henning (red.), Perspektiv på likabehandling och diskriminering, Lund 2000 (2000b).

²⁰ Här skiljer sig gemenskapsregleringen från den vi sedan länge finner i exvis. USA. Där infördes 1967 the Age Discrimination in Employment Act (ADEA). Lagen förbjuder åldersdiskriminering i arbetslivet, men skyddar endast den äldre arbetskraften. Från början gällde den åldersgruppen 40–65 år. Senare (1978) höjdes åldern till 70 och 1986 slopades den övre gränsen helt och regler om avgångsskyldighet vid en viss ålder förbjöds, Raymond F. Gregory, Age Discrimination in the American Workplace, Old at a Young Age, Rutgers University Press, London 2001, s. 20.

²¹ Se vidare bl.a. Anna Christensen, Normativa grundmönster i socialrätten, Retfaerd Nr 3 1997, Oslo 1997.

nierar väl med diskrimineringslagstiftningen men kan ur andra synvinklar te sig mindre funktionell, trots ökad individualisering och den allmänna försvagningen av bl.a. familjen som försörjningsenhet.

Allt detta skapar spänningar vid tillämpningen av de nya reglerna om åldersdiskriminering. Detta gäller inte minst i förhållande till flera för anställningsskyddet centrala frågor. Dessa spänningar förstärks av de starka såväl samhällsekonomiska som privatekonomiska intressen som här är involverade. Det handlar alltså inte bara om ”rättvisa” i aristotelisk mening – lika ska behandlas lika – utan om mer instrumentella behov.²² *Flexicurity*-diskursen bygger långtifrån på något formellt rättviseperspektiv där ålder skulle vara ovidkommande!

Samtidigt, det som alltjämt idag kan framstå som ett förnuftigt och rationellt sätt att organisera såväl arbetsliv som social trygghet bygger i grunden på samma sorts stereotyper och statistiska rationaliseringar – men nu om ålder – som de könsrelaterade stereotyper och generaliseringar vi med tiden lärt oss att uppfatta som oacceptabla. Också i dessa sammanhang är de individuella skillnaderna många gånger väsentligt större än dem mellan olika kategorier och argumenten för en individualiserad bedömning därmed starka.²³

Lägg härtil de spänningar som kan uppkomma genom att förbudet mot åldersdiskriminering också uppvisar andra särtecken i förhållande till övriga diskrimineringsgrunder. Vi har redan varit inne på hur gemenskapsrätten alltså när det gäller ålder – till skillnad från övriga diskrimineringsgrunder – i stor omfattning accepterar rättfärdigandet också av direkt diskriminering, eller präglas av en ”grundläggande ambivalens” för att tala med Jenny Julén Votinius. Ändå är lagstiftningen utformad helt enligt den traditionella modellen för diskrimineringsförbud. Detta kan i förlängningen skapa vissa motsättningar eller spänningar i förhållande till andra diskrimineringsgrunder, där rättfärdigande av direkt diskriminering typiskt sett inte är tillåten. Möjligheten att rättfärdiga direkt diskriminering av olika åldersgrupper bidrar också till att göra avgränsningen mot indirekt diskriminering – som karakteriseras av att just beröra ”grupper” – mindre skarp.²⁴ Vidare, åldersdiskrimineringsförbudet skyddar alla åldersgrupper samtidigt som en persons ålder ständigt förändras. Enligt definitionen avses ”uppnådd levnads-

²² Jfr Sandra Fredman, *Discrimination law*, Oxford 2002.

²³ För sådana resonemang se vidare exvis. Helen Meenan, *Age Discrimination: Cinderella & the Golden Bough*, i Meenan (red.), *Equality Law in an Enlarged European Union*, Cambridge 2007.

²⁴ Jfr Meenan 2007 s. 304.

längd” men ålder är alltså en ”flytande” egenskap – ”of a fluid nature”²⁵ – låt vara att den kronologiska åldern vid en given tidpunkt är absolut. Utsatta åldersgrupperingar och stereotyper uppkommer och förändras samtidigt som individen åldras. Diskrimineringsgrunden ålder föreligger alltid – *is always present* – och har karaktären av ett kontinuum²⁶, medan svårigheten ligger i att göra sannolikt att en viss behandling har samband med just den ålder man har och att hitta en relevant jämförelseperson. En annan aspekt gäller själva motiven för införandet av regleringen och de mer pragmatiska förhållningssätt till rättvisebegreppet som kan följa med dessa. Det handlar inte typiskt sett om att ålder verkligen anses ovidkommande i alla sammanhang utan lika ofta om samhällsekonomiska överväganden och ”rättvisa mellan generationerna”. I detta sammanhang vill jag också gärna lyfta det för diskrimineringsbegreppet grundläggande kravet på en ”jämförbar situation” (lika ska behandlas lika). Är den som har rätt till pension verkligen i en jämförbar situation med den som inte har detta? Vidare, åldersdiskriminering är ofta intersektionellt relaterad till andra diskrimineringsgrunder i samband med multipel diskriminering.²⁷

I det följande beskrivs först skyddet mot åldersdiskriminering i EG-rätten och i svensk lagstiftning med fokus på arbetslivets reglering. Därefter diskuteras tillämpningen av dessa regler i relation till några i sammanhanget centrala anställningsskyddsrelaterade frågor – i ljuset av bl.a. EG-domstolens praxis så här långt. Artikeln avslutas med en diskussion som anknyter till de frågor som rests här i inledningen.

Skyddet mot åldersdiskriminering

Förbudet mot diskriminering på grund av ålder kom alltså först till uttryck i *gemenskapsrätten* genom artikel 13 EG i Amsterdam-traktaten 1999. Kompetensen att vidta åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av inte

²⁵ Colm O’Cinneide, *Age discrimination and European Law*, European Commission 2005, s. 6.

²⁶ Jfr Janice Bellace, citerad i William Bromwich och Ola Rymkevitch, *Report on the conference on ”Age, Ageing and Ageism in Working Life”*, in *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 2271 Spring 2006.

²⁷ *Multipel* diskriminering är samlingsbegreppet. Med *intersektionell* diskriminering avses diskriminering där flera diskrimineringsgrunder samspelar på ett unikt/synergistiskt sätt (varken ålder eller kön var för sig, men tillsammans – exempelvis fördomar mot äldre kvinnor, men inte mot yngre kvinnor eller äldre män). *Compound* diskriminering är sammanfallande diskrimineringsgrunder som adderar till varandra i en viss situation (både ras och kön vid arbetsmarknadssegregering, eller både ålder och kön (yngre män OK, men inte äldre eller kvinnor)). Om åldersdiskriminering i detta sammanhang se vidare Meenan 2007 (not 23) s. 279, 287 ff. och 311.

bara kön och nationalitet men också bl.a. ålder utnyttjade man när Kommissionen under 1999 lade fram ett förslag till aktionsplan för att bekämpa diskriminering.²⁸ Resultaten blev alltså bl.a. antagandet av arbetslivsdirektivet, direktiv 2000/78/EG om inrättandet av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet²⁹, som omfattar ett förbud mot diskriminering i arbetslivet och närliggande områden på grund av ålder.

Syftet med direktivet är att fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet på grund av bl.a. ålder ”för att principen om likabehandling skall kunna genomföras i medlemsstaterna” (artikel 1). Det får inte förekomma någon direkt eller indirekt diskriminering på de berörda grunderna (artikel 2.1) inom direktivets tillämpningsområde. Det senare bestäms i artikel 3 och gäller:

- a) Villkor för tillträde till anställning, till verksamhet som egenföretagare och till yrkesutövning, inklusive urvalskriterier och krav för anställning inom alla verksamhetsgrenar på alla nivåer i arbetslivet, inbegripet befordran.
- b) Tillträde till alla typer och alla nivåer av yrkesvägledning, yrkesutbildning, högre yrkesutbildning och omskolning, inklusive yrkespraktik.
- c) Anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner.
- d) Medlemskap och medverkan i en arbetstagar- och arbetsgivarorganisation eller i andra organisationer vars medlemmar utöver ett visst yrke, inbegripet de förmåner dessa organisationer tillhandahåller.”

Direktivet gäller både på privat och offentlig sektor. Det gäller emellertid inte system för social trygghet och socialt skydd (ingressen p. 13) och heller inte utbetalningar från sådana offentliga system (artikel 3.3).

Allmänt gäller att oavsett diskrimineringsförbudet i artikel 2 så får medlemsstaterna föreskriva att sådan särbehandling som har samband med någon av de berörda grunderna inte skall utgöra diskriminering, ”om denna egenskap utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav på grund av yrkesverksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs, förutsatt att målet är legitimt och kravet proportionerligt”, s.k. *genuine occupational requirements*, GOR (artikel 4.1).³⁰ Enligt artikel 7.1 är vidare s.k. positiv särbehandling och särskilda åtgärder tillåtna. Det kan handla om ”särskilda åtgärder för att förhindra att personer ... missgynnas eller att kompensera för ett sådant missgynnande”.

²⁸ KOM(1999) 567 slutlig.

²⁹ EGT L 303, 2.12.2000, s. 16.

³⁰ Ett annat begrepp i detta sammanhang är s.k. *bfoq-requirements* (*bona fide occupational qualities*), jfr Lynn Roseberry, *The Limits of Employment Discrimination Law in the United States and European Community*, Köpenhamn 1999, s. 102 ff.

Förbuden mot ålderdiskriminering kommer emellertid alltså på ett särskilt sätt i konflikt med många av de ordningar som sedan länge gäller i arbetslivet och arbetsmarknadspolitiken. Förbuden har därför ansetts kräva särskilda undantagsregler. Av artikel 3.4 framgår att medlemsstaterna får göra undantag för försvarsmakten när det gäller diskriminering på grund av funktionshinder och ålder. Av ingressen p. 14 framgår vidare, att direktivet ”påverkar inte de nationella bestämmelserna om pensionsålder”. Och, så har vi artikel 6 som gäller befogad särbehandling på grund av ålder. Enligt artikel 6.1 får medlemsstaterna föreskriva

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

- a) Införande av särskilda villkor för tillträde till anställning och till yrkesutbildning, anställnings- och arbetsvillkor, inbegripet villkor för avskedande och löner, för ungdomar och äldre arbetstagare samt underhållsskyldiga personer i syfte att främja deras anställbarhet eller att skydda dem.
- b) Fastställande av minimivillkor avseende ålder, yrkeserfarenhet eller anställningstid för tillträde till anställningen eller för vissa förmåner förknippade med anställningen.
- c) Fastställande av en högsta åldersgräns för rekrytering, grundat på den utbildning som krävs för tjänsten i fråga eller på att det krävs en rimligt lång anställningsperiod innan personen i fråga skall pensioneras.”

Enligt artikel 6.2 får medlemsstaterna vidare föreskriva att följande inte utgör ålderdiskriminering

”fastställande av åldersgräns för att, när det gäller företags- och yrkesbaserade system för social trygghet, komma ifråga för pensions- eller invaliditetsförmåner, inbegripet fastställande av olika åldersgränser för arbetstagare eller grupper eller kategorier av arbetstagare och för tillämpningen inom ramen för dessa system av ålderskriterier för försäkringstekniska beräkningar, under förutsättning att detta inte leder till diskriminering på grund av kön.”

Den 1 januari 2009 införde alltså Sverige en ny och samlad diskrimineringslag, *Diskrimineringslagen (2008:567)*³¹, som ersätter nuvarande jämställd-

³¹ Se också regeringens prop. 2007/08:95, Ett starkare skydd mot diskriminering, och Arbetsmarknadsutskottets betänkande 2007/08:AU7 ävensom Diskrimineringskommitténs betänkande SOU 2006:22, En sammanhållen diskrimineringslagstiftning. En särskild promemoria om skadestandsfrågor vid kränkning hade vidare utarbetats av professor emeritus Bertil Bengtsson på uppdrag av justitiedepartementet, Ds 2007:10.

hetslag och sex andra tidigare lagar på diskrimineringsrättens område. Lagen förbjuder liksom tidigare diskriminering på grund av kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder och sexuell läggning, men i den nya lagen har två nya diskrimineringsgrunder tillkommit: ålder och könsöverskridande identitet eller uttryck. Förbudet att diskriminera gäller på tio olika samhällsområden: (1) arbetslivet, (2) utbildningsverksamhet, (3) arbetsmarknadspolitisk verksamhet och arbetsförmedling, start eller bedrivande av yrkesverksamhet samt yrkesbehörighet, (4) medlemskap i vissa organisationer, (5) varor, tjänster och bostäder m.m., (6) hälso- och sjukvården samt socialtjänsten, (7) socialförsäkringssystemet, arbetslöshetsförsäkringen och studiestöd, (8) värnplikt och (9) civilplikt jämte (10) offentlig anställning. Av dessa avser de tre senare nya samhällsområden, att täckas av diskrimineringsförbud.

Med en samlad diskrimineringslag följer också en samlad diskrimineringsombudsmanenhet, Diskrimineringsombudsmannen (DO). DO ersätter alltså den nuvarande Jämställdhetsombudsmannen (JämO), Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO), Handikappombudsmannen (HO) och Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning (HomO). Genom diskrimineringslagen implementeras dagens gemenskapsrättsliga diskrimineringsreglering på berörda områden, däribland alltså arbetslivsdirrektivet och reglerna som förbjuder åldersdiskriminering.

Diskrimineringslagen har ett genuint ”horisontellt” upplägg³²: kapitel 1 innehåller inledande bestämmelser och grundläggande definitioner, kapitel 2 förbud mot diskriminering och repressalier, kapitel 3 regler om aktiva åtgärder, kapitel 4 regler om tillsyn, kapitel 5 regler om ersättning och ogiltighet och kapitel 6, slutligen, regler om rättegången – för alla diskrimineringsgrunder.³³

Med ålder avses enligt definitionen i 1 kap. 5 § ”uppnådd levnadsålder” – alltså kronologisk ålder.³⁴

³² ”Horizontal legislation” är ett internationellt vedertaget begrepp för just en samlad diskrimineringslagstiftning, jfr exvis. Lisa Waddington, Article 13 EC: Setting Priorities in the Proposal for a Horizontal Employment Directive, i *Industrial Law Journal* 2000 Volume 29.

³³ Diskrimineringslagens upplägg skulle också kunna betecknas såväl som en *silent integrated* och som en *single ground approach*. I grund och botten handlar det väl om den senare, byggd kring en rad uppräknade diskrimineringsgrunder med *eller* emellan (1 kap. 1 §). Samtidigt är själva diskrimineringsförbuden utformade enligt principen *silent integrated approach* – jfr 2 kap. 1 §.

³⁴ Direktivet definierar inte ålder med det kan indirekt sägas framgå att vad som avses är kronologisk ålder, jfr Meenan 2007 (not 23) s. 279. Andra vanliga åldersbegrepp är *social age* och *physiological age*, ibid. s. 279.

Trots att regeringens ambition ytterst varit ett likformigt diskrimineringsförbud och att detta också varit en av bevekelsegrunderna för att föreslå en samlad diskrimineringslagstiftning, gäller inte diskrimineringsförbudet samtliga berörda diskrimineringsgrunder på alla (berörda) samhällsområden. Som redan angetts inledningsvis är skyddet mot just åldersdiskriminering väsentligt mer begränsat än för övriga grunder. Detta är kanske inte så förvånande med hänsyn till vad vi redan konstaterat med hänsyn till arbetslivsdirektivets utformning liksom till den problematik vi återfinner bakom åldersrelaterad särbehandling på arbetsmarknaden.

Kapitel 2 i diskrimineringslagen innehåller alltså förbuden mot diskriminering på samtliga berörda samhällsområden. Den "horisontella" utformningen till trots är det kanske här som lagstiftningens fortsatta karaktär av "lapptäcke" främst kommer till uttryck. Beroende på vilket område vi talar om finns här tydliga skillnader med avseende på vilka diskrimineringsgrunder som omfattas och utrymmet för undantag från diskrimineringsförbuden. Mest tydligt är detta alltså när det gäller ålder. Här gäller diskrimineringsförbudet bara arbetslivet och närliggande områden (arbetsmarknadspolitisk verksamhet, start och bedrivande av näringsverksamhet och medlemskap i vissa organisationer) samt utbildning, och också inom dessa områden är utrymmet för undantag just när det gäller ålder särskilt stort. Lagrådet kritiserade regeringen för att någon fullständig samordning av bestämmelserna för olika grunder och samhällsområden inte gjorts, och menade att man hade kunnat uppnå en högre grad av enhetlighet till förmån för enkelheten och tillämpningen. Regeringen hänvisade i sin tur till "de faktiska förhållanden som råder på olika samhällsområden". När det gäller ålder hänvisar man särskilt till (den begränsade) räckvidden av de bakomliggande gemenskapsrättsliga bestämmelserna och till det faktum att beredningsunderlag saknades för diskrimineringsförbud på grund av ålder på andra samhällsområden än arbetslivets (mm.) och utbildningens.

Mest heltäckande är skyddet mot diskriminering *i arbetslivet*. Det täcker samtliga diskrimineringsgrunder och enligt 2 kap. 1 § får en arbetsgivare inte diskriminera den som hos arbetsgivaren (1) är arbetstagare, (2) gör en förfrågan om eller söker arbete, (3) söker eller fullgör praktik, eller (4) står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft. Förbudet mot diskriminering hindrar emellertid inte enligt 2 § (1) särbehandling som motiveras av en egenskap som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna om, vid beslut om anställning, befordran eller utbildning för befordran, egenskapen på grund av arbetets natur eller det sammanhang där arbetet utförs utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav som har ett berättigat syfte och kravet är lämpligt och nödvän-

diget för att uppnå syftet, (2) åtgärder som är ett led i strävanden att främja jämställdhet mellan kvinnor och män och som avser annat än löne- och anställningsvillkor, (3) tillämpning av åldersgränser för rätt till pensions-, efterlevande- eller invaliditetsförmåner i individuella avtal eller kollektivavtal, eller (4) särbehandling på grund av ålder om den har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. 2 § (1) bygger alltså på artikel 4.1 i arbetslivsdirektivet medan (3) och (4) implementerar artikel 6.2 respektive artikel 6.1. Den svenska lagstiftningen bygger alltså – i (4) – på en s.k. ”*open approach*” i sin implementeringsteknik.³⁵

Man har här frångått modellen (i enlighet med direktiven och tidigare svensk lagstiftning) med en uttrycklig uppräkningslista av de arbetsgivaråtgärder som omfattas. Diskrimineringsförbudet omfattar helt enkelt *varje beslut* av arbetsgivaren som har samband med någon (eller flera!) av diskrimineringsgrunderna, något som kan förefalla mera heltäckande samtidigt som det kan sägas brista i tydlighet.³⁶ I propositionen sägs, att förbudet tar sikte på alla situationer med koppling till arbetslivet som kan uppstå mellan en arbetsgivare och en arbetstagare samtidigt som – allmänt sett – förbuden endast gäller mer än bagatellartade skillnader i behandling.

Vidare kan sägas, att även om åldersdiskriminering i arbetslivet numera alltså är förbjuden så är utrymmet för undantag enligt punkterna 3 och 4 (”ventilen”) påtagligt.

Förbud mot diskriminering på grund av bl.a. ålder gäller också inom arbetsmarknadspolitisk verksamhet och arbetsförmedling (2 kap. 9 §), start eller bedrivande av näringsverksamhet samt yrkesbehörighet (2 kap. 10 §) och medlemskap i vissa organisationer (2 kap. 11 §). Samtliga dessa förbud gör undantag för positiv särbehandling på grund av kön, dvs. åtgärder/förmåner som är ett led i strävanden att främja jämställdhet mellan kvinnor och män. 9 och 10 §§ medger också positiv särbehandling för att främja lika rättigheter och möjligheter oavsett etnisk tillhörighet liksom särbehandling på grund av ålder som har ett berättigat syfte och där medlen är lämpliga och nödvändiga för att uppnå detta syfte.

När det gäller utbildning finner vi diskrimineringsförbudet i 2 kap. 5 § medan undantagen regleras i 6 §. Förbudet gäller alla utbildningsanordnare

³⁵ Jfr O’Cinneide (not 25) s.32, som ställer denna metod mot ’*closed*’ och ’*half open approaches*’.

³⁶ Regeringens argument har just varit målsättningen att göra förbudet mer heltäckande än dagens förbud mot diskriminering i arbetslivet genom att inte begränsa det till vissa angivna situationer samtidigt som det motsvarar (minst) det materiella tillämpningsområdet för aktuella EG-direktiv, prop. 2007/08:95 s. 135.

– av såväl verksamhet som avses i den allmänna skollagen och i högskolelagen som annan utbildningsverksamhet – och ersätter alltså de tidigare två speciallagarna för högskolan respektive skola och övrig utbildningsverksamhet.

Diskrimineringsförbudet gäller inte positiv särbehandling av kvinnor inom andra utbildningsformer än de som regleras i den allmänna skollagen. Särbehandling på grund av ålder är tillåtet i princip i alla andra utbildningsformer än högskolan enligt 6 § 2 samtidigt som 6 § 3 innehåller en generell formulerad ”ventil” när det gäller åldersdiskriminering i utbildning. Inom folkhögskoleverksamhet och i studieförbund medges också positiv särbehandling på grund av etnisk tillhörighet och religion eller annan trosuppfattning.

Även om skyddet mot just åldersdiskriminering alltså är svagare än det som gäller övriga diskrimineringsgrunder går den svenska lagstiftaren klart längre än EG-rätten i nuläget kräver – förbudet gäller också utbildningsområdet och DO bevakar även åldersdiskriminering.

EG-domstolens praxis och anställningsskyddet

Förbudet mot åldersdiskriminering rymmer alltså särskilda svårigheter vid tillämpningen eftersom det kommer i konflikt med traditionella handlingsregler/referensnormer i arbetslivet. Detta reflekteras inte minst i det relativt vitt och vagt formulerade utrymmet för undantag från förbudet mot direkt åldersdiskriminering i artikel 6 (jfr 2.2) arbetslivsdirektivet.

Regleringen mot åldersdiskriminering i arbetslivsdirektivet har redan i inte obetydlig omfattning varit föremål för prövning i EG-domstolen³⁷ och då är det ofta artikel 6 och anställningsskyddsrelaterade frågor som står i centrum. Här nedan diskuteras denna praxis i anslutning till några sådana anställningsskyddsrelaterade frågor. Målen om åldersdiskriminering blir vidare alltmer frekventa i domstolarna runt om i Europa. Den svenska diskrimineringslagen har dock av naturliga skäl ännu inte givit upphov till någon rättspraxis.

³⁷ Se målen *Mangold* C-144/04 (dom 22.11.2005), *Lindorfer* C-227/04 P (dom 11.09.2007), *Palacios de la Villa* C-411/05 (dom 16.10.2007), *Bartsch* C-427/06 (dom 23.09.2008), *Age Concern England* C-388/07 (dom 05.03.2009) och *Hütter* C-88/08. Anhängiga mål som rör åldersdiskriminering är *Kücükdeveci* C-555/07, *Wolf* C-229/08, *Dominica Petersen* C-341/08, *Ole Andersen* C-499/08, *Rosenblatt* C-45/09, *Deutsche Lufthansa AG* C-109/09, *Bulicke* C-246/09 och *Georgiev* C-250/09.

Tidsbegränsad anställning

Spänningsförhållandet mellan den traditionella tillsvidareanställningen och det anställningsskydd som med åren knutits till densamma och de s.k. tidsbegränsade anställningarna har sedan länge präglat både den arbetsrättsliga diskursen och praktiken. Det är de tidsbegränsade anställningarnas relation till den s.k. flexibiliseringen av arbetslivet som stått i centrum för intresset. Det skulle föra alltför långt att här gå närmare in på denna utveckling, men jag ska dröja litet vid utvecklingen i ett EU-perspektiv.

Frågan om en gemenskapsrättslig reglering av tidsbegränsade anställningar har sedan länge funnits på den europeiska lagstiftningsagendan. Två tidiga direktiv är det s.k. Cinderelladirektivet 91/553/EEG³⁸ och direktivet 91/383/EEG om komplettering av åtgärderna för att främja förbättringar av säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare med tidsbegränsat eller tillfälligt anställningsförhållande³⁹. Inom EG har senare utvecklingen av den sociala dialogen efter Maastrichtfördraget bl.a. lett fram till ramavtalet om visstidsarbete mellan EFS, UNICE och CEEP, genomfört genom rådets direktiv 1999/70/EG (visstidsdirektivet).⁴⁰

Regleringen i visstidsdirektivet utgår från att tillsvidareanställningen även fortsatt kommer att vara den generella formen av anställning, samtidigt som visstidsanställning under vissa omständigheter bättre svarar mot både arbetsgivares och arbetstagares behov. Direktivet syftar framförallt till att förbättra kvaliteten på visstidsarbete genom att garantera att principen om icke-diskriminering tillämpas och genom att upprätta ett ramverk för att förhindra missbruk som uppstår vid tillämpningen av på varandra följande visstidsanställningar (klausul 1). I det senare syftet ska medlemsstaterna införa en eller flera av följande åtgärder: bestämmelser om objektiva grunder för förnyad anställning (klausul 5.1a), bestämmelser om en övre sammanlagd tidsgräns för flera på varandra följande visstidsanställningar (klausul 5.1b) och/eller bestämmelser om hur många gånger en visstidsanställning får förnyas (klausul 5.1c). Direktivet innefattar alltså inte någon absolut standard när det gäller den tillåtna användningen av visstidsanställningar. Man kan säga att direktivet speglar en viss ambivalens när det gäller

³⁸ Rådets direktiv 91/553/EEG om arbetsgivarens skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet, EGT L 288, 18.10.1991 s. 32.

³⁹ EGT L 206, 29.7.1991 s. 19.

⁴⁰ Rådet Direktiv 1999/70/EG av den 28 juni 1999 om ramavtalet om visstidsarbete under tecknat av EFS, UNICE och CEEP, EGT L 175, 10.7.1999 s.43. Se vidare bla Christophe Vigneau et al, Fixed-term work in the EU, A European agreement against discrimination and abuse, National Institute for Working Life, Stockholm 1999.

visstidsanställningar och det har också uppfattats som en ”normalisering” av desamma.⁴¹ En sådan utveckling reflekteras också i den numera i europeisk arbetsmarknadspolitik centrala *flexicurity*-strategin, se vidare introduktionen ovan.

Utrymmet för tidsbegränsad anställning har i ett svenskt perspektiv varit omstritt alltsedan införandet av den första generella anställningsskyddslagen 1974. Detta är naturligt med tanke på det spänningsförhållande som råder mellan den ”normala” tillsvidareanställningen, till vilken det mer utvecklade anställningsskyddet knutits, och de betydligt otryggare tidsbegränsade anställningsformerna. Reglerna om tillåtligheten av sådana anställningar har följaktligen genomgått ett antal förändringar under årens lopp. Redan tillkomsten av 1982 års anställningsskyddslag motiverades till stor del av genomgripande förändringar av just reglerna om tidsbegränsade anställningar. Denna lag har sedan ändrats vid inte mindre än 23 tillfällen.^{42 43}

Med tiden hade regleringen utvecklats till en tämligen omfattande och bitvis komplicerad katalog av situationer när tidsbegränsad anställning var tillåten. Genom kollektivavtal har dessutom hela tiden avvikelser från LAS regler om tidsbegränsade anställningsformer kunnat göras (2 §). De förändringar i LAS som slutligen trädde i kraft den 1 juli 2007 innebär en väsentlig förenkling/förkortning av katalogen över tillåtna fall av tidsbegränsad anställning. Enligt 5 § LAS får avtal om tidsbegränsad anställning nu träffas

- för allmän visstidsanställning,
- för vikariat,
- för säsongarbete, och
- när arbetstagaren har fyllt 67 år.

Enligt 6 § är det fortsatt också tillåtet med provanställning om provtiden är högst sex månader.

⁴¹ Se Jill Murray, *Normalising Temporary Work*, i *Industrial Law Journal*, 1999, Vol. 28, s. 269–275, Murray talar också om klausul 5 i ramavtalet som ”an extremely flexible provision”.

⁴² Införandet av 1982 års anställningsskyddslag behandlas i Ann Henning, *Tidsbegränsad anställning*, Lund 1984. För ändringar i 1982 års lag tidigare än de som behandlas här, se bl.a. Ann Numhauser-Henning, *Den framtida arbetsrättens förutsättningar*, i *Arbetsmarknad & Arbetsliv*, Årgång 3 nr 2 sommaren 1997 s. 97–108.

⁴³ Angående det omedelbara genomförandet av visstidsdirektivet i de nordiska länderna, se bl.a. Ann Numhauser-Henning, *Fixed-term Work in Nordic Labour Law*, i *Scandinavian Studies in Law*, Volume 43, Stockholm 2002. Se också Ann Numhauser-Henning, *Fixed-term Work in Nordic Labour Law*, i *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 18, Issue 4, 2002, s. 429–458.

Den främsta förenklingen av LAS regler är införandet av anställningsformen ”allmän visstidsanställning”. Den ersätter alla andra former av tidsbegränsade anställningar förutom just vikariat, säsongsarbete, provanställning och de som avser arbetstagare fyllda 67 år. Den allmänna visstidsanställningen utgör en tydlig utvidgning av arbetsgivarens möjligheter att visstidsanställa eftersom det inte behöver anges några särskilda skäl (objektiva grunder) för en sådan anställning, vare sig vid det första anställningstillfället eller vid förnyelse. Det finns i teorin alltså inget hinder för den arbetsgivare som vill basera sin verksamhet helt på kortare visstidsanställningar. Samtidigt uppställs emellertid den begränsningen, att om en arbetstagare under en femårsperiod har varit anställd hos arbetsgivaren i allmän visstidsanställning i sammanlagt mer än två år så övergår anställningen automatiskt i en tillsvidareanställning. Detta utgör en väsentlig begränsning jämfört med tidigare,⁴⁴ då en arbetsgivare genom förnyade projektanställningar eller genom att växla mellan olika typer av tidsbegränsade anställningar i ”katalogen” kunde komma upp i på varandra följande visstidsanställningar under en betydligt längre tidsrymd än 24 månader. Fortfarande är det dock i viss mån möjligt att under längre tid växla mellan allmän visstidsanställning och övriga anställningsformer enligt den förkortade katalogen.⁴⁵

Den nya utformningen av regleringen av tidsbegränsade anställningar följer i mycket den senaste grönbokens intentioner och idéerna om *flexicurity*: inga hinder för tidsbegränsad anställning inledningsvis och successivt upptrappade rättigheter – till besked, företräde till fortsatt anställning och, så småningom, övergång i tillsvidareanställning.⁴⁶

⁴⁴ Enligt det tidigare riksdagsbeslutet, som alltså aldrig kom att träda i kraft, uppgick den accepterade perioden dock endast till 14 månader, inklusive eventuell provanställningstid, SFS 2006:440.

⁴⁵ TCO har mot denna bakgrund anmält Sverige till Europeiska Kommissionen för bristande uppfyllelse av direktivet, jfr TCOs skrivelse till Lagrådet ”De föreslagna ändringarna i LAS innebär att Sverige kan komma att bryta mot EU:s direktiv om visstidsarbete 1999/70/EG”, Stockholm den 19 mars 2007.

⁴⁶ Jfr också regeringens motivering: ”den nya strukturen innebär en viktig förenkling och att den gör regelverket mer överblickbart och förutsägbart för både arbetsgivare och arbetstagare. Majoriteten av dem som arbetar på den svenska arbetsmarknaden har tillsvidareanställningar. Denna anställningsform skall även fortsättningsvis vara grunden på arbetsmarknaden, men tidsbegränsade anställningar spelar också en mycket viktig roll för att arbetsgivare skall kunna anställa personer vid tillfälliga arbetstoppar och ersätta tillfälligt frånvarande personal. Tidsbegränsade anställningar är också en viktig bro in i arbetslivet för unga och andra utan eller med liten arbetslivserfarenhet. Den höga arbetslösheten bland ungdomar och invandrare kan ha samband med att anställningsskyddslagens bestämmelser är mindre flexibla än vad som krävs i dagens moderna arbetsliv och att dagens trösklar för att komma in på arbetsmarknaden är för höga. Anställningar på begränsad tid, som komplement till tillsvidareanställningar, gör det möjligt för grupper som står långt från arbetsmarknaden att etablera sig och få arbetslivs-

Visstidsdirektivet har nu prövats av EG-domstolen i en rad mål. Dessa har i flertalet fall berört klausul 5 i ramavtalet om visstidsarbete om åtgärder mot missbruk av upprepade visstidsanställningar och själva begreppet upprepade visstidsanställningar liksom i någon mån påföljderna vid missbruk.

Mangold berör såväl åldersdiskriminering som klausulerna 2, 5 och 8 i visstidsdirektivet.

Central i målet var således frågan om det utgör otillåten åldersdiskriminering enligt artikel 6 i arbetslivsdirektivet att som i den tyska lagstiftningen *medge visstidsanställning utan några som helst begränsningar enbart på den grunden att arbetstagaren hade fyllt 52 år*. Av domen (p. 54) framgår att klausul 8.3 i ramavtalet om visstidsarbete inte som sådan utgör hinder för en nationell bestämmelse, sådan som den aktuella, genom vilken den ålder vid vilken anställningsavtal för begränsad tid kan ingås utan begränsningar sänks, när syftet är att främja sysselsättningen och sänkningen saknar samband med genomförandet av visstidsdirektivet. Anställningsavtalet, som var det första och enda anställningsavtalet mellan parterna, ansågs inte heller strida mot klausul 5.1 i ramavtalet om visstidsarbete.⁴⁷ Här tillbakavisas således entydigt det antagande som understundom gjorts i doktrinen, att direktivet skulle resa krav på objektiva grunder redan för ingåendet av en första tidsbegränsad anställning.⁴⁸ Där emot ansågs gemenskapsrätten och särskilt – men inte uteslutande – artikel 6.1 i arbetslivsdirektivet utgöra hinder för en nationell bestämmelse som den tyska, vilken alltså medgav särbehandling direkt grundad på ålder. Även om syftet – att förbättra möjligheten för äldre arbetslösa att erhålla anställning – ansågs legitimt under artikel 6.1.a ansågs vid en tillämpning av proportionalitetsprincipen utformningen ”gå utöver vad som är lämpligt och nödvändigt för att nå det eftersträvade målet” (p. 57–65). Domstolen framhåller att visserligen har medlemsstaten i ett sådant här sammanhang stort utrymme för skön i valet av åtgärder för att genomföra här aktuella syften inom området för social- och arbetsmarknadspolitik, men den tyska bestämmelsen ansågs ”genom att arbetstagarens ålder är det enda kriteriet för att tillämpa ett tidsbegränsat anställningsavtal, utan att det visats att åldersgränsen som sådan, oberoende av andra

erfarenhet. Samtidigt är det viktigt att arbetsgivare ges möjlighet till ett mer långsiktigt åtagande än i dagens system, så att arbetstagaren får ordentlig yrkeserfarenhet.” Prop. 2006/07:111 s. 22 f.

⁴⁷ ”Under dessa omständigheter är det uppenbart att tolkningen av klausul 5.1 i ramavtalet (som gäller på varandra följande visstidsanställningar, min anm.) är utan relevans för avgörandet av tvisten”, domen p. 41–43. Även generaladvokaten Tizzano var mycket tydlig på denna punkt (förslaget, pp. 36–42).

⁴⁸ Jfr Vigneau et al s. 81 ff. Se även Bruun och Rask i Søren Kaj Andersen (red.) *EU og det nordiske spil om lov og aftale*, Saltsa, Arbetslivsinstitutet, Stockholm 2003 och Roger Blanpain, Fixed-term Employment contracts: The Exception to the Rule?, i *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 24/1, s. 133–149, 2008. Jfr också EG-domstolens mål C-378/07-380/07, *Angelidaki et al.*

Åldersdiskriminering och några anställningsskyddsrelaterade frågor

överväganden avseende den aktuella arbetsmarknadens struktur och den berördes egen situation, är objektivt nödvändig för att nå målet att få arbetslösa äldre att återinträda på arbetsmarknaden” gå utöver vad som är lämpligt och nödvändigt för att nå det eftersträvade målet och var inte motiverad enligt artikel 6.1.

Enligt 5 § LAS gäller alltså alltjämt att avtal om tidsbegränsad anställning utan några som helst begränsningar kan ingås när arbetstagaren har fyllt 67 år.⁴⁹

Enligt min mening talar mycket för att regeln möter EG-rättens krav.⁵⁰ Syftet kan sägas vara det samma som i *Mangold* – att förbättra möjligheten för (betydligt) äldre arbetstagare att få anställning/återinträda på arbetsmarknaden. Samtidigt kan den i och för sig direkt åldersdiskriminerande regeln här anses objektivt motiverad och proportionerlig trots att arbetstagarens ålder är enda kriteriet med hänsyn till skälen för att inte upprätthålla ”normal” anställningstrygghet för den som (med råge) uppnått ”normal” pensionsålder och alltså har annan försörjning än fortsatt lönearbete⁵¹ och det motstånd som i princip allmänt kan finnas för att ändå anställa en sådan person. Här måste också beaktas relationen till de regler som gäller i samband med avgång med pension, se vidare nedan. Slutligen, en tidsbegränsad anställning kan även – eller kanske i synnerhet – för en äldre person erbjuda ett relativt sett starkare anställningsskydd, nämligen under hela den avtalade tidsperioden om det inte handlar om en ”dock längst”-anställning.

I *Mangold* ansåg domstolen inte den tyska regeln möta proportionalitetstestet, men det handlade då om väsentligt yngre personer – 52 år – med

⁴⁹ En generell rätt att anställa personer som uppnått pensionsåldern i de mindre förpliktande former som tidsbegränsad anställning innebär infördes med 1981 års anställningsskyddslag efter förslag av den s.k. äldrearbetskraftskommittén och ”i syfte att främja en mjuk övergång från aktivt arbete till uttag av full ålderspension”, dvs. för att främja/underlätta anställning av äldre. Regeln gällde då den som uppnått åldern för avgångsskyldighet med pension eller fyllt 65 år. (Redan den s.k. Åmanutredningen inför 1974 års anställningsskyddslag tycktes emellertid acceptera rullande visstidsanställningar av pensionerade arbetstagare, SOU 1973:7 s. 174.) Senare – samtidigt med en höjning av ”avgångsåldern” enligt 33 § LAS – har tidpunkten för sådan anställning förskjutits från 65 till 67 år.

⁵⁰ Också i exempelvis irländsk rätt är det fritt fram för visstidsanställningar av dem som uppnått pensionsåldern, Meenan 2007 (not 23) s. 307.

⁵¹ Jfr här också särskilt domen i *Palacios de la Villa* p. 73: ”Åtgärden i fråga kan inte heller betraktas som en överdriven kränkning av de berättigade krav som arbetstagare som blir föremål för obligatorisk pensionering på grund av att de uppnått den föreskrivna åldern har, eftersom den ... även tar i beaktande att de berörda vid utgången av sin yrkeskarriär kommer i åtnjutande av en ekonomisk kompensation i form av en ålderspension ... vars nivå inte kan anses oskälig”.

många år kvar till pension under vilka de hade (minst) lika starka sysselsättningskäl som andra åldersgrupper på arbetsmarknaden samtidigt som bristen på just anställningstrygghet knappast kunde ses som ett sådant universalmedel för ökad sysselsättning att redan det skulle motivera regeln. Den svenska regeln kan också, i förhållande till artikel 6.1.a, ses som en regel vars effekter skyddar försörjningsmöjligheterna för alla de åldersgrupper som ännu inte uppnått 67 år och därför typiskt sett behöver dem bättre.⁵² Man kan vidare, vid en tänkt tillämpning av diskrimineringsförbudet, ifrågasätta om den som uppnått 67 år över huvud är i en ”jämförbar situation” med den som ännu inte har rätt till full ålderspension.

Frågan om en obegränsad rätt till visstidsanställning är nu åter under EG-domstolens prövning i målet *Deutsche Lufthansa AG*. Även denna gång handlar det om tysk lagstiftning, denna gång från 2001, enligt vilken avtal om visstidsanställning utan andra villkor kan ingås med arbetstagare enbart på grund av att de uppnått 58 års ålder.⁵³

Ålder vid anställningens ingående

Anställningsformen är en viktig aspekt i samband med *anställningens ingående*. En annan variant av potentiell diskriminering är förstås att uppställa åldersgränser i samband med rekryteringen eller i vart fall ta hänsyn till ålder i samband med anställningens ingående.

Några fall där direkt åldersangivelse har skett i samband med annonsering har prövats i den norska *Likestillings- og diskrimineringsnemnda* (LDN). Saken LDN-2006-10 handlade om annonsering efter ”dame 30–50 år” för anställning hos fiskerenserier. Någon saklig grund för att begränsa urvalet till kvinnor i denna åldersgrupp befanns över huvud inte föreligga och annonseringen⁵⁴ ansågs åldersdiskriminerande.

I saken LDN-2007-3 hade en resebyrå sökt personal i åldern 22–30 år ”för att motsvara kundgruppens ålder”. Denna begränsning ansågs alltför

⁵² Jfr *Palacios de la Villa*, domen p. 53 och vad som där sägs om en nationell politik som syftar till att främja tillgången på arbete genom en bättre fördelning av arbetet mellan generationerna.

⁵³ Jfr även *Georgiev*, där fråga är (bl.a.) om en regel som innebär att det inte är tillåtet att ingå avtal om tillsvidareanställning med professorer som har fyllt 65 år.

⁵⁴ I de svenska förarbetena till diskrimineringslagen anges att önskemål om ålder i en platsannons inte i sig träffas av diskrimineringsförbudet. Detta kräver att någon väcker talan efter att ha sökt anställningen, då annonsen kan få betydelse som bevisning om att arbetsgivaren valt bort den sökande, prop. 2007/08:95 s. 140. Se dock numera fallet *Firma Feryn NV C-54/07*.

ingripande samtidigt som den nedre gränsen var tillräcklig för att garantera mer mogna sökande och åldersdiskriminering ansågs föreligga.⁵⁵

Även AD 2009:11 berör påstådd åldersdiskriminering. DO hade stämt ett bilföretag som annonserat ut en ledig visstidsanställning som biluthyrare/bilvårdare för köns-, etnicitets- och åldersdiskriminering av S.K.A., ”en 62-årig invandrarkvinna”. Till saken hör att arbetslivsdirektivet vid tidpunkten för den påstådda diskrimineringen ännu inte hade genomförts i Sverige, men genomförandetiden hade gått ut och DO menade – med hänvisning till *Mangold* och direktivets preciserade karaktär – att direktivet borde tillmätas direkt horisontell effekt. Arbetsdomstolen fann emellertid att S.K.A. inte kunde anses ha varit i en jämförbar situation med dem som kallades till intervju med hänsyn till att hennes ansökningshandlingar varit ofullständiga och redan på den grunden hade sorterats ut. Någon diskriminering kunde alltså inte föreligga och därmed fanns inte heller skäl för domstolen att ta ställning till åldersdiskrimineringsförbudets eventuella tillämplighet vid den aktuella tidpunkten.

EG-domstolen har nu i målet *Wolf* att ta ställning till en tysk regel om en högsta åldersgräns på 30 år för anställning som brandman. Generaladvokaten Bot har i sitt förslag till avgörande ansett en sådan åldersgräns vara motiverad med hänvisning till såväl artikel 4.1 (GOR eller avgörande yrkeskrav) som artikel 6.1 (sysselsättningspolitiska mål om en funktionsduglig sammansättning av arbetsstyrkan).

Jämför också det i EG-domstolen anhängiga målet *Dominica Petersen* som avser en högsta åldersgräns för att utöva verksamhet som tandläkare ansluten till den allmänna sjukförsäkringen.⁵⁶

Det är utan tvekan intressant att fundera kring åldersdiskriminering i samband med anställning. Enligt 2 kap. 2 § 4 p. i den svenska diskrimineringslagen kan särbehandling på grund av ålder vara tillåten ”om den har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet”. Inte minst samspelet med de nedan behandlade särskilda reglerna om anställningsskydd för dem som fyllt 67 (eller snart fyller 67) är av intresse i sammanhanget.⁵⁷ Det är knappast meningsfullt att kräva

⁵⁵ Se vidare Marianne Jenum Hotvedt och Aslak Syse, *Vernet mot diskriminering på grunn av funksjonshemming og alder*, i Hellum och Ketscher (reds.), *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Oslo 2008.

⁵⁶ Generaladvokaten Bot anser i sitt förslag till avgörande att sådana nationella bestämmelser är förenliga med dels art. 2.5 (folkhälsoskäl), dels art. 6.1 (sysselsättning för nya generationer) i direktiv 2000/78/EG.

⁵⁷ Jfr målet *Age Concern England* och engelsk lagstiftning – *Employment Equality Age Regulations 2006, Regulation 7(4)* – som uttryckligen medger åldersdiskriminering vid rekrytering

anställning av en person som arbetsgivaren med åberopande av 33 § LAS kort därefter kan uppmana att avgå med pension.⁵⁸ En annan relaterad fråga är om tidsbegränsad anställning kan erbjudas den som fyllt 67 trots att en utannonserad anställning kanske avsåg tillsvidareanställning. Även detta bör enligt min mening normalt vara tillåtet.

Avgångsskyldighet

En annan viktig aspekt av anställningsskyddsregleringen som särskilt rör äldre är *det försvagade anställningsskyddet i samband med avgång för/ rätt till pension*. Enligt 33 § LAS gäller att en arbetsgivare som vill att en arbetstagare ska lämna sin anställning när arbetstagaren uppnår 67 år, ska ge arbetstagaren skriftligt besked om detta minst en månad i förväg. (Detsamma gäller när arbetsgivaren har fått kännedom om att en arbetstagare har erhållit full – och inte tidsbegränsad – förtidspension, s.k. sjukersättning.) Regeln innebär en lättnad i förhållande till anställningsskyddslagens huvudsystem, som ju uppställer krav på saklig grund vid uppsägning av tillsvidareanställningar.⁵⁹ Vidare, efter fyllda 67 år ”urholkas” anställningsskyddet enligt reglerna i 33 § tredje stycket LAS så att arbetstagaren inte har rätt till längre uppsägningstid än en månad och inte heller har företrädesrätt enligt 22, 23, 25 eller 25a §§ i LAS. Jag återkommer till detta längre fram i artikeln.

En annan aspekt av detta är regeln i 32 a § LAS om *rätt att kvarstå i anställningen till – numera – 67 år*.

Kanske är dessa de åldersrelaterade regler som tilldragit sig mest intresse i den svenska debatten. Och, då har orsaken varit respekten för avtalsparternas rätt att kollektivavtalsvägen avtala om pensionsålder och avgångsskyldighet och det lämpliga eller olämpliga i lagstiftarens intervention till förmån för ett längre aktivt arbetsliv.⁶⁰

Innan vi går in på diskrimineringslagstiftningens betydelse i det här sammanhanget ska jag kort redovisa pensionsreglerna. Det svenska inkomstpen-

av arbetstagare som fyllt 65 år eller uppnått ”normal” pensionsålder eller uppnår denna ålder inom sex månader från ansökan om anställning.

⁵⁸ Jfr skrivningen i artikel 6.1.c arbetslivsdirektivet ”innan personen i fråga skall pensioneras” ävensom Malcolm Sargeant, *The Employment Equality (age) Regulations 2006: A Legitimation of Age Discrimination in Employment*, i *Industrial Law Journal*, Volume 35 s.211. Se också prop. 2007/08:95 s. 180.

⁵⁹ Enligt 1974 års anställningsskyddslag gällde 33 § LAS vid fyllda 67 år. Regeln ändrades i 1982 års anställningsskyddslag till att gälla vid fyllda 65, se prop. 1981/82:71 s. 105 f., för att i pensionsberedningens kölvatten sedan åter sättas till 67 (prop. 1990/91:25 s. 33–35).

⁶⁰ Se vidare bl.a. Numhauser-Henning 2000 (not 17).

sionssystemet innefattar inte längre en bestämd pensionsålder. En försäkrad kan efter fyllda 61 år själv välja när han eller hon vill gå i pension samtidigt som det inte finns någon övre åldersgräns för intjänande av pension. I valfriheten ingår också rätten att ta ut hel, halv eller bara fjärdedels pension. Samtidigt är det kanske rätt att säga att reglerna om s.k. garantipension, som utgår från fyllda 65 år, indirekt sätter ”den normala pensionsåldern”.

Det allmänna pensionssystemet kompletteras genom de avtalspensioner som förhandlats fram av parterna på arbetsmarknaden.

Av stort intresse i detta sammanhang är EG-domstolens domar i målen *Palacios de la Villa* och *Age Concern England*.

Palacios de la Villa gäller en spansk arbetstagarare med samma namn vars anställning enligt tillämpligt kollektivavtal automatiskt upphörde när arbetstagararen uppnådde den ålder vid vilken han hade rätt till ålderspension eller 65 år. Målet gällde om den spanska lagregel som tillät att det i kollektivavtal infördes bestämmelser, enligt vilka det är möjligt att bringa anställningsavtal att upphöra när arbetstagararen har uppnått ordinarie pensionsålder enligt lagstiftningen om social trygghet och under förutsättning att arbetstagararen har fullgjort den minimiperiod som krävs för rätt till pension, var förenlig med artikel 6.1 i arbetslivs-direktivet. Domstolen berör först frågan om direktivet över huvud är tillämpligt med hänsyn till skäl 14: Detta direktiv påverkar inte de nationella bestämmelserna om pensionsålder. Enligt domstolen uttrycker detta skäl emellertid inte mer än ”att direktivet i fråga inte påverkar medlemsstaternas befogenhet att fastställa en åldersgräns för pensionering, vilket inte hindrar att direktivet tillämpas på nationella bestämmelser som reglerar villkoren för anställningens upphörande när den på så sätt fastställda pensionsåldern har uppnåtts” (p. 44). En lagstiftning som den aktuella ansågs beröra regler om anställningsvillkor enligt artikel 3.1 i direktivet. Domstolen övergick därefter till att pröva förenligheten med artikel 6.1 i direktivet. Man konstaterar att den spanska regeln införts ”på uppmaning av arbetsmarknadens parter som ett led i den nationella politik som syftar till att främja tillgången på arbete genom en bättre fördelning av arbetet mellan generationerna” (p. 53) och därvid ”reglera den nationella arbetsmarknaden för att bland annat minska arbetslösheten” (p. 62). Domstolen menar att det inte kan betvivlas att ett sådant mål är av allmänt intresse (p. 64) och frågan är om de valda medlen är lämpliga och nödvändiga. Domstolen hänvisar här till att det i dessa fall finns ett stort utrymme för skönsmässig bedömning på den nationella nivån och menar för egen del att en regel som den aktuella inte framstår som orimlig (p. 72) samtidigt som ”åtgärden i fråga kan inte heller betraktas som en överdriven kränkning av de berättigade krav som arbetstagarare som blir föremål för obligatorisk pensionering på grund av att de uppnått den föreskrivna åldern har, eftersom den ... även tar i beaktande att de berörda vid utgången av sin yrkeskarriär kommer i åtnjutande av en ekonomisk kompensation i form av en ålderspension vars nivå inte kan anses oskälig” (p. 73). Sammantaget fann domstolen att den spanska lagstiftningen ifråga var förenlig med direktivet.

Också målet *Age Concern England* handlar om huruvida lagstiftning – i detta fall i England – som medger uppsägning av den som uppnått pensionsåldern eller 65 år är förenlig med arbetslivsdirektivet. Liksom i *Palacios de la Villa* slog domstolen först fast att direktivet är tillämpligt på sådana regler (pp. 21–30). Målet gällde vidare de närmare kraven på en medlemsstats implementering av artikel 6.1 i direktivet. Till skillnad från käranden ansåg EG-domstolen inte att direktivet kan tolkas så att det skulle kräva att medlemsstaten listade sina undantag i enlighet med artikel 6.1 utan ett sådant undantag kunde – på sätt England hade förfarit – vara generellt hållet (p. 43). Man påtalar emellertid i detta sammanhang vikten av att, i frånvaron av preciseringar, ”*other elements, taken from the general context of the measure concerned, enable the underlying aim of that measure to be identified for the purposes of review by the courts of its legitimacy and whether the means put in place to achieve that aim are appropriate and necessary*” (p. 45). Man fortsätter: ”*By their public interest nature, those legitimate aims are distinguishable from purely individual reasons particular to the employer’s situation, such as cost reduction or improving competitiveness, although it cannot be ruled out that a national rule may recognise, in the pursuit of those legitimate aims, a certain degree of flexibility for employers*” (p. 46). Domstolen ger sedan den nationella domstolen ytterligare råd på vägen för sin bedömning och påpekar att trots att medlemsstaterna i dessa sammanhang åtnjuter ett brett skön så gäller att ”*that discretion cannot have the effect of frustrating the implementation of the principle of non-discrimination on grounds of age. Mere generalisations concerning the capacity of a specific measure to contribute to employment policy, labour market or vocational training objectives are not enough to show that the aim of a measure is capable of justifying derogation from that principle*” (p. 51). I målet uttalar sig domstolen också om relationen mellan rättfärdigandet av indirekt diskriminering enligt artikel 2.2 .b i direktivet och ursäktligheten av undantag enligt artikel 6.1. Viktigt här är domstolens påpekande (p. 66) att om diskriminering enligt artikel 2 inte föreligger (utan situationen innebär t.ex. ursäktlig indirekt diskriminering) så föreligger över huvud inte en situation där undantag enligt artikel 6 aktualiseras!

Om vi nu relaterar EG-domstolens rättspraxis till svenska förhållandena kan konstateras, att det svenska pensionssystemet alltså inte egentligen innehåller någon sådan regel om bestämd pensionsålder – om vi bortser från garantipensionssystemets regel om 65 år och minimivåregeln om 61 år för inkomstpension – som enligt skäl 14 inte omfattas av arbetslivsdirektivet. Regeln i 33 § LAS (och 32a § LAS) skulle möjligen indirekt kunna anses sätta en sådan pensionsålder, men det råder mot bakgrund av EG-domstolens praxis ingen tvekan om att regeln i 33 § är en sådan regel om avgångsskyldighet (till skillnad för pensionsrättigheter)⁶¹ som måste prövas mot

⁶¹ Jfr Colm O’Cinneide, *Age Discrimination and Mandatory Retirement*, i *European Anti-Discrimination Law Review*, 6/7, October 2008, s. 13–21.

direktivet. Det finns knappast någon anledning att se annorlunda på den svenska situationen – där det alltså är lagstiftaren som själv infört en regel om avgång från anställningen direkt baserad på ålder – än på den spanska, där man delegerade till arbetsmarknadens parter att införa motsvarande regler i kollektivavtal.⁶² Detta bekräftas också av tillämpningen i *Age Concern England*.

Vid en prövning av den svenska regelns kompatibilitet med direktivet finns emellertid skäl att se till hur den relaterar till allmänna sysselsättningspolitiska mål m.m. På senare tid har regeln mest diskuterats som en förstärkning av äldres rättigheter, dvs. som utsträckt pensionsålder.⁶³ Detta förstärks av förändringarna när det gäller regelns semidispositivitet genom åren. Införandet av 32 a § LAS och en absolut rätt att kvarstå i pension till 67 år konfirmerar detta. (Tidigare avgång får ”framtingas” genom den närmare utformningen av villkoren för tillträde till gynnande pensionsordningar, etc.) Samtidigt framgår av förarbetena klart regelns koppling till de samhällsekonomiska intressen av ett förlängt arbetsliv som också reflekteras i det nya pensionssystemet. Detta gäller framförallt förändringarna – läs förlängningen – av åldersgränsen i 33 §. I botten ligger emellertid synsättet att det är rimligt – inte minst i förhållande till det starka anställningsskyddet vid uppsägning på grund av personliga skäl i samband med nedsatt arbetsförmåga – med avgångsskyldighet vid en viss ålder. Ett grundläggande motiv är också de alternativa försörjningsmöjligheter som pension innebär.⁶⁴ Röster har emellertid även tidigare rests för att avskaffa den särskilda regeln i 33 § 1 st. LAS. Äldrearbetsutredningen föreslog att regeln skulle utgå med motiveringen att stödja idén om en rörlig pensionsålder uppåt.⁶⁵

Det finns anledning att i samband med bedömningen av regelns legitimitet snegla på hur den förhåller sig till andra regler i anställningsskyddslagen. Det handlar här inte om någon absolut regel om avgångsskyldighet utan regeln ger arbetsgivaren en möjlighet att avsluta anställningen i förenklade former. Betyder det att även arbetsgivarens skäl ska granskas i det enskilda fallet? LAS uppställer inga särskilda krav på arbetsgivaren i detta sammanhang. Hade det funnits en s.k. EU-spärr relaterad till arbetslivsdirektivet i anställningsskyddslagen kanske denna kunnat motivera en prövning, men någon sådan spärr finns inte. Vidare, vad har det för betydelse att det före-

⁶² Märk även att regeln i 33 § LAS är semidispositiv när det gäller formerna för avgång m.m.

⁶³ Jfr i detta sammanhang den norska s.k. Statoil-saken, se vidare Jenum Hotvedt och Syse (not 55), s. 145.

⁶⁴ Jfr exempelvis SOU 1983:62 s. 138 och 140.

⁶⁵ SOU 1983:62.

ligger obegränsad möjlighet efter avgången till tidsbegränsad anställning? Är det ett argument för att avgången blir mindre ingripande för arbetstagaren – fortsatt anställning kanske ändå kommer till stånd? Eller motbevisar fortsatt anställning i tidsbegränsad form nödvändigheten av att avsluta anställningen? Vidare, efter fyllda 67 år är anställningsskyddet också i fortsatt tillsvidareanställning reducerat, som utreds nedan. Kan det inverka på bedömningen av nödvändigheten och proportionaliteten av en regel som den i 33 § LAS?

Hanna Lindström och Niklas Bruun har i en artikel⁶⁶ argumenterat för nödvändigheten av att ändra anställningsskyddslagen på den här punkten. Man talar om tre olika kategorier av arbetstagare: (1) anställda under 67 år med full anställningstrygghet, (2) anställda vid den tidpunkt de fyller 67 år då all anställningstrygghet saknas, och (3) anställda fyllda 67 år med begränsad anställningstrygghet. Frågan är alltså om denna olikbehandling på grund av ålder verkligen kan motiveras på ett objektivt och rimligt sätt. Lindström och Bruun menar att begränsningarna för kategori 3 nog kan legitimeras, men att den generella ”frisedeln” från kravet på saklig grund för kategori 2 inte är kompatibel med direktivet. Man påtalar risken för godtycke från arbetsgivarens sida vid användningen av 33 § LAS motiverat av personliga skäl, det orimliga i att arbetsgivaren tillåts ”disponera” över pensionssystemets flexibla pensionsålder och det rimliga i en individuell prövning också av dem som fyller 67 år. Istället menar man att en regel skulle kunna införas som innebär ”att arbetsgivaren måste ange skälen för att säga upp en person som är 67 år eller äldre, medan en arbetstagare som önskar bli kvar har rätt till detta, under förutsättning att han eller hon kan visa att han/hon fortfarande duger genom läkarintyg eller på annat lämpligt sätt”.

Det är ingen tvekan om att regler om avgångsskyldighet i samband med pension typiskt sett harmonierar dåligt med såväl EU:s sysselsättningsstrategi som med designen av det svenska pensionssystemet. I USA, Nya Zeeland och Australien har förbudet mot åldersdiskriminering också lett till att regler om generaliserad obligatorisk avgångsskyldighet vid en viss ålder i princip förbjudits.⁶⁷ I *Age Concern England* var en regel liknande

⁶⁶ Hanna Lindström och Niklas Bruun, Åldersdiskriminering, pensionspolitik och lagen om anställningsskydd, i *Juridisk Tidskrift* 2003-04 Nr 3 s. 696–708.

⁶⁷ Jfr också *Estland*, där högsta domstolen beslutat att en regel om avgångsskyldighet för offentliga anställda vid 65 års ålder stred mot konstitutionens artikel 12(1) som handlar om rätt till likabehandling inför lagen och förbjuder varje form av diskriminering.

den i 33 § LAS förenad med en skyldighet för arbetsgivaren att pröva en begäran från arbetstagaren om att få kvarstå i anställningen.⁶⁸

Jag menar, att det här kan vara relevant att fundera kring om de arbetstagare – fyllda 67 – som berörs av 33 § LAS verkligen kan sägas vara i en jämförbar situation med övriga tillsvidareanställda arbetstagare. Skillnaden skulle utgöras av den rätt till pension som föreligger för de berörda arbetstagarna i jämförelse med yngre kollegor.

Ett sådant synsätt löser emellertid inte alla problem. EG-domstolen tillmätte exempelvis i *Palacios de la Villa* det faktum att pensionen var skälig avsevärd betydelse. Vad har det för betydelse att det svenska pensionssystemet bygger på livstidsinkomst och därmed inte har någon schablonregel för ”full pension”? Håller redan garantipensionen ”skälig nivå”? Hur är det då med dem – invandrad arbetskraft t.ex. – som inte tjänat in full garantipension? Vilken betydelse har utformningen av den avtalade arbetsmarknads-pensionen? Vidare, i *Palacios de la Villa* uppehöll domstolen sig också vid huruvida tillämpningen hade inneburit en ”överdriven kränkning” av arbetstagaren i fråga. Detta kan tala för ett det måste finnas ett utrymme för prövning av det individuella fallet. (Själva regeln i 33 § LAS innefattar som nämnts inget moment enligt vilket man kan utkräva ett ansvar för arbetsgivarens bedömning i det individuella fallet.) Att som Lindström och Bruun föreslår ge utrymme för bevisning kring arbetstagarens hälsotillstånd m.m. finner jag emellertid vara en mindre tilltalande väg.

Föga förvånande är Storbritannien ett land där en praxis nu växer fram om åldersdiskriminering. I *Seldon v Clarkson Wright & Jakes* (ET/1100275/2007, publicerad 4 december 2007) och *Hampton v the Lord Chancellor and the Ministry of Justice* (ET/2300835/2007, publicerad 31 januari 2008) handlade det om obligatorisk avgångsskyldighet med pension. Det förra målet gäller en avgångsregel knuten till arbetsplatsen, en advokatbyrå. Den beslutande *Employment Tribunal* fann avgångsskyldigheten, motiverad av att ge utrymme för yngres befordran liksom intresset av att inte behöva införa regelrätta uppföljningar av arbetsprestationerna, legitim och proportionerlig. I det senare målet, som gällde en nationell regel om avgångsskyldighet vid 65 års ålder för deltidsanställda domare (s.k. *recorders*) kom en annan *Employment Tribunal* fram till att detta var otillåten diskriminering. Målet, att kunna upprätthålla en kontinuerlig rekrytering

⁶⁸ Om den engelska lagstiftningen se vidare Sargeant (not 57). I Holland har högsta domstolen accepterat en regel om avgångsskyldighet för piloter motiverad av adekvata möjligheter till tryggad anställning och befordran för yngre piloter, Supreme Court, 8 oktober 2004 Nr. C03/77HR.

av lämpliga yngre heltidsdomare via anställning som deltidssdomare, var visserligen legitimt, men åtgärden för ingripande då domstolen inte fann att det förelåg någon bevisning för att regeln ökade antalet lämpliga kandidater i rekryteringsunderlaget för domarkåren. I *Bloxham v Freshfields Bruckhaus Deringer* fann den aktuella domstolen att det var motiverat för en advokatbyrå att kräva att deras senior partners antingen gick i pension eller accepterade begränsningar i sina pensionsförmåner eftersom fortsatt kumulering av pensionsrättigheter ”could threaten the financial viability of the entire pension scheme”. Att vilja skydda (också det arbetsplatspecifika) pensionssystemet ansågs vara ett legitimt mål och åtgärden (nedskurna förmåner alternativt avgång) proportionerlig.

Frågan om konkretionen i de ekonomiska, sociala och demografiska skäl som åberopas och den konkreta situationen på arbetsmarknaden aktualiseras i det vid EG-domstolen anhängiga målet *Rosenbladt*. Målet handlar således om hurvida det är förenligt med arbetslivsdirektivet med en nationell bestämmelse enligt vilken staten, kollektivavtalsparterna eller parterna i ett enskilt anställningsavtal får besluta att ett anställningsförhållande automatiskt upphör eller att arbetsgivaren får avsluta anställningsförhållandet när det anställda uppnår 65 år ”om liknande bestämmelser under årtionden tillämpats i medlemsstaten (Tyskland) på nästan alla arbetstagares anställningsförhållanden oberoende av den rådande ekonomiska, sociala och demografiska situationen och den konkreta situationen på arbetsmarknaden”.⁶⁹

Enligt min mening talar resonemanget i *Palacios de la Villa* om ett så allmänt mål som ”bättre fördelning av arbetet mellan generationerna” (p. 53) för att en allmän regel av den här typen kan vara förenlig med direktivet. I förarbetena till den svenska regleringen uttalar regeringen att ”det är rimligt att det finns en bestämd tidpunkt för när det lagfästa anställningsskyddet ändrar karaktär och arbetsgivaren tillåts avsluta anställningsförhållandet utan att visa saklig grund för uppsägning på vanligt sätt. Åldersgränsen 67 år är väl vald.”⁷⁰ Här ska nämnas att den svenska diskrimineringsombudsmannen nu, i förhållande till ett antal anmälningar, intagit den ståndpunkten att såväl ett avbrytande av anställningen enligt 33 § LAS som en omvandling av en tillsvidareanställning till visstidsanställning vid 67 års ålder inte bör anses utgöra diskriminering. Man hänvisar till generationella sysselsättningsintressen liksom till rätten till pension.

⁶⁹ Jfr i sammanhanget även *Georgiev*, som (bl.a.) avser obligatorisk pensionering av professorer som fyllt 68 år.

⁷⁰ Prop. 2007/08:95 s. 183.

Även om jag nu, inte ens i ljuset av förbudet mot åldersdiskriminering, håller det för orimligt att det finns objektiva skäl att särbehandla den som uppnått åldern för rätt till (rimlig) pension, har jag i ett tidigare sammanhang pläderat för ett avskaffande av regeln i 33 § LAS.⁷¹ I ljuset inte bara av införandet av ett skydd mot åldersdiskriminering men också av såväl pensionsreformen som den allmänna policyutvecklingen både inom EU och här hemma, kan detta framstå som det mest närliggande och konsekventa. Det handlar om att avskaffa kopplingen mellan allmän pension och anställningstrygghet i mer utrerad mening, en koppling som inte framstår som principiellt oundgänglig och som ju inte heller har "fungerat" om vi ser till den faktiska pensionsåldern på arbetsmarknaden. De äldres anställningsförhållanden skulle då lämnas till arbetsgivarnas normalt strategiska spel med hjälp av olika anställningsformer m.m. Frågan kvarstår dock om förutsättningarna för detta spel även fortsatt ska förändras vid fyllda 67 år!

Så långt har vi uppehållit oss vid åldersspecifika regler i samband med anställningens ingående och avslutande som har haft det gemensamt att de begränsat skyddet för vissa åldersgrupper – de som uppnått pensions-/avgångsålder. Till denna kategori hör i princip också regeln i 33 § 3 stycket LAS. Efter – numera – fyllda 67 år "urholkas" anställningsskyddet enligt reglerna i 33 § tredje stycket LAS så att arbetstagaren inte har rätt till längre uppsägningstid än en månad och inte heller har företrädesrätt enligt 22, 23, 25 och 25a §§ i LAS. Detta innebär att även om kravet på saklig grund för uppsägning i princip gäller, så står dessa arbetstagare först i kön i arbetsbristsituationer eftersom de inte kan åberopa sin plats i turordningen, eller det förstärkta skyddet för arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga i 23 §, samtidigt som de alltså har mycket kort uppsägningstid. De har sedan inte heller företrädesrätt till återanställning och den som är deltidsanställd har inte företräde till utökad anställning. Bland motivuttalandena för denna regel finner vi följande av Äldrearbetskommitten: "förutom att behovet av anställningsskydd inte längre är lika framträdande efter pensioneringen har man i lagens förarbeten menat att om en arbetstagare, som uppnått pensionsåldern, skulle få åberopa reglerna om förlängd uppsägningstid och om rätt till turordning efter anställningstid så skulle det förmodligen få till följd att arbetsgivarna drar sig för att anställa eller behålla sådana arbetstagare. Reglerna skulle alltså direkt motverka ett önskemål om sysselsättning för äldre arbetstagare".⁷² Även här bör man kunna åberopa EG-domstolens

⁷¹ Numhauser-Henning 2000 (not 17).

⁷² SOU 1983:62 s. 140. Se även prop. 1973:129 s. 134, 160 och 162.

resonemang i *Palacios de la Villa* om bl.a. kompensation i form av skälig pension till stöd för den svenska lagstiftningen.⁷³

Av relevans i detta sammanhang är det i EG-domstolen nu anhängiga danska målet *Ole Andersen*. Målet gäller regeln i den danska *funktionærlovens* 2a § om avgångsvederlag. Normalt har en anställd efter minst 12 års oavbruten anställning hos samma arbetsgivare rätt till visst avgångsvederlag. Regeln innehåller dock ett undantag för den som har rätt att uppbära ålderspension från arbetsgivaren i fråga. När Ole Anderson sades upp vid 63 års ålder nekades han mot denna bakgrund avgångsvederlag med motiveringen att han kunde välja att ta ut pension. Frågan är om en sådan regel är förenlig med arbetslivsdirektivet. Målet är av stort intresse från svensk synpunkt med hänsyn till att det berör frågor som relaterar till utformningen av det svenska pensionssystemet.

Gynnande/missgynnande anställningsvillkor

Så långt har vi uppehållit oss vid åldersspecifika regler i samband med anställningens ingående och avslutande som har haft det gemensamt att de begränsat skyddet för vissa åldersgrupper – de som uppnått pensions-/avgångsålder. Vi går nu över på regler om gynnande/missgynnande anställningsvillkor under pågående anställning.

Ett spår i svensk anställningsskyddslagstiftning har varit *regler i anställningsskyddslagen som särskilt skyddar äldre arbetstagare i anställningen*. Så hade länge arbetstagare fyllda 45 år ett förstärkt anställningsskydd genom att de vid anställningsskyddslagens tillämpning fick räkna anställningstiden dubbelt upp till maximalt fem extra år – av stor betydelse vid beräkning av uppsägningstid liksom i turordnings- och företrädesrättssammanhang.⁷⁴ En mycket viktig förändring i LAS fr.o.m. den 1 juli 2007 är att *detta särskilda skydd för äldre arbetstagare i vissa situationer* nu har slopats. Det gäller den tidigare rätten att tillgodoräkna sig en extra anställningsmånad för varje anställningsmånad som arbetstagaren hade påbörjat efter fyllda 45 år i samband med turordning, företrädesrätt till återanställning och vid s.k. schabloniserat skadestånd enligt 39 § LAS. De knapphändiga motiven

⁷³ Jfr vidare Lindström och Bruun (not 65).

⁷⁴ Redan den s.k. äldrelagstiftningen 1971– föranledd av vikande sysselsättning i den traditionella industrin och de svårigheter som följde härav inte minst för den något äldre arbetskraften – handlade i huvudsak om att införa ett särskilt anställningsskydd för arbetstagare som fyllt 45 år. När sedan ett allmänt anställningsskydd infördes med 1974 års lag behölls regler om ett förstärkt anställningsskydd för arbetstagare fyllda 45 år. Dessa fann alltså vägen vidare in i också 1982 års anställningsskyddslag.

härför hänvisar i huvudsak just till att tidigare bestämmelser har kunnat anses diskriminera yngre arbetstagare i förhållande till äldre och därför stå i strid med arbetslivsdirektivet, men regeringen poängterar också att bestämmelserna kan ha negativa effekter på arbetsmarknaden, kan påverka rörligheten på arbetsmarknaden och på olika sätt kan försvåra för äldre arbetskraft att få anställning.⁷⁵

De svenska *turordningsreglerna*, en generaliserad skyddsregel enligt principen ”sist in – först ut”, representerar vidare en sådan indirekt åldersrelaterad gynnande regel. Typiskt sett gynnar en sådan regel – att rangordna efter anställningstid – äldre arbetstagare på de något yngres bekostnad, och det gäller även nu sedan de uttryckliga och direkt åldersrelaterade reglerna om dubbel anställningstid slopats. O’Cinneide menar att sådana regler väl ofta kan vara tillåtna enligt artikel 6.1.a i arbetslivsdirektivet, men menar samtidigt att upprepade proportionalitetstester kan leda till en förändrad syn också på sådana regler.⁷⁶ Intressant att notera i detta sammanhang är att generaladvokaten i målet *Küçükdeveci* uttalar sig principiellt positivt om senioritetsbaserade regler om uppsägningstid och dessas förenlighet med artikel 6 i direktivet.⁷⁷

Den svenska regeringen uttalar sig på följande sätt om turordningsreglerna i propositionen till diskrimineringslagen: ”Intresset av att främja äldre arbetstagares möjligheter att få och behålla en anställning är viktigt och också en sedan länge godtagen princip i svensk sysselsättningspolitik. Diskrimineringsförbudet beträffande ålder – här närmare bestämt yngre arbetstagares intressen – bör även fortsättningsvis få vika för intresset att ge äldre företräde i det avseendet. Metoden att i lag ge företräde åt arbetstagare med längre anställningstid och högre ålder för att uppnå detta syfte får sägas vara både lämpligt och nödvändigt”.⁷⁸ Om s.k. avtalsturlistor sägs vidare, att sådana avtal som erbjuder äldre att mot ersättning i form av ålderspension m.m. lämna verksamheten ”får sägas ha ett legitimt syfte”.⁷⁹

EG-domstolens dom i fallet *Lindorfer* kan sägas beröra (bl.a.) en situation av påstådd indirekt diskriminering på grund av ålder i samband med beräkning av pensionsrättigheter enligt tjänsteföreskrifterna. Målet är tekniskt tämligen invecklat och någon direkt referens till reglerna om åldersdiskriminering görs inte. Det kan ändå finnas anledning att kort beröra denna delaspekt av avgörandet. Maria-Luise Lindorfer var en tjänsteman vid Europeiska Unionens

⁷⁵ Prop. 2006/2007:111 s. 40 f.

⁷⁶ O’Cinneide 2005 (not 25) s. 40.

⁷⁷ P. 43 i förslaget till avgörande.

⁷⁸ Prop. 2007/08:95 s. 183.

⁷⁹ Ibid. s. 179.

råd i Bryssel. Lindorfer, som var österrikisk medborgare, hade tidigare arbetat 13 år i Österrike och målet gällde överföringen till gemenskapens pensions-system av de då intjänade pensionsrättigheterna. Målet gällde ursprungligen ett överklagande av rådets beslut om Lindorfers pensionsgrundande anställnings-år, en talan som ogillades i Förstainstansrätten. EG-domstolen kom i sin dom visserligen fram till att diskriminering förekommit – beslutet om pensionsrättigheter undanröjdes på grund av obehörigt hänsynstagande till kön. I den del som här är aktuell ogillades emellertid Lindorfers talan. Lindorfer hade i denna del påstått av principen om likabehandling (utan uttrycklig referens till ålder) hade åsidosatts i den bemärkelsen att de tjänstemän som tillträder i en tjänst i ett senare skede av karriären (och därigenom typiskt sett är ”äldre”, min anm.) behandlas mindre fördelaktigt än de som förlade en större del av sin karriär till gemenskapen. Domstolen fastställer att för tid med anställning i gemenskapen erhåller arbetstagaren pension som en procentandel av sin senaste lön med hänsyn tagen till tjänstgöringstiden inom gemenskapen utan hänsyn till de avgifter som dragits av under tjänstgöringstiden. Vid överföring av pensionsrättigheter som tidigare förvärvats i ett nationellt system beräknas antalet pensionsgrundande år i denna del istället med hänsyn till dels det överförda kapitalbeloppet, dels lönegraden vid fast anställning i gemenskapen. Domstolen avvisade yrkandena i denna del med hänvisning till att det i dessa fall inte handlar om jämförbara situationer (domen p. 68).

Uttalat *missgynnande regler under anställningen* drabbar ofta yngre arbetstagare. En del sådana begränsande regler hänger samman med det särskilda skydd som man länge ansett behövs för yngre personer – jfr nu t.ex. direktiv 94/33EG.⁸⁰ Särskilda ungdomslöner förekommer vidare i såväl statliga minimilöneregleringar⁸¹ som i kollektivavtalade lönesystem. Målet *Hütter* gällde en österrikisk regel som innebär att man vid lönesättning skulle bortse från anställningstid före 18 års ålder. Som bakomliggande motiv för denna regel angavs dels syftet att ge unga människor ett incitament att fullfölja den allmänna utbildningen på gymnasienivå snarare än att genomgå en yrkesutbildning, dels att främja anställning av de personer som faktiskt har genomgått en yrkesutbildning. Domstolen prövar i målet dessa motiv i relation till undantaget i artikel 6 arbetslivsdirektivet. Inledningsvis konstaterar EG-domstolen att de angivna målen framstår som motstridiga och de präglas av ett bristande inre sammanhang (pp. 46 och 47). Man prövar därefter i detalj om regeln möter kraven på lämplighet. När det gäller den uppställda åldersgränsen, 18 år, menar man detta inte vara fallet eftersom den bort-

⁸⁰ EGT 1994 L216/12.

⁸¹ Jfr O’Cinneide 2005 (not 25) s. 39 om det brittiska *minimum wage scheme*. Se å andra sidan också Meenan 2007 (not 23) s. 285, som nämner att i Holland förlorar personer som uppnått pensionsåldern sin rätt till minimilön.

ser från tidpunkten vid vilken yrkeserfarenheten förvärvats – istället kunde regeln direkt ha grundats på vilken typ av studier man hade bedrivit (p. 48). Inte heller när det gäller målet att främja anställning av vissa yngre personer ansågs regelns utformning lämplig, eftersom den helt bortsåg från vid vilken ålder anställningen *de facto* skedde (p. 49). Den österrikiska regeln befanns alltså inte vara förenlig med reglerna mot åldersdiskriminering i arbetslivsdirektivet. Domen framstår som intressant framförallt genom den ingående prövningen av de uppgivna målen i relation till artikel 6.

Ett annat fall är det anhängiga målet *Kücükdıveci* som gäller en nationell tysk regel enligt vilken uppsägningstidens längd påverkas av den kvalificerande anställningstiden, som dock inte innefattar perioder innan arbetstagaren fyllt 25 år. Generaladvokat Bots förslag till avgörande i detta mål följer upp domstolens linje från *Hütter* med en detaljerad och mycket konkret prövning av de uppgivna målen i relation till artikel 6 i direktivet. Bot menar här, att det inte är visat att den tyska regeln främjar yngre arbetstagares anställbarhet och att regeln därmed inte har ett berättigat mål i den mening som avses i artikel 6.1 samtidigt som den under alla omständigheter varken är lämplig eller nödvändig för att nå ett sådant mål (p. 49–50).

Avslutande kommentar

Förbudet mot åldersdiskriminering präglas alltså av ambivalens. I sitt memorandum till det ursprungliga förslaget till arbetslivsdirektiv skriver kommissionen att avsikten bara är att komma åt exceptionella fall av åldersdiskriminering och att medlemsstaterna är fortsatt fria att göra flera undantag i enlighet med sina legala traditioner och politiska prioriteringar, förutsatt att dessa är lämpliga och nödvändiga för att uppnå ett visst mål. Det man vill komma åt är framförallt utslagningen av den äldre arbetskraften – i övrigt är särbehandling på grund av ålder en legitim och nödvändig del av arbetslivets struktur.

Undantagen i artikel 6 arbetslivsdirektivet innebär att förbudet mot diskriminering på grund av ålder inte som beträffande övriga grupper ger rätt till en individuell bedömning – de medger fortsatt generell särbehandling av grupper på grund av ålder. Regleringen bygger alltså inte på det principiella ställningstagandet att ålder är irrelevant i arbetslivet! (Just denna konstruktion – att direkt diskriminering i stor utsträckning kan rättfärdigas – riskerar att ”urholka” skyddet för andra av diskrimineringslagstiftning skyddade grupper, där sådant rättfärdigande av tradition alltså inte har accepterats. EG-domstolens ingående prövning av om lämplighetsrekvisitet uppfyllts i det enskilda fallet i målet *Hütter* är i detta perspektiv dock uppmuntran-

de.⁸²⁾ Regleringens utformning speglar att ålder som diskrimineringsgrund helt enkelt ännu inte nått det stadium av ”erkänt” samhällsproblem som typiskt sett kan sägas känneteckna införandet av ett diskrimineringsskydd för en särskild grupp.⁸³

Bakgrunden är – som berördes i introduktionen – att förbudet mot åldersdiskriminering kommer i konflikt med många hävdvunna principer i arbetslivet. Det gäller också om vi fokuserar på den äldre arbetskraften, vars bristande integrering i arbetslivet mera entydigt uppfattats som ett erkänt samhällsproblem. Målen när det gäller en ökad integrering av äldre på arbetsmarknaden – speglad i förbuden mot åldersdiskriminering och sentida pensionsreformer liksom i gemenskapsrättens allmänna sysselsättningspolitik – indikerar en återgång till den tidigare normen i industrisamhället – man arbetar så länge man orkar, men nu med det ”moderna” tillägget, tillkommet som en del av anställningsskyddets gradvisa utveckling, att man också har *rätt* till fortsatt anställning. Även om denna utveckling i viss mån kan sägas motsvara samhällsutvecklingen är det tydligt att vi, om vi driver frågeställningen till sin spets, står inför vad som närmast får betecknas som ett paradigmskifte.⁸⁴

Att lita till rättighetslagstiftning – så som diskrimineringsförbud – när det gäller att förverkliga en ökad integrering i arbetslivet av de äldre kan emellertid visa sig tveeggat. En utveckling som bygger på bara rättigheter – rätt att kvarstå i arbete på samma villkor som andra *och* rätt till ålderspension på mer eller mindre förmånliga villkor präglade av individuell valfrihet – framstår inte som alltigenom sannolik. Man får räkna med en utveckling också på skyldighetssidan. Redan idag ser vi detta i förändringar i pensionssystemen med höjd pensionsålder och vikande pensioner. (Jämför utvecklingen på jämställdhetsområdet med ökad pensionsålder för kvinnor och slopade änkepensioner.) I huvudsak argumenteras sådana reformer i termer av långsiktigt hållbara pensionssystem. I själva verket är den andra sidan av

⁸² Jfr Meenan 2007 (not 23) s. 305. Se även Generaladvokatens förslag till avgörande i målet *Kücükdeveci*.

⁸³ Detta reflekteras också av utformningen av det gemenskapsrättsliga åldersdiskrimineringsförbudet som ju träffar ålder generellt, dvs. ingen särskild grupp utan ”alla och ingen”. Att över huvud förbjuda diskriminering pga. ”ålder” rent allmänt – i t.ex. USA är endast diskriminering av äldre arbetstagare förbjudet – har ifrågasatts. Jfr Janice Bellace: *”The European Directive that age should be irrelevant is bizarre. ... Age is not a binary system but a continuum, though the EU Directive mindlessly copies other discrimination measures”*, citerad i Bromwich and Rymkevitch (not 26).

⁸⁴ Om det länge verkade ligga i produktionens intresse att avföra de äldre ur arbetslivet så är detta inte längre lika givet i ”kunsapsamhället”. Arbetskraften är inte nödvändigtvis uttjänad redan i ganska unga år, även om förändringstakten och kunskapsutvecklingen naturligtvis kan innebära särskilda svårigheter för den åldrande arbetskraften.

myntet precis den ökade integrering på arbetsmarknaden upp i åldrarna som blir både en rättighet och en skyldighet i förlängningen av ett utrerat åldersdiskrimineringsförbud. Redan ett nytt pensionssystem som det svenska har en sprängkraft i förhållande till arbetsmarknadens funktionssätt. Att löpa linan ut skulle innebära att varken arbetslöshetsunderstöd eller sjukpenning gjorde halt vid en viss ålder utan gjordes beroende av faktisk pensionering. En sådan utveckling har långtgående välfärdsekonomiska konsekvenser.

Än är vi inte där. Och, det är svårt att tro att vi står inför ett snabbt och entydigt genomförande av det paradigmskifte förbudet mot åldersdiskriminering alltså ytterst innebär. Redan regleringens utformning talar mot en sådan slutsats. *”The result is that the ultimate boundaries of age discrimination legislation are to be left to the courts with, one suspects, a large amount of litigation and uncertainty.”*⁸⁵ Som diskuterats ovan pekar EG-domstolens praxis så här långt, enligt min mening, inte heller på att ett mer generaliserat förbud mot avgångsskyldighet i samband med uppnådd pensionsålder och särbehandling beträffande anställningsskydd är omedelbart förestående. Så länge de institutionaliserade sociala trygghetssystemen inte i grunden har förändrats menar jag vidare att diskrimineringslagstiftningen har sina begränsningar när det gäller äldre arbetstagare. Den grundläggande jämförelse i behandling som varje diskrimineringsstalan bygger på fungerar inte där en av de berörda har tillgång till en samhälleligt – och kanske delvis av arbetsgivaren själv – institutionaliserad alternativ försörjningsmöjlighet, nämligen pension. Man befinner sig inte i en ”jämförbar situation” med den som inte har rätt till pension.⁸⁶ Låt vara att det sedan är en bedömningssak att urskilja de situationer där arbetsgivaren inte bör kunna åberopa denna skillnad!

Givet åldersdiskrimineringsförbudets konfliktiva och i grunden bannbrytande karaktär är det emellertid ingen tvekan om att vi står inför en spännande utveckling under kommande år och det är lätt att instämma i Meenans uttalande om det angelägna i att kommissionen inom en nära framtid följer upp hur artikel 6.1 tillämpats i medlemsstaterna.⁸⁷

⁸⁵ Sargeant (not 57) s. 210.

⁸⁶ Arbetslöshetsunderstöd är en annan försörjningsmöjlighet vid sidan av lönearbetet – men den präglas inte av den valfrihet som numera kännetecknar pensionen.

⁸⁷ Meenan (not 23) s. 311.

