

Sammanfattning

Ett flygbolag har i en enlighet med en så kallad avtalsturlista sagt upp bl.a. 25 kabinanställda på grund av arbetsbrist. De lokala avtalsparterna angav i överenskommelsen om avtalsturlistan att en del av den övertalighet som förelåg skulle hanteras genom uppsägningar av de arbetstagare som var "pensionsberättigade", eftersom de därigenom hade sin försörjning tryggad. Av det mellan avtalsparterna gällande kollektivavtalet framgår att pensionsberättigad är den som fyllt 60 år. Tvisten har avsett huvudsakligen två frågor. Den ena frågan har avsett om åtgärden att säga upp de 25 kabinanställda, i enlighet med den överenskomna avtalsturlistan, inneburit att arbetstagarna utsatts för åldersdiskriminering i strid mot diskrimineringslagen och om uppsägningarna varit sakligt grundade enligt anställningsskyddslagen. Den andra frågan har avsett om de 25 arbetstagarna utsatts för åldersdiskriminering i strid mot diskrimineringslagen genom att de i den lokala överenskommelsen även undantagits från företrädesrätt till återanställning.

ARBETSDOMSTOLEN

DOM
2011-05-04
StockholmDom nr 37/11
Mål nr A 110/10

KÄRANDE

Diskrimineringsombudsmannen, Box 3686, 103 59 Stockholm
 Ombud: advokaten Ulf Öberg och jur. kand. Martin Mörk,
 Advokatfirman Öberg & Associés AB, Box 2098, 103 13 Stockholm

SVARANDE

1. Flygarbetsgivarna, Box 5384, 102 49 Stockholm
 2. Scandinavian Airlines System SAS, 902001-7720, 195 87 Stockholm
 Ombud för båda: advokaterna Björn Lindskog och Martin Johansson samt
 jur. kand. Annie Koch, Advokatfirman Vinge KB, Box 1703,
 111 87 Stockholm

SAKEN

ogiltigförklaring av uppsägningar m.m. – åldersdiskriminering

Bakgrund och yrkanden

Med anledning av en arbetsbristsituation hos Scandinavian Airlines System SAS (SAS) träffade SAS och Scandinavian Cabin Crew Association (SCCA) – Unionens lokala organisation för de kabinanställda hos SAS – i mars/april 2010 en lokal överenskommelse om bl.a. avsteg från turordningsreglerna i 22 § anställningsskyddslagen, en s.k. avtalsturlista. Överenskommelsen innebar *dels* uppsägning av de kabinanställda som var "pensionsberättigade", *dels* att dessa arbetstagare inte skulle ha rätt till företrädesrätt till återanställning. Överenskommelsen omfattade 49 arbetstagare. De var alla pensionsberättigade enligt den mellan avtalsparterna gällande pensionsöverenskommelsen. Arbetstagarna hade rätt till full tjänstepension då de alla hade fyllt eller skulle fylla 60 år före utgången av juni månad 2010. SAS sade i maj 2010 upp dessa arbetstagare.

Tvist har uppkommit mellan Diskrimineringsombudsmannen (DO) och arbetsgivarparterna om SAS agerande utgjort åldersdiskriminering i strid mot diskrimineringslagen och om uppsägningarna varit sakligt grundade enligt anställningsskyddslagen. 25 av de uppsagda arbetstagarna har vänt sig till DO och medgivit att DO för deras talan. 20 av de 25 arbetstagarna är medlemmar i Unionen, som avstått från att föra deras talan.

DO har väckt talan mot arbetsgivarparterna i Arbetsdomstolen och yrkat att Arbetsdomstolen ska

1. ogiltigförklara uppsägningarna av de 25 arbetstagare som framgår av domsbilagan, (uteslutes här),
2. förklara att den tillämpade turordningslistan är ogiltig,

3. förplikta SAS att till var och en av de 25 arbetstagarna utge dels diskrimineringsersättning med 400 000 kr, dels allmänt skadestånd med 100 000 kr, jämte ränta på beloppen enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämning, den 28 juni 2010, till dess betalning sker.

Arbetsgivarparterna har bestritt käromålet i dess helhet. Några belopp har inte vitsordats som skäligen i och för sig. Sättet att beräkna räntan har vitsordats.

För det fall Arbetsdomstolen skulle finna att SAS har begått något fel i samband med uppsägningarna som berättigar till skadestånd eller diskrimineringsersättning har arbetsgivarparterna yrkat att beloppen ska jämkas till i första hand noll. DO har bestritt att det föreligger skäl för jämkning.

Om Arbetsdomstolen skulle bedöma SAS agerande som indirekt diskriminering eller pröva SAS agerande mot det av arbetsgivarparterna anförda påstådda socialpolitiska syftet, har DO yrkat att Arbetsdomstolen ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Arbetsgivarparterna har motsatt sig att förhandsavgörande inhämtas.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Till utveckling av talan har parterna anfört i huvudsak följande.

DO

Lokal överenskommelse om bl.a. turordning

Under våren 2010 rådde inom SAS en svår ekonomisk situation. Lokala förhandlingar fördes mellan SAS och SCCA under perioden den 5 mars–13 april 2010 om den arbetsbristsituation som uppstått. Övertaligheten inom den svenska kabinkåren uppgick till motsvarande 80 heltidstjänster. SAS och SCCA träffade en lokal överenskommelse om hur övertaligheten skulle hanteras. Överenskommelsen framgår av ett protokoll från förhandlingarna och består av två huvuddelar. För det första kom parterna överens om att anställda motsvarande 40 FTE, dvs. heltidsanställningar, skulle erbjudas frivillig pensionsavgång i form av "förtidspension". Erbjudandet omfattade arbetstagare som fyllt 55 år. För det andra kom parterna överens om att den resterande övertaligheten skulle hanteras genom uppsägningar enligt en mellan parterna träffad avtalsturlista som omfattade de arbetstagare som var pensionsberättigade eller som skulle bli det senast den 30 juni 2010. Av protokollet framgår att parterna valde denna lösning då dessa arbetstagare redan hade sin försörjning tryggad. Parterna kom därutöver överens om att de arbetstagare som sades upp inte skulle ha företrädesrätt till återanställning.

Avtalsturlistan, bilaga till förhandlingsprotokollet, omfattar 49 personer. Arbetstagarna är antecknade efter födelsedatum. De är födda under perioden den 31 augusti 1943–11 juni 1950. Samtliga personer på listan hade alltså fyllt eller skulle fylla 60 år före den 12 juni 2010.

I maj 2010 sade SAS, i enlighet med överenskommelsen och avtalsturlistan, upp bl.a. de 25 aktuella arbetstagarna. SAS meddelade också arbetstagarna att de inte hade företrädesrätt till återanställning. Ingen av arbetstagarna skulle ha sagts upp enligt den turordning som skulle ha gällt om inte överenskommelsen om avtalsturlistan hade träffats.

Pensionsberättigade

I det vid tidpunkten för uppsägningarna gällande kollektivavtalet finns i bilaga G en pensionsöverenskommelse för kabinpersonal, CC, som avlönas enligt svensk lönelista. Av överenskommelsen framgår bl.a. följande.

1. PENSIONSÅLDER

Per 1 januari varje år sänks pensionsåldern till 60 år för CC som under närmast föregående eller efterföljande sexmånadersperiod har fyllt respektive fyller 50 år. Pensionsåldern uppnås vid utgången av den månad under vilken CC fyller 60 år och ålderspension utgår från och med följande månad. Pensionsålderssänkningen medför icke någon ändring av vederbörande CCs tjänstetidsfaktor.

Pensionsåldern enligt avtalet uppnås alltså vid utgången av den månad under vilken den anställda fyller 60 år och ålderspension utgår från och med följande månad. Det är dessa personer som är pensionsberättigade.

Missgynnande m.m.

De 25 arbetstagarna har missgynnats dels genom att de sagts upp, dels genom att de inte har företrädesrätt till återanställning. Missgynnandet har haft samband med arbetstagarnas ålder och har därmed varit diskriminerande.

Direkt diskriminering

Uppsägningarna och förlusten av företrädesrätt till återanställning har omfattat de arbetstagare som var eller senast den 30 juni 2010 skulle bli pensionsberättigade, dvs. berättigade till tjänstepension enligt den gällande pensionsöverenskommelsen. Kriteriet pensionsberättigade kan bara uppfyllas av de arbetstagare som fyllt 60 år och kan alltså inte särskiljas från arbetstagarnas ålder. Åtgärderna har därmed utgjort direkt diskriminering. Att det i en sådan situation är fråga om direkt diskriminering och inte indirekt diskriminering framgår av EU-domstolens dom av den 12 oktober 2010 i mål C-499/08, Andersen (Ingeniørforeningen i Danmark), ännu inte publicerad i REU. Arbetsgivarparterna har i och med att det varit fråga om direkt diskriminering ingen möjlighet att bevisa att diskriminering inte förekommit, se EU-domstolens dom av den 15 mars 2009 i mål C-388/07, Age Concern England, REG 2009, s. I-01569.

Otillåten indirekt diskriminering

Om åtgärderna inte inneburit direkt diskriminering har de i vart fall varit indirekt diskriminerande. Missgynnandet kan inte motiveras av ett berättigat mål och medlen har inte varit nödvändiga eller lämpliga.

Undantagsregleringen har inte varit tillämplig

Diskrimineringen har inte heller varit tillåten enligt undantagsregeln i 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen. Enligt den regleringen hindrar diskrimineringsförbudet inte särbehandling på grund av ålder, om särbehandlingen har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

Möjligheten att göra undantag från diskrimineringsförbudet är reglerad i artikel 6.1 i Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling (arbetslivsdirektivet). EU-domstolens praxis är därför styrande för möjligheten att göra undantag från diskrimineringslagens diskrimineringsförbud. Undantagsregleringen i diskrimineringslagen ska alltså tolkas direktivkonformt.

EU-domstolen har i mål C-388/07 (Age Concern England) angett riktlinjer för hur prövningen enligt artikel 6.1 arbetslivsdirektivet ska gå till. Särbehandlingen ska vara motiverad av socialpolitiska mål av allmänt intresse. Sådana mål skiljer sig från de rent individuella skäl som hänför sig till arbetsgivarens ekonomiska situation, såsom att minska kostnaderna eller förbättra konkurrenskraften.

EU-domstolen har vidare, i samma mål, uttalat följande. En diskriminering kan anses som tillåten endast om den omfattas av ett förutsebart och tillräckligt klart undantag i nationell rätt. Genomförandemetoderna måste rent faktiskt säkerställa att nationella myndigheter tillämpar direktivet fullt ut. I de fall en bestämmelse i direktivet syftar till att skapa rättigheter för enskilda måste den rättsliga situation som följer av allmänna principer eller en allmän rättslig ram vara tillräckligt klar och precis. De personer som berörs måste ges möjlighet att få full kännedom om sina rättigheter och i förekommande fall kunna göra dem gällande vid nationell domstol.

De utgångspunkter som kommer till uttryck i EU-domstolens praxis skiljer sig från de riktlinjer som den svenska lagstiftaren anvisat för tillämpningen av undantagsregeln i diskrimineringslagen. I förarbetena anges att man ska göra en intresseavvägning liknande den som ska göras vid indirekt diskriminering och att den prövningen ska göras i det enskilda fallet. Dessa uttalanden stämmer inte med den praxis som tillkommit från EU-domstolen efter det att förarbetsuttalandena gjordes.

Frågan om tillämpningen av diskrimineringslagens undantag utgör främst en rättsfråga. Den första frågan är om lagstiftaren vid införlivandet av arbetslivsdirektivet genom förarbetsuttalanden eller på annat sätt har medgivit undantag från diskrimineringsförbudet för den i målet aktuella typen av

åtgärder. Om så skulle vara fallet blir den andra frågan om ett sådant undantag kan godtas enligt EU-rätten.

Frågan om berättigat mål

Det av arbetsgivarparterna under huvudförhandlingen påstådda syftet med åtgärderna, att trygga försörjningen för så många kabinanställda som möjligt, är inte ett sådant mål som kan motivera ett undantag enligt 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen. Det går inte av förarbetena till diskrimineringslagen att dra en sådan slutsats.

Det av arbetsgivarparterna påstådda syftet är i sig indirekt diskriminerande. Äldre arbetstagare är typiskt sett dyrare än yngre. Ska man trygga försörjningen för så många anställda som möjligt inom ett företag skulle detta med automatik leda till att de äldre anställda sägs upp.

Det är visserligen korrekt att EU-domstolen gett medlemsstaterna stort utrymme för skönsmässiga bedömningar av hur de socialpolitiska mål som medlemsstaterna satt upp ska uppnås. Detta utrymme är dock inte obegränsat och får inte leda till att principen om icke-diskriminering undergrävs. Möjligheten till undantag från åldersdiskriminering enligt artikel 6.1 arbetslivsdirektivet kan inte tolkas så att lokala parter på arbetsmarknaden, som inte uttryckligen av lagstiftaren har anförtrots någon roll att införliva direktivet, kan tillåtas att själva formulera egna socialpolitiska mål. EU-domstolens uttalanden om parternas skön i detta fall avser parter på central nivå. I förarbetena till diskrimineringslagen understryks därutöver att lagen är tvingande och att arbetsmarknadens parter är skyldiga att hålla sig inom de ramar som lagen uppställer (se prop. 2007/08:95 s.181).

Om berättigade syften uttalas i förarbetena att syftet att främja äldre arbetstagares möjligheter att få eller behålla ett arbete är ett exempel på syfte som typiskt sett bör anses godtagbart. Ett erbjudande om ålderspension, som behandlas i förarbetena, kan inte jämnställas med att sägas upp på grund av att det föreligger en rätt till tjänstepension. I förarbetena anges också att flygbolag som vänder sig till allmänheten inte bör få ställa upp ålder som ett kriterium vid utbildning eller anställning av flygvärdinnor (se prop. 2007/08:95 s. 179 f.). Undantaget från skyddet mot åldersdiskriminering som följer av 32 a och 33 §§ anställningsskyddslagen är motiverat av socialpolitiska mål, men är inte tillämpligt här. Av förarbetena till införandet av den s.k. 67-årsregeln framgår att regleringen infördes för att stävja just bruket av kollektivavtalsfästa "pensionsåldrar".

I EU-domstolens dom av den 18 november 2010 i mål C-356/09, Kleist, ännu inte publicerat i REU, uttalar domstolen i ett fall av direkt könsdiskriminering att särbehandlingen inte kan motiveras med syftet att främja anställning av yngre personer.

Frågan om åtgärderna varit lämpliga och nödvändiga

Enligt DO har åtgärderna därutöver varit varken lämpliga eller nödvändiga.

SAS erbjuder frivilliga pensionsavgångar till de kabinanställda mellan 55–60 år och som alltså inte hade rätt till full tjänstepension enligt kollektivavtalet. Beträffande de uppsagda arbetstagarna, som har rätt till full tjänstepension, undersökte SAS inte möjligheten med frivilliga pensionsavgångar. SAS frågade inte dem om de ville avsluta anställningen genom pension. Det ankommer på arbetsgivarparterna att visa att en förhandlingslösning med frivilliga pensionsavgångar även avseende dem som var 60 år eller äldre inte hade varit en framkomlig väg.

De arbetstagare under 60 år som accepterade erbjudandet om pension erhöll 75 procent av lönen. De arbetstagare som sades upp fick däremot ersättning motsvarande cirka 70 procent av lönen och tvingades således att lämna arbetet på sämre villkor än de som gick frivilligt.

Arbetsgivarparterna har anfört att de äldre arbetstagarna har en lättare försörjningsbörda än de yngre men SAS undersökte inte hur det förhöll sig därmed. SAS frågade inte de pensionsberättigade arbetstagarna om deras ekonomiska situation. SAS beaktade inte heller att det i allmänhet är svårare att få ett nytt arbete och att omskola sig för den som är äldre. Av statistik som DO har beställt framgår att det är svårare för den som är över 60 år att få ett nytt arbete. Detta bekräftas även av statistik från Trygghetsrådet. Statistiken visar att de yngre personer som SAS valde att skydda genom de vidtagna åtgärderna har bättre möjligheter att få nytt arbete än de arbetstagare som sades upp. Åtgärderna kan således inte anses vara lämpliga.

Åtgärderna har vidare varit av mycket ingripande natur. Arbetstagarna har, efter många års anställning, tvingats lämna SAS utan företrädesrätt till återanställning. Om nyanställningar sker hos SAS inom företrädesrättsperioden kommer de alltså inte i fråga för återanställning. Åtgärden får samma effekt som en åldersgräns vid nyanställning.

Arbetstagarna kommer också att drabbas ekonomiskt. 20 av de 25 berörda arbetstagarna drabbas av ett årligt lönebortfall om 30 procent, då pensionen endast omfattar 70 procent av lönen. Därutöver går arbetstagarna miste om möjligheten att tjäna in allmän pension. Detta får anses vara i strid mot syftet med rätten att få arbeta kvar till 67 års ålder som infördes år 2001.

DO har låtit göra en beräkning av den uppskattade pensionsförlusten för arbetstagarna. Pensionsbortfallet är beräknat från och med maj 2011 till och med den månad var individ fyller 67 år. Enligt beräkningarna uppgår det uppskattade medelvärdet för förlusten per arbetstagare, vid 80 respektive 90 års ålder och beroende på civilstånd, till som mest cirka 410 000 kr och som minst cirka 388 000 kr.

De syften som enligt DO legat bakom SAS agerande

Som redan nämnts har det inte förelegat något berättigat syfte på sätt som avses i diskrimineringslagens undantagsreglering tolkad EU-konformt, vare sig såvitt avser det av arbetsgivarparterna vid huvudförhandlingen uppgivna eller såvitt avser de syften som tidigare angetts och de som får antas ha legat bakom åtgärderna.

SAS har varit öppet med att ett skäl till att bolaget sade upp de äldsta arbetstagarna och därutöver avtalade bort deras företrädesrätt till återanställning var att komma till rätta med vad man menade var en icke ändamålsenlig åldersstruktur på grund av en för hög medelålder bland kabinpersonalen. Detta framgår bl.a. av svaromålet och protokollet från den muntliga förberedelsen i detta mål. I protokollet finns antecknat att arbetsgivarparterna anförde att SAS eftersträvar en mer heterogen åldersstruktur bland de kabinanställda. SAS har således självt anfört att åtgärderna hade samband med arbetstagarnas ålder.

Det finns flera anledningar till att ett flygbolag vill ha en låg medelålder hos de kabinanställda. En anledning är kostnadsskäl eftersom det är billigare med yngre arbetstagare än med äldre. Ett ytterligare skäl är att yngre kabinanställda anses av flygbranschen vara ett konkurrensmedel, särskilt när det gäller de för flygbolagen viktiga manliga affärsresenärerna.

Det har gjorts flera undersökningar om resenärernas preferenser. Av en undersökning från slutet av 1980-talet framgår bl.a. att manliga affärsresenärer uttryckt att de föredrar yngre kabinpersonal. Det finns inget som tyder på att passagerarna ändrat preferenser sedan dess. Yngre kabinanställda utgör alltjämt en konkurrensfördel. Detta framgår bl.a. av en artikel från januari 2010 enligt vilken flygbolaget Thai Airways, för att få en yngre framtoning, erbjuder kabinanställda som fyllt 45 år ett frikostigt avgångsvederlag om 30 månadslöner och av en artikel från augusti 2009 enligt vilken chefen för flygbolaget Aeroflot uppgett att flygvärdinnor ska vara "slående vackra, iögonfallande och med klädstorlek 40 eller mindre". Enligt en annan artikel från januari 2010 har flygbolaget British Airways sagt upp sin Hong Kong-baserade kabinpersonal över 45 år. Enligt DO:s mening är de uppfattningar som kommer till uttryck i nämnda artiklar inte isolerade till där berörda flygbolag, utan de delas även av SAS.

Att ung kabinpersonal anses utgöra en konkurrensfördel är inte någon ny företeelse. Av ett brev från dåvarande Handelstjänstemannaförbundet (HTF) till SAS från år 1982 framgår att en divisionschef inom SAS uppgett bl.a. att bolaget behövde få en större rotation och blandning av yngre och äldre anställda och att "unga fräscha flygvärdinnor har många gånger större vitalitet, entusiasm och kan inspirera de äldre". Enligt en artikel i Aftonbladet från år 1998, som handlade om en 52-årig kvinna, ansågs flygvärdinnor, som tidigare sagts upp från flygbolaget Scanair, vara för gamla för att få anställning hos SAS. I samband med artikeln publicerades en intervju med dåvarande chefen för kabinpersonalen hos SAS. Av intervjun framgår bl.a. att bolaget arbetade efter en åldersgräns för sökande på högst 28 år. Av

en platsannons från år 1999, enligt vilken SAS sökte kabinpersonal, framgår att bolaget vände sig till sökande mellan 20 och 35 år.

Även av annat material framgår att SAS fäst vikt vid de kabinanställdas ålder. SAS har, i en lokal tvisteförhandling år 2007, framfört att två personer inte kom i fråga för viss tjänstgöring med hänvisning till att de uppnått den 60-åriga pensionsåldern enligt kollektivavtalet. SAS ansåg då att intentionen enligt kollektivavtalet var att ”karriären” avslutades vid överenskommen pensionsålder. SAS skickade i december 2006 ett brev till en anställd med rubriken ”Besked om pensionsavgång”. I brevet angav SAS att pensionsåldern var uppnådd vid 60 års ålder och att möjligheten att kvarstanna längre i tjänst utgjorde undantag från huvudregeln att man ska gå i pension vid 60 års ålder.

I samband med att överenskommelsen med bl.a. avtalsturlistan träffades mellan SAS och SCCA under våren 2010 enades parterna också om förändringar avseende tjänstepensionen. Den tidigare avtalade extra ålderspensionen om fem procent bortföll för de arbetstagare som fortsatte att tjänstgöra månaden efter att de blivit pensionsberättigade medan de som valde att avgå vid 60 års ålder erhöll en högre extra ålderspension om tio procent. Även den åtgärden visar att SAS önskar att personer som fyllt 60 år ska lämna SAS.

Sammantaget framgår således att SAS inte skiljer sig från andra flygbolag utan att även SAS föredrar att de äldre arbetstagarna lämnar bolaget.

God sed på arbetsmarknaden

Avtalsturlistan, uppsägningarna och överenskommelsen om att undanta de uppsagda arbetstagarna från företrädesrätt till återanställning har alltså varit diskriminerande. Överenskommelserna har därmed även varit i strid mot god sed på arbetsmarknaden. DO åberopar inte som självständig grund för talan att åtgärderna strider mot god sed på arbetsmarknaden.

Frågan om förhandsavgörande

Enligt DO:s uppfattning är rättsläget klart vad gäller EU-rättens innebörd när det gäller direkt diskriminering och möjligheten att göra undantag från diskrimineringsförbudet. Skulle Arbetsdomstolen finna att SAS agerande utgör direkt diskriminering och dela DO:s bedömning vad gäller tillämpningen av undantagsregleringen föreligger således inget behov av att inhämta något förhandsavgörande från EU-domstolen. Om Arbetsdomstolen skulle bedöma SAS agerande som indirekt diskriminering eller pröva uppsägningarna mot det av arbetsgivarparterna anförda påstådda socialpolitiska syftet, måste dock enligt DO:s uppfattning förhandsavgörande inhämtas från EU-domstolen.

Sammanfattning av grunderna för talan

SAS och SCCA träffade i mars/april 2010 en överenskommelse om att ett visst antal kabinanställda skulle sägas upp i enlighet med en avtalsturlista och att dessa arbetstagare inte skulle ha företrädesrätt till återanställning. De 25 arbetstagare som DO för talan för har missgynnats av SAS genom att de, i enlighet med överenskommelsen, dels sagts upp, dels inte omfattas av företrädesrätt till återanställning.

Missgynnandet har haft samband med arbetstagarnas ålder och strider därför mot diskrimineringslagens förbud mot åldersdiskriminering, i första hand som direkt diskriminering, i andra hand som indirekt diskriminering. Undantaget från förbudet mot åldersdiskriminering i 2 kap. 2 § 4 samma lag har inte varit tillämpligt. Det har inte förelegat något berättigat syfte och åtgärderna har inte varit nödvändiga eller lämpliga för att nå syftet.

Såväl uppsägningarna som avtalsturlistan ska därför förklaras ogiltiga enligt 5 kap. 3 § diskrimineringslagen.

SAS ska också utge diskrimineringsersättning till arbetstagarna enligt 5 kap. 1 § diskrimineringslagen, på grund av såväl de diskriminerande uppsägningarna som den diskriminerande avtalsturlistan och den diskriminerande överenskommelsen om att arbetstagarna är undantagna från företrädesrätt till återanställning.

Eftersom uppsägningarna har varit diskriminerande på grund av ålder har uppsägningarna varit hänförliga till arbetstagarna personligen. Uppsägningarna har därmed inte varit sakligt grundande utan skett i strid mot 7 § anställningsskyddslagen. Grund för ogiltigförklaring föreligger således även enligt 34 § anställningsskyddslagen. SAS är på grund av de felaktiga uppsägningarna även skyldigt att utge allmänt skadestånd till arbetstagarna, enligt 38 § anställningsskyddslagen.

Arbetsgivarparterna

Allmänt om SAS

SAS-konsortiet ägs i dag av SAS Sverige AB, SAS Norge AS och SAS Danmark A/S. Dessa bolag är i sin tur helägda dotterbolag till SAS AB. Den svenska staten äger 21,4 procent av aktierna i SAS AB och tillsammans äger de tre staterna 50 procent av aktierna. SAS AB är noterat på Stockholmsbörsen. De aktuella arbetstagarna är alla anställda i SAS-konsortiet.

Den svenska delen av SAS har sin verksamhet förlagd till Arlanda flygplats. Under år 2009 flög SAS omkring 6,6 miljoner passagerare till någon av de cirka 40 destinationer som SAS trafikerar.

Pensionsbestämmelserna enligt kollektivavtalet

Det vid uppsägningstillfället gällande kollektivavtalsreglerade pensionssystemet utgörs i grund och botten av ett sedvanligt ITP-avtal. Som DO uppgett är pensionsåldern för de kabinanställda, enligt pensionsöverenskommelsen, 60 år. En sänkning av pensionsåldern, från 65 år till 60 år, förhandlades fram år 1974 efter starka påtryckningar från dåvarande HTF.

Avtalets konstruktion är följande. För en arbetstagare som inte fyllt 50 år betalas premier som om pensionsåldern vore 65 år, enligt sedvanlig ITP-plan. När arbetstagaren fyller 50 år sänks pensionsåldern till 60 år. Premierna blir därför förhöjda under de tio åren arbetstagaren är mellan 50 och 60 år. Vid 60 års ålder är pensionen fullt intjänad och premiebetalningarna upphör.

Enligt kollektivavtalets bilaga G, punkten 7, har de berörda arbetstagarna rätt till en extra ålderspension mellan 60 och 65 år om fem procent. Syftet med att tillföra den regleringen var att kompensera för den förlust pensionsåldern innebär avseende den allmänna pensionen.

Genom överenskommelsen i mars/april 2010 ändrades den ovan angivna regleringen i pensionsöverenskommelsen. Förändringen innebär att den tidigare avtalade extra ålderspensionen om fem procent bortfaller för den som fortsätter att tjänstgöra månaden efter att ha blivit pensionsberättigad medan den som avgår med pension vid 60 års ålder i stället för tidigare avtalade fem procent erhåller tio procent. Ändringarna gäller dem som fyller 60 år efter den 1 maj 2010. De som fortsätter att tjänstgöra efter 65 års ålder och som alltså inte längre har rätt till den extra ålderspensionen får anses väl tillgodosedda genom att de från 60 års ålder kunnat börja ta ut sin tjänstepension. De kabinanställda har således sin pension intjänad vid 60 års ålder och kan då börja ta ut pensionen, även om de arbetar kvar med full lön. De kan därmed få en sammanlagd ersättning motsvarande 170 procent av sin lön.

År 1974 infördes också en möjlighet för en kabinanställd att tillämpa pensionsavgång före 60 års ålder. Fram till år 2004 var detta en villkorslös rätt för de kabinanställda men därefter har SAS en möjlighet att säga nej till en sådan begäran. Av kollektivavtalets bilaga G, punkten 2, framgår följande.

2. AVGÅNG FÖRE 60 ÅR

För respektive enskild CC föreligger möjlighet att med 2 månaders varsel tillämpa pensionsavgång före 60 års ålder, dock tidigast från och med månaden efter den under vilken vederbörande CC fyller 55 år.

SAS erlägger pensionspremie till Alecta till dess CC fyller 60 år. Härvid skall den försäkrade pensionsnivån efter avgång baseras på den lön – med undantag för anciennitetsberoende lönehöjningar – som skulle ha gällt för vederbörande vid fortsatt tjänstgöring som CC. Fram till 60 års ålder erhåller CC pension från SAS vilken skall motsvara den vid varje tidpunkt i Alecta försäkrade månatliga ålderspensionen vid 60 års ålder.

SAS fortsätter alltså att betala in pensionspremier fram till 60 års ålder. Den anställda har därefter samma pensionsnivå, såvitt gäller ITP, från 60 års ålder som om han eller hon arbetat hela tiden och inte hade utnyttjat möjligheten till pensionsavgång före 60 års ålder. Däremot betalas det under denna tid inte in några pengar till den allmänna pensionen.

Unionen och SCCA har varit angelägna om att ha kvar den, för SAS kostsamma, förmån som 60 års pensionsålder innebär. På grund av det utsatta kostnadsläget kom dock SAS och SCCA under år 2010 överens om att höja pensionsåldern till 65 år för alla som anställs efter den 1 maj 2010. Den nu aktuella personalen omfattas dock av de gamla reglerna.

Många år av ekonomiska problem

SAS har under en lång rad år haft ekonomiska problem och har brottats med att uppnå lönsamhet efter flera år med negativa resultat. Situationen har varit sådan att alla upptänkliga kostnadsreducerande åtgärder har varit nödvändiga. SAS har bl.a. sett över sitt trafikprogram och har minskat antalet flyglinjer och avgångar. Det sjunkande antalet passagerare har föranlett att servicebemanningen ombord har reducerats. Till följd härav har SAS haft en överkapacitet av kabinpersonal, vilken SAS strävat efter att i möjligaste mån hantera genom frivilliga överenskommelser, även om uppsägningar också förekommit. En tillbakablick visar följande händelseutveckling.

År 1998 rekryterade SAS i viss omfattning kabinpersonal. De som då rekryterades var inte några yngre personer utan de var snarare i medelåldern. SAS har inte anställt någon kabinpersonal efter år 1998. Under år 2000 planerade man att expandera verksamheten och avsåg att rekrytera ett antal personer. På grund av händelserna den 11 september 2001 och de effekter dessa fick för flygbranschen fick dock rekryteringsprocesserna avbrytas.

År 2003 uppstod en övertalighet motsvarande 100 heltidstjänster. En del av övertaligheten hanterades genom erbjudanden om frivillig pensionsavgång för anställda mellan 55 och 60 år. Resterande övertalighet hanterades genom uppsägningar enligt de vanliga turordningsreglerna, dvs. av personer med kortast anställningstid, eller ”nerifrån i listan”. År 2004 uppstod ännu en övertalighetssituation, denna gång motsvarande 350 heltidstjänster. Även denna gång löstes situationen genom erbjudanden om frivillig pensionsavgång för personer mellan 55 och 60 år och uppsägningar ”nerifrån i listan”. Efter en viss stabilisering under år 2006 och första halvåret 2007 kom finanskrisen under hösten 2007 och under år 2008 varpå ny övertalighet uppkom, denna gång motsvarande 35 heltidstjänster.

Under år 2009 påbörjades inom SAS ett omfattande sparprogram som kallades ”Core SAS”, enligt vilket 5,3 miljarder kr skulle sparas. Det behövdes också en nyemission om 6 miljarder kr. Övertaligheten uppgick då till motsvarande 160 heltidstjänster. 44 kabinanställda sades upp per den 30 april 2009 och 85 kabinanställda sades upp per den 30 juni 2009. SCCA ställde krav på att företrädesrätten till återanställning för de uppsagda skulle

förlängas till 24 månader, vilket SAS accepterade. Företrädesrätten gäller fram till årsskiftet 2011/2012.

Överenskommelsen år 2010

Den ekonomiska situationen för SAS var fortsatt besvärlig, trots sparprogrammet och den första nyemissionen. I februari 2010 lades en proposition med förslag om ytterligare en nyemission på 5 miljarder kr, som skulle godkännas av stämman den 7 april 2010. Propositionen innehöll stränga krav för att nyemissionen skulle kunna genomföras. Det förelåg därför ett starkt tryck på SAS-ledningen att uppfylla de ställda kraven. Olika sparbeting fanns inom olika sektioner och ett av dessa gällde kabinpersonalen i Sverige. Det sparbetinget var föremål för förhandlingar mellan SAS och SCCA den 5 mars och 13 april 2010, vilka utmynnade bl.a. i de överenskommelser som nu är aktuella i tvisten.

Parternas överenskommelse omfattade flera delar. Parterna kom bl.a. överens om att inrätta en s.k. resurspool. Vidare kom man överens om den tidigare nämnda höjningen av pensionsåldern till 65 år för kabinpersonal som anställs efter den 1 maj 2010 samt den tidigare nämnda förändringen av tilläggen till pensionen relaterad till om arbetstagaren väljer att avgå vid 60 års ålder eller inte.

Angående övertaligheten hade SAS lagt ett varsel motsvarande 125 individer. Trycket var mycket starkt på SAS och SCCA att hitta en lösning som innebar att man kunde undvika att på nytt säga upp de anställda ”nerifrån i listan”. SAS hade haft cirka 1 800 kabinanställda under början av 2000-talet och var nu nere i cirka 1 000 kabinanställda. Det var internpolitiskt omöjligt att i detta läge säga upp personal ”nerifrån i listan”. Man var tvungen att hitta en lösning som drabbade de kabinanställda som kollektiv på ett så lindrigt sätt som möjligt. Attunda tingsrätt hade dessutom i en dom av den 18 november 2009 ogillat en talan om åldersdiskriminering förd av ett antal piloter som blivit uppsagda efter att SAS och Svensk Pilotförening träffat en avtalsturlista beträffande de piloter som var pensionsberättigade.

Mot denna bakgrund träffade parterna därför en överenskommelse den 13 april 2010. Övertaligheten uppgick till motsvarande 80 heltidstjänster. För att hantera övertaligheten hade parterna kommit överens om att först erbjuda kabinanställda, motsvarande upp till 40 heltidstjänster, avgång med avtalad ”förtidspension”. Detta gällde de arbetstagare som fyllt 55 år. Parterna kunde konstatera att tillräckligt intresse för en sådan pensionslösning fanns i den gruppen. För den resterande övertaligheten kom parterna överens om att träffa en avtalsturlista omfattande samtliga kabinanställda som var pensionsberättigade från och med den 30 juni 2010 och tidigare. Parterna valde denna väg då dessa individer redan hade sin försörjning tryggad. I stället för att säga upp 125 arbetstagare ”nerifrån i listan” uppnådde bolaget samma spar-krav genom att säga upp de 49 personerna i avtalsturlistan. Det stämmer att ingen av de 25 arbetstagarna i målet skulle ha blivit uppsagd om SAS i stället hade genomfört uppsägningar ”nerifrån i listan”.

Bakgrunden till att parterna valde att avtala bort företrädesrätten till återanställning för de uppsagda var följande. Av de kabinanställda som SAS sagt upp under år 2009 var många fortfarande arbetslösa. Deras företrädesrätt hade som redan angetts förlängts. Av statistik från Trygghetsrådet framgår att det är svårare för uppsagd kabinpersonal att få ett nytt arbete jämfört med andra yrkesgrupper. Den av DO ingivna statistiken är missvisande, bl.a. därför att den jämför med en åldersgrupp mellan 30–40 år. De 125 arbetstagare som SAS skulle ha sagt upp om bolaget följt de vanliga turordningsreglerna, var mellan 39 och 50 år.

Det är riktigt att SAS inte erbjöd dem som hade rätt till full tjänstepension frivilliga pensionsavgångar. Ett skäl var att det inte fanns pengar till det. Vidare hade SAS vid tidigare neddragningar lämnat erbjudanden om frivillig pensionsavgång till flera av dem som nu var pensionsberättigade och som sades upp. De hade då haft möjlighet att gå i förtidspension med 75 procent av slutlönen men hade inte varit intresserade. SAS, som stod under stark press att leverera enligt uppställda sparkrav, bedömde mot denna bakgrund att en sådan väg inte var framkomlig. Det som krävdes var en överenskommelse med SCCA.

Arbetsgivarparterna kan inte vitsorda de beräkningar DO låtit göra av vilken ekonomisk förlust de 25 uppsagda arbetstagarna beräknas göra. Beräkningarna är behäftade med flera felaktigheter.

Missgynnande och jämförbar situation

Enligt 1 kap. 4 § 1 diskrimineringslagen ska, för att kunna konstatera direkt diskriminering, bl.a. en jämförelse göras med hur någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation. För att en jämförelse ska bli rättvisande krävs det att personerna befinner sig i en situation där det är rimligt och naturligt att jämföra dem med varandra. Det är varken naturligt eller rimligt att jämföra de personer som blivit uppsagda med stöd av avtalsturlistan med övrig kabinpersonal, eftersom den övriga kabinpersonalen inte hade ekonomisk trygghet genom en slutbetalad tjänstepension. De arbetstagare som sades upp och som undantogs från företrädesrätt till återanställning var alltså inte i en jämförbar situation med övrig kabinpersonal.

Det har alltså inte skett någon direkt diskriminering av de 25 kabinanställda eftersom de inte har missgynnats i en jämförbar situation, jämförbar med övrig kabinpersonal. Det finns inte heller något orsakssamband mellan de påstådda missgynnandena och arbetstagarnas ålder. För att ett missgynnande ska kunna konstateras måste det finnas en grupp att jämföra med och ett orsakssamband.

I 6 kap. 3 § diskrimineringslagen finns en särskild bevisbörderegeln som ska tillämpas i diskrimineringsmål. Bevisbördan har inte gått över på arbetsgivarparterna enligt den bestämmelsen. DO har inte förmått visa att det föreligger omständigheter som gör det antagligt vare sig att den uppsagda kabinpersonalen missgynnats jämfört med de andra kabinanställda eller att det

förelegat ett orsakssamband mellan uppsägningarna samt begränsningarna i återanställningsrätten å ena sidan och de uppsagdas ålder å andra sidan.

Varken direkt eller indirekt diskriminering

Uppsägningarna grundade på avtalsturlistan har berott på arbetsbrist. Urvalet av de arbetstagare som SAS nödgades att säga upp har inte baserat sig på de anställdas ålder utan på att de var pensionsberättigade, dvs. de hade rätt till full tjänstepension och hade därigenom sin försörjning tryggad. Genom uppsägningarna av just dessa arbetstagare blev försörjningen tryggad för samtliga kabinanställda hos SAS på den kärva arbetsmarknad som rådde. De kabinanställda med kortare anställningstid behövde inte gå ut i arbetslöshet.

Som redogjorts för var även skälet till att de uppsagda arbetstagarnas företrädesrätt till återanställning avtalades bort att de var pensionsberättigade och alltså redan hade sin försörjning tryggad. Genom åtgärden ökade möjligheten till en tryggad försörjning för hela kabinkollektivet, inklusive de kabinanställda som hade sagts upp år 2009. Åtgärden möjliggör för SAS, vid en nyanställningssituation, att återanställa personer som sades upp år 2009 och som fortfarande är arbetslösa.

SAS åtgärder var alltså inte baserade på arbetstagarnas ålder utan på att arbetstagarna var pensionsberättigade. Det har alltså inte varit fråga om någon direkt diskriminering. Åtgärderna har – till skillnad mot vad som gällde i den av DO åberopade domen i EU-domstolens mål C-499/08 (Andersen) – inte trätt in med automatik när kabinpersonalen uppnått en viss ålder. De uppsagda personerna var mellan 59 och 65 år. Arbetstagarna har alltså inte blivit uppsagda eller frångåtts någon rätt med automatik när de uppnått en viss ålder. Det var i stället fråga om en situation där det blev nödvändigt att på grund av arbetsbrist säga upp kabinanställda och där SAS – tillsammans med SCCA – vid valet av vilka som skulle sägas upp tog sociala hänsyn genom att i första hand säga upp de arbetstagare som redan hade sin försörjning tryggad genom fullt intjänad tjänstepension. Parternas utgångspunkt var vad som var bäst för kollektivet som helhet.

Om det förekommit något missgynnande har det i så fall varit fråga om ett indirekt sådant, som dock enligt det undantag som återfinns i 1 kap. 4 § 2 diskrimineringslagen ändå inte utgjort någon diskriminering. Tillämpningen av kriteriet pensionsberättigade har haft ett berättigat syfte och de medel som använts har varit lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Några mindre ingripande åtgärder fanns inte att tillgå. Åtgärderna var de minst ingripande för kabinkollektivet som helhet. Alternativet var att säga upp 125 anställda enligt lagens turordningsregler. Syftet att samtliga skulle ha sin försörjning tryggad genom antingen pension eller lön hade inte kunnat tillgodoses på något annat sätt. De som sagts upp hindras inte heller till fortsatt yrkesverksamhet.

I vart fall har undantagsregleringen varit tillämplig

För det fall uppsägningarna grundande på avtalsturlistan samt överenskommelsen om att de uppsagda arbetstagarna inte ska omfattas av företrädesrätt till återanställning skulle av Arbetsdomstolen anses utgöra direkt eller indirekt diskriminering, har det varit fråga om en befogad särbehandling i enlighet med 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen.

Åtgärderna har, på sätt som ovan beskrivits, haft ett berättigat syfte och de medel som använts har varit nödvändiga och lämpliga för att uppnå det syftet, jfr EU-domstolens dom av den 16 oktober 2007 i mål C-411/05, *Palacios de la Villa*, REG 2007, s. 08531.

Av förarbetena till diskrimineringslagen (prop. 2007/08:95, s. 179 f.) framgår vilka mål som kan komma i fråga vid en tillämpning av 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen. Där anges som exempel på förfaranden som bör anses ha ett legitimt syfte att en arbetsgivare t.ex. i samband med turordningsförhandlingar eller neddragningar av verksamhet erbjuder äldre arbetstagare ålderspension eller liknande ersättning. Lagstiftaren har således fastslagit att det syfte som legat bakom SAS åtgärder utgjort ett sådant legitimt syfte som avses i undantagsregleringen.

EU-domstolen har tillerkänt arbetsmarknadens parter, på både central och lokal nivå, ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar i valet av medel för att uppnå de mål som lagstiftaren fastslagit, jfr t.ex. EU-domstolens mål C-411/05 (*Palacios de la Villa*) och EU-domstolens dom av den 12 oktober 2010 i mål C-45/09, *Rosenbladt* (ännu ej publicerad i REU). EU-domstolen har även i detta sammanhang, i det sistnämnda avgörandet, erinrat om att rätten till kollektiva förhandlingar är en grundläggande rättighet och att parterna anförtrots uppgiften att finna en jämvikt mellan sina respektive intressen.

Den lokala överenskommelsen mellan SAS och SCCA har dessutom tillkommit efter bemyndigande från lagstiftaren i anställningsskyddslagen och från de centrala kollektivavtalsparterna i det mellan parterna gällande kollektivavtalet. Unionen har därutöver på förbunds nivå gett överenskommelsen sitt stöd.

Äldre arbetstagare är förvisso en skyddsvärd grupp, som skyddas bl.a. av 67-årsregeln i 32 a § anställningsskyddslagen. Regeln är dock inte avsedd att begränsa en arbetsgivares möjligheter att vidta sakligt grundade uppsägningar eller att begränsa möjligheterna för arbetsmarknadens parter att träffa en avtalsturlista som är anpassad för en uppkommen arbetsbristsituation.

Arbetslivsdirektivets artikel 6.1 har, till skillnad mot vad DO synes påstå, införlivats i svensk rätt på ett korrekt sätt genom regleringen i 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen.

De av DO påstådda syftena med åtgärderna

Kärnfrågan är om det var korrekt av SAS att tillsammans med SCCA träffa en avtalsturlista enligt vilken ett antal anställda, som har sin försörjning tryggad genom tjänstepension, skulle sägas upp i stället för ett antal yngre kabinanställda, som inte hade den tryggheten.

DO har försökt måla upp en bild av SAS, som inte är med verkligheten överensstämmande. För SAS är det en självklarhet att agera i överensstämmelse med gällande lag och avtal. DO har hänvisat till hur andra flygbolag uttryckt sig och agerat och till förhållanden som ligger långt tillbaka i tiden, något som helt saknar relevans för bedömningen i målet. Det stämmer över huvud taget inte att SAS skulle ha något intresse av att göra sig av med äldre medarbetare. Upplysningsvis kan nämnas att medelåldern bland kabinpersonalen i SAS Sverige AB är 51 år, att jämföra med 39 år i SAS Danmark A/S och 42 år i SAS Norge AS.

Till grund för besluten i fråga låg syftet att så många arbetstagare som möjligt skulle få sin försörjning tryggad i den arbetsbristsituation som förelåg. Åtgärderna kan visserligen, som antecknats i protokollet från den muntliga förberedelsen i målet, sägas ha lett till vissa fördelar för SAS i form av att bolaget fick en mer heterogen åldersstruktur bland de anställda. Detta var dock inte något som låg till grund för överenskommelsen och arbetsgivarens åtgärder och har ingen relevans för bedömningen.

Jämkning

För det fall Arbetsdomstolen finner att SAS är skyldigt att utge diskrimineringsersättning eller är skadeståndsskyldigt föreligger skäl för jämkning. SAS har, bl.a. mot bakgrund av tidigare domstolsavgöranden, varken insett eller bort inse att avtalsturlistan medförde diskriminering. Förutom den tidigare nämnda domen från Attunda tingsrätt har även norsk domstol, Borgartings lagmannsrett, i en dom den 17 augusti 2010 funnit att där aktuell turordningsöverenskommelse avseende piloter inte utgjorde någon otillåten åldersdiskriminering. Vidare måste överträdelserna, med hänsyn till omständigheterna, betraktas som lindriga.

Frågan om förhandsavgörande

Det finns inte skäl att begära förhandsavgörande från EU-domstolen. Svaren på de i målet aktuella frågorna framgår av svensk lagstiftning och praxis samt av tillämpliga EU-rättsliga bestämmelser och av EU-domstolens praxis.

Sammanfattning av grunderna för bestridandet

De uppsagda arbetstagarna har inte missgynnats i en jämförbar situation med övrig kabinpersonal. Den övriga kabinpersonalen hade inte sin försörjning tryggad genom full tjänstepension.

Det har inte heller förelegat något orsakssamband mellan de påstådda missgynnandena och de uppsagda arbetstagarnas ålder. Uppsägningarna grundade på avtalsturlistan har berott på arbetsbrist. Urvalet av vilka som skulle sägas upp och därmed vilka som skulle undantas från företrädesrätt till återanställning baserade sig inte på de kabinanställdas ålder utan på att de var pensionsberättigade. Det har alltså inte varit fråga om någon direkt diskriminering.

Om tillämpningen av kriteriet pensionsberättigade kan anses ha utgjort ett indirekt missgynnande har det ändå inte varit fråga om någon indirekt diskriminering, eftersom tillämpningen av kriteriet har haft ett berättigat syfte och de medel som använts har varit lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. I vart fall har åtgärderna utgjort befogade särbehandlingar i enlighet med undantagsregleringen i 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen. Åtgärderna syftade till och åstadkom tryggad försörjning för kabinkollektivet som helhet och ökade möjligheterna till tryggad försörjning även för kabinanställda som hade sagts upp år 2009.

Uppsägningarna grundade på avtalsturlistan samt överenskommelsen om att de uppsagda arbetstagarna inte ska omfattas av företrädesrätt till återanställning har således varit förenliga med diskrimineringslagen och god sed på svensk arbetsmarknad. Därmed har även saklig grund för uppsägning på grund av arbetsbrist förelegat. Någon grund för ogiltigförklaring av uppsägningarna eller avtalsturlistan föreligger därmed inte och inte heller föreligger någon skyldighet att utge diskrimineringsersättning eller skadestånd. I sista hand görs det gällande att det föreligger skäl för jämkning.

Domskäl

Bakgrund

I maj 2010 sade SAS upp 49 kabinanställda på grund av arbetsbrist. Bakgrunden till uppsägningarna var följande.

I mars och april 2010 fördes lokala förhandlingar mellan SAS och Unionens lokala organisation för de kabinanställda hos SAS, SCCA, med anledning av övertalighet bland de kabinanställda som motsvarade 80 heltidstjänster. En överenskommelse om hur övertaligheten skulle hanteras träffades med följande innehåll. För det första erbjöds kabinanställda, motsvarande 40 heltidstjänster, möjlighet att avsluta sina anställningar genom förtidspension enligt det mellan parterna gällande kollektivavtalet. Detta erbjudande avsåg anställda mellan 55 och 60 år. Parterna kunde, efter att erbjudanden lämnats, konstatera att det fanns tillräckligt intresse för pensionserbjudandet bland dessa anställda. SAS och SCCA kom därefter, vid ett förhandlingstillfälle den 13 april 2010, överens om att den resterande övertaligheten skulle hanteras genom uppsägningar av de arbetstagare som var "pensionsberättigade". Av förhandlingsprotokollet framgår bl.a. följande.

Avtalsturlista

För resterande övertalighet träffas härmed avtal mellan SAS och SCCA om bilagd (bilaga 1) avtalsturlista. Denna omfattar 40 FTE där samtliga är pensionsberättigade. Parterna har valt denna väg då dessa individer redan har sin försörjning tryggad. Uppsägningar kommer att verkställas senast per den 30 april. Parterna är överens om att dessa inte har rätt till återanställning.

Avtalsturlistan, bilaga 1 till protokollet, omfattar 49 arbetstagare, motsvarande 40 heltidstjänster. De 49 arbetstagarna hade samtliga fyllt 60 år eller skulle fylla 60 år senast den 30 juni 2010. De har därmed, när anställningarna upphör, rätt till full tjänstepension enligt det mellan parterna gällande kollektivavtalet och reglerna om tjänstepension. Pensionsåldern enligt pensionsöverenskommelsen uppnås nämligen vid utgången av den månad under vilken den anställda fyller 60 år och ålderspension utgår från och med följande månad.

Som framgår av den ovan återgivna texten från förhandlingsprotokollet träffade SAS och SCCA även en överenskommelse om att de arbetstagare som skulle sägas upp inte skulle ha "rätt till återanställning". I samband med uppsägningarna informerade SAS de uppsagda arbetstagarna om detta. I målet synes ostridigt att avtalet i denna del avsett att avtala bort de uppsagda arbetstagarnas företrädesrätt till återanställning.

Tvisten

DO för talan för 25 av de kabinanställda som omfattas av avtalsturlistan och som sades upp av SAS i enlighet med avtalsturlistan. De 25 arbetstagarna är födda under perioden den 17 september 1946–9 juni 1950. Vid uppsägnings-tidpunkten i maj 2010 var de alltså mellan 59 och 63 år fyllda.

Tvisten rör huvudsakligen två frågor. Den ena frågan avser om åtgärden att säga upp de 25 kabinanställda, i enlighet med den överenskomna avtalsturlistan, innebär att arbetstagarna utsatts för åldersdiskriminering i strid mot diskrimineringslagen och om uppsägningarna varit sakligt grundade enligt anställningsskyddslagen. Den andra frågan avser om de 25 arbetstagarna utsatts för åldersdiskriminering i strid mot diskrimineringslagen genom att de även undantagits från företrädesrätt till återanställning.

Utredningen m.m.

Arbetsdomstolen har hållit huvudförhandling. Vid denna har på DO:s begäran hållits förhör under sanningsförsäkran med arbetstagarna S.L., R.E. och E.H. På arbetsgivarparternas begäran har hållits förhör under sanningsförsäkran med ekonomidirektören vid SAS M.L. och vittnesförhör med den tidigare personalchefen vid SAS T.P. och den tidigare chefen för kabinpersonalen vid SAS L.W.N. samt med f.d. ordföranden i SCCA P.A.G. Parterna har åberopat skriftlig bevisning.

När det gäller frågan om arbetstagarna utsatts för otillåten åldersdiskriminering föreligger flera tvistefrågor. En första fråga är om arbetstagarna missgynnats och därefter om i så fall missgynnandet inneburit direkt alternativt indirekt diskriminering. Om SAS åtgärder inneburit diskriminering är det tvistigt om det varit fråga om en tillåten särbehandling på grund av ålder enligt undantagsregleringen i diskrimineringslagen. Arbetsdomstolen behandlar dessa frågor under särskilda rubriker, men börjar med en kort redogörelse av viss rättslig reglering som är av intresse för bedömningen.

Något om den rättsliga regleringen dels mot åldersdiskriminering, dels i anställningsskyddslagen

Diskrimineringslagen

Den 1 januari 2009 trädde diskrimineringslagen (2008:567) i kraft. Genom lagen infördes förbud mot åldersdiskriminering, bl.a. på arbetslivets område. I 1 kap. 4 § anges vad som avses med diskriminering enligt lagen. Där definieras bl.a. direkt och indirekt diskriminering.

I 2 kap. 1 § första stycket 1 uppställs ett förbud mot att en arbetsgivare diskriminerar bl.a. den som är arbetstagare hos arbetsgivaren. Enligt 2 kap. 2 § 4 hindrar inte det diskrimineringsförbudet särbehandling på grund av ålder, om den har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Den sistnämnda bestämmelsen avser att genomföra artikel 6.1 arbetslivsdirektivet i svensk rätt, se nedan.

I 5 kap. 1 § första stycket anges bl.a. att den som bryter mot förbuden mot diskriminering ska betala diskrimineringsersättning för den kränkning som överträdelsen innebär och att när ersättningen bestäms ska särskilt syftet att motverka sådana överträdelser av lagen beaktas. I tredje stycket anges att om det finns särskilda skäl kan ersättningen sättas ned helt eller delvis.

I 5 kap. 3 § finns en ogiltighetsregel. Av första stycket framgår att om någon diskrimineras genom en bestämmelse i ett individuellt avtal eller i ett kollektivavtal på ett sätt som är förbjudet enligt lagen, ska bestämmelsen jämkas eller förklaras ogiltig om den som diskriminerats begär det. Vidare anges att om bestämmelsen har sådan betydelse för avtalet att det inte skäligen kan krävas att detta i övrigt ska gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet förklaras ogiltigt. Av andra stycket följer att om någon diskrimineras genom uppsägning av ett avtal eller genom en annan sådan rättshandling, ska rättshandlingen förklaras ogiltig om den som diskriminerats begär det.

Såvitt avser prövningen av om diskriminering har ägt rum finns en särskild bevisbörderegler i 6 kap. 3 § diskrimineringslagen. Enligt denna åligger det den som anser sig ha blivit diskriminerad att visa omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering har förekommit. I sådant fall går bevisbördan över på svaranden, som för att undgå ansvar måste visa att diskriminering inte har förekommit.

Arbetslivsdirektivet

Diskrimineringslagen utgör delvis ett genomförande av Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling (arbetslivsdirektivet).

Direktivet inleds med ett antal beaktandesatser och 37 s.k. skäl bakom direktivet. Skälen är av betydelse vid tolkningen av direktivets innebörd. Av betydelse för frågorna som är aktuella i målet kan följande skäl nämnas. Inledningsvis erinras bl.a. om att i den Europeiska gemenskapens stadga om grundläggande sociala rättigheter för arbetstagare erkänns betydelsen av att bekämpa alla former av diskriminering, däribland behovet av att vidta lämpliga åtgärder för social och ekonomisk integration av äldre och personer med funktionshinder. Vidare erinras om sysselsättningsriktlinjerna för år 2000 och att det i dessa understryks att särskild vikt ska fästas vid stöd till äldre arbetstagare så att de i högre grad ska kunna delta i arbetslivet. I en beaktandesats fastslås att direktivet inte påverkar de nationella bestämmelserna om pensionsålder. Avseende tillåten särbehandling på grund av ålder anges följande i skäl 25. Förbudet mot åldersdiskriminering är en viktig faktor för att uppnå de mål som fastställs genom riktlinjerna för sysselsättning och för att uppmuntra mångfald inom sysselsättningen. Särbehandling på grund av ålder kan dock motiveras under vissa förhållanden och kräver alltså särskilda bestämmelser som kan variera efter förhållandena i medlemsstaterna. Det är följaktligen mycket viktigt att göra en skillnad mellan berättigad särbehandling, särskilt sådan som motiveras av de legitima målen för sysselsättningspolitiken, arbetsmarknaden och yrkesutbildningen och den diskriminering som bör vara förbjuden.

Direktivet innehåller vidare ett antal artiklar. I artikel 2.1 återfinns diskrimineringsförbudet och i artikel 2.2 definitionerna av bl.a. direkt och indirekt diskriminering.

I artikel 3 anges tillämpningsområdet. Av punkten 1c) framgår att direktivet är tillämpligt på anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner. Med begreppet avskedande ska förstås även uppsägning (se t.ex. översättarens anmärkning till punkt 6 i den svenska versionen av EU-domstolens dom i mål C-411/05, *Palacios de la Villa*). EU-domstolen har bl.a. i avgörandet i mål C-388/07 (*Age Concern England*) anfört att regler som anger under vilka förutsättningar som en arbetsgivare får avvika från principen om förbud mot åldersdiskriminering och säga upp en arbetstagare av det skälet att denne har uppnått pensionsåldern har en direkt inverkan på längden på det anställningsförhållande som binder parterna och mer allmänt på den berörda arbetstagarens yrkesutövning och därmed omfattas av direktivet. EU-domstolen fastslår alltså att uppsägning på grund av att arbetstagaren uppnått pensionsåldern omfattas av direktivets tillämpningsområde.

I artikel 6.1 finns regleringen om befogad särbehandling på grund av ålder. Där anges följande.

Artikel 6

1. Utan hinder av artikel 2.2 får medlemsstaterna föreskriva att särbehandling på grund av ålder inte skall utgöra diskriminering om särbehandlingen på ett objektivt 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.

EU-domstolens praxis

Det finns ett antal avgöranden från EU-domstolen som rör åldersdiskriminering. Av intresse för målet är bl.a. EU-domstolens domar i mål C-411/05 (Palacios de la Villa), mål C-388/07 (Age Concern England), mål C-499/08 (Andersen) och mål C-45/09 (Rosenbladt). Arbetsdomstolen återkommer till dessa avgöranden.

Anställningsskyddslagen

Enligt 7 § anställningsskyddslagen ska en uppsägning från arbetsgivarens sida vara sakligt grundad. Arbetsbrist utgör normalt saklig grund för uppsägning. Vid sådan uppsägning ska arbetsgivaren tillämpa turordningsreglerna i 22 §.

Det är, enligt 2 § tredje stycket, möjligt att träffa kollektivavtal om avsteg från turordningsregleringen i 22 §, s.k. avtalsturlistor. En arbetsgivare som är bunden av ett kollektivavtal om en avtalsturlista får, enligt 2 § sista stycket, tillämpa avtalet även på arbetstagare som inte är medlemmar av den avtalslutande organisationen men sysselsätts i arbete som avses med avtalet.

Det föreligger emellertid inte någon fullständig avtalsfrihet såvitt avser möjligheten att träffa avvikande turordningslistor. En avtalsturlista får inte vara diskriminerande. En avtalad turordning saknar verkan, om den strider mot god sed på arbetsmarknaden eller eljest är otillbörlig, se AD 1983 nr 107. Det avgörandet behandlade en turordningslista som hade upprättats under hänsynstagande till arbetstagarnas språkkunskaper. Arbetsdomstolen fann inte utrett att ett sådant hänsynstagande var sakligt motiverat och fann därför att turordningsöverenskommelsen innebar diskriminering av den enbart finsktalande personalen och att den därmed var i strid mot god sed på arbetsmarknaden. Arbetsdomstolen jämkade turordningslistan och fann att 13 av de 19 uppsägningarna inte varit sakligt grundade.

Om en arbetstagare sägs upp utan saklig grund, ska uppsägningen, enligt 34 §, förklaras ogiltig på yrkande av arbetstagaren. Detta gäller dock inte, om uppsägningen angrips endast därför att den strider mot turordningsregler. Enligt 38 § är en arbetsgivare, som bryter mot lagen, bl.a. skadeståndsskyldig.

En arbetstagare som har sagts upp på grund av arbetsbrist har, enligt 25 §, företrädesrätt till återanställning i den verksamhet där han eller hon tidigare varit sysselsatt. Företrädesrätten gäller under en niomånadersperiod. Även här är det, enligt 2 §, tillåtet att genom kollektivavtal träffa avtal om avvikelser från regleringen. Även i detta fall får en arbetsgivare tillämpa avtalet på arbetstagare som inte är medlemmar av den avtalsslutande organisationen men sysselsätts i arbete som avses med avtalet. Inte heller ett sådant avtal får vara diskriminerande.

Anställningsskyddslagen innehåller ingen reglering om skyldighet att avsluta anställningen på grund av att arbetstagaren har rätt till pension eller lyfter pension. Däremot finns en reglering i 32 a § om rätt att kvarstå i anställningen till 67 års ålder och en reglering i 33 § om att arbetsgivaren genom ett förenklat förfarande kan avsluta arbetstagarens anställning vid denna tidpunkt. Rätten att kvarstå i anställning till 67 års ålder gäller om annat inte följer av anställningsskyddslagen, t.ex. att det föreligger saklig grund för uppsägning. Regleringen är tvingande enligt 2 §. Det är alltså inte tillåtet att avtala, vare sig i enskilt avtal eller i kollektivavtal, om avgångsskyldighet – skyldighet att lämna anställningen vid viss angiven ålder – före 67 års ålder. Däremot hindrar bestämmelsen inte att avtal träffas om ålder för när arbetstagaren har rätt att lämna anställningen med pension. Vid införandet, år 2001, av den s.k. 67-årsregeln infördes en övergångsbestämmelse om att de kollektivavtal som hade en reglering som innebar en avgångsskyldighet före 67 års ålder skulle sakna verkan i den delen, efter i vart fall utgången av år 2002. Från och med år 2003 är alltså alla bestämmelser i kollektivavtal om avgångsskyldighet före 67 års ålder ogiltiga.

Före införandet av 67-årsregeln i 32 a § anställningsskyddslagen följde av 33 § samma lag att om en arbetsgivare ville att en arbetstagare skulle lämna sin anställning när arbetstagaren uppnådde den ålder som medförde skyldighet att avgå med ålderspension så kunde arbetsgivaren använda det ovan nämnda förenklade förfarandet. Om det inte fanns någon avtalad avgångsskyldighet kunde detta förenklade förfarande för att avsluta anställningen användas när arbetstagaren fyllde 67 år. Regler om avgångsskyldighet fanns för de flesta arbetstagare i kollektivavtal och i förordning och den vanligaste åldern för avgångsskyldighet var 65 år. Det var för att möjliggöra för dem som ville fortsätta sitt arbete till 67 års ålder, men som omfattades av en genom avtal eller på annat sätt reglerad avgångsskyldighet vid 65 års ålder eller tidigare, som rätten att kvarstanna i arbetet till 67 års ålder infördes.

I förarbetena (prop. 2000/01:78) framgår att syftet med den s.k. 67-årsregeln är att ge arbetstagare reella möjligheter att fortsätta med förvärvsarbete längre upp i åren än vad det då rådande systemet tillät. Bakgrunden var de

ändringar som genomförts i det allmänna pensionssystemet som innebär att livsinkomsten ligger till grund för pensionen och att det inte finns någon övre åldersgräns för intjänande av pension. En försäkrad kan efter fyllda 61 år själv välja när han eller hon vill gå i pension. I förarbetena (a. prop. s. 25 f.) anfördes bl.a. följande. Ett bakomliggande syfte med denna princip är att stimulera till arbete och att det under betydligt längre tid än tidigare ska vara möjligt att påverka sin pension. Även efter 65 år och även sedan pensionen har börjat lyftas ska det vara möjligt att genom arbete förbättra sin pension. En viktig förutsättning är då att minska arbetshindren så att denna möjlighet blir reell för en större grupp. För att öka människors möjligheter att förbättra sin pension är det därför väsentligt att åldern för avgångsskyldighet höjs. Därutöver anfördes i förarbetena som ytterligare skäl för en höjning av åldern för avgångsskyldighet att medellivslängden i Sverige har ökat kontinuerligt under åtskilliga decennier samt den demografiska utvecklingen. Avseende övergångsbestämmelsen anfördes i propositionen (a. prop. s. 32) följande. Det är nu fråga om att införa en tvingande bestämmelse om förstärkt anställningsskydd. I ett sådant fall måste syftet med bestämmelsen, dvs. ett ökat anställningsskydd för att ge arbetstagare en faktisk möjlighet att förbättra pensionen, ha betydelse för avgörandet av om det är rimligt att den tvingande lagstiftningen får genomslag innan de gamla kollektivavtalen löpt ut. Det är angeläget med ett tämligen snabbt genomslag för den föreslagna regleringen. Från och med ingången av år 2003 kommer nämligen frågan om möjlighet att arbeta till 67 års ålder att ha direkt betydelse för dem som omfattas av det nya pensionssystemet.

Arbetsdomstolen övergår här efter till att behandla frågan om de 25 arbetstagarna utsatts för åldersdiskriminering i strid mot diskrimineringslagen.

Har arbetstagarna missgynnats?

En första förutsättning för att det ska vara fråga om diskriminering är att någon utsatts för ett missgynnande, dvs. utsatts för en förlust eller ett obehag av något slag. För att det ska vara fråga om ett missgynnande är det tillräckligt att det har varit fråga om en oförmånlig behandling som har medfört någon nackdel för den enskilde (se prop. 2007/08:95 s. 486 f.).

De 25 arbetstagarna har sagts upp. Att förlora sin anställning är uppenbart till nackdel för arbetstagarna, oavsett vilken orsak som legat bakom SAS agerande. Uppsägningarna innebär således att arbetstagarna har missgynnats i diskrimineringslagens mening.

Därutöver har SAS och SCCA träffat en överenskommelse, ett kollektivavtal, om att de uppsagda arbetstagarna "inte har rätt till återanställning". Som redan anförts får det anses ostridigt att med detta avses att avtalsparterna avtalat om avsteg från regleringen i 25 § anställningsskyddslagen om att de uppsagda arbetstagarna inte ska ha företrädesrätt till återanställning. DO har emellertid inte gjort gällande att SAS tillämpat överenskommelsen i denna del och att någon av de 25 arbetstagarna gått miste om någon möjlighet till återanställning. Det kan därför ifrågasättas om arbetstagarna genom själva avtalstecknandet missgynnats i lagens mening på så sätt att det

därav följer skyldighet att utge diskrimineringsersättning. Arbetsdomstolen återkommer senare, i ett särskilt avsnitt, till bedömningen såvitt avser avtalet om undantag från företrädesrätt till återanställning och fortsätter prövningen såvitt avser uppsägningarna och huruvida dessa varit i strid mot diskrimineringslagen.

Har uppsägningarna inneburit direkt diskriminering?

DO har gjort gällande att arbetstagarna, genom avtalsturlistan och de med anledning därav vidtagna uppsägningarna, har utsatts för direkt diskriminering medan arbetsgivarparterna hävdar att om någon särbehandling förekommit har det i första hand varit fråga om tillåten indirekt diskriminering.

Direkt åldersdiskriminering föreligger, när någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med ålder. Direkt diskriminering avser således situationer där det finns ett rakt orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden.

Indirekt åldersdiskriminering föreligger när någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med viss ålder, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

Det urvalskriterium som SAS och SCCA kom överens om att använda för att bestämma vilka av de kabinanställda som skulle sägas upp var kriteriet pensionsberättigade. Av begreppet i sig framgår inte att det var arbetstagare med viss ålder som skulle sägas upp. Av den mellan parterna gällande pensionsöverenskommelsen framgår dock att pensionsberättigad är den arbetstagare som fyllt 60 år. Detta innebär att begreppet pensionsberättigade omfattar enbart dem som fyllt 60 år. Kriteriet missgynnar alltså inte särskilt denna grupp bland de kabinanställda utan endast denna grupp.

I EU-domstolens mål C-499/08 (Andersen) prövades danska lagregler om rätt till avgångsvederlag vid en anställnings upphörande som innebar att en tjänsteman inte hade rätt till avgångsvederlag om denne vid anställningens upphörande hade möjlighet att uppbära ålderspension från en pensionsförsäkring, till vilken arbetsgivaren hade gjort inbetalningar. Rätten till ålderspension var villkorad av att en viss minimiålder uppnåtts, vilken i tillämpligt kollektivavtal fastställdes till 60 år. Bestämmelsen, att vissa arbetstagare inte har rätt till avgångsvederlag enbart på grund av att de vid den tidpunkt då de sägs upp har möjlighet att uppbära ålderspension från arbetsgivaren, baserades enligt EU-domstolen på ett kriterium som är oupplösligt förenat med arbetstagarens ålder. Härav följde enligt EU-domstolen att den danska lagstiftningen innebar direkt diskriminering.

Arbetsgivarparterna har invänt att uppsägningarna inte inträtt med automatik när de anställda uppnått 60 års ålder och att vissa av arbetstagarna var 59 år medan andra var flera år äldre när uppsägningarna vidtogs. Enligt Arbetsdomstolens mening skiljer sig dock omständigheterna i detta mål inte på något avgörande sätt från omständigheterna i Andersen-målet. Arbetstagaren, Ole Andersen, var 63 år när han sades upp. Han avsåg inte att ta ut sin pension utan anmälde sig som arbetslös. Han erhöll inget avgångsvederlag på den grunden att han kunde erhålla ålderspension. Pensionen var tillgänglig från 60 års ålder, dvs. på samma sätt som enligt i detta mål aktuell pensionsöverenskommelse.

Arbetsgivarparterna har dock gjort gällande att de 25 arbetstagarna inte kan anses ha varit i en jämförbar situation, i jämförelse med de kabinanställda som inte omfattades av avtalsturlistan. Skälet härtill är, enligt arbetsgivarparterna, att de andra kabinanställda inte hade sin försörjning tryggad. För Arbetsdomstolen framstår det som uppenbart att de 25 arbetstagarna varit i en jämförbar situation med de kabinanställda som inte blev uppsagda. Parterna är överens om att det förelåg en arbetsbristsituation samt att SAS och SCCA var överens om att den inte kunde lösas utan uppsägningar. Den fråga som SAS stod inför var att avgöra vilka av de kabinanställda som skulle sägas upp. SAS hade att välja mellan att tillämpa lagens turordningsregler eller att, om möjligt, träffa en avtalsturlista. I den situationen var de som kom att sägas upp i en jämförbar situation med dem som inte sades upp. Att det urvalskriterium som valdes – att arbetstagarna var pensionsberättigade – skiljer grupperna åt kan enligt Arbetsdomstolens mening inte anses innebära att det inte förelåg en jämförbar situation.

Arbetsdomstolen gör mot denna bakgrund följande bedömning. Arbetstagarna sades upp på grund av arbetsbrist i enlighet med den mellan SAS och SCCA träffade avtalsturlistan. Avtalsturlistan, som alltså angav vilka arbetstagare som skulle sägas upp, omfattade kabinanställda som var eller senast den 30 juni 2010 skulle bli pensionsberättigade. Arbetstagarna valdes ut för uppsägning på den grunden att de till skillnad från de övriga arbetstagarna var pensionsberättigade. Pensionsberättigad är enbart den som fyllt 60 år. Kriteriet pensionsberättigade får därmed anses oupplösligt förenat med arbetstagarnas ålder. Det står därmed klart att det förelegat ett direkt orsaks samband mellan uppsägningarna – beslutet om vilka som skulle sägas upp – och de 25 arbetstagarnas ålder. De 25 arbetstagarna har alltså utsatts för direkt åldersdiskriminering när SAS valde att säga upp dessa arbetstagare på grund av arbetsbrist.

Någon prövning av om uppsägningarna utgjort indirekt diskriminering är därmed inte aktuell.

Arbetstagarna har alltså, när de sagts upp, utsatts för direkt åldersdiskriminering. Sådan särbehandling kan dock vara tillåten, enligt 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen, om särbehandlingen haft ett berättigat syfte och de medel som använts varit lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

Innan Arbetsdomstolen behandlar frågan om undantagets tillämplighet och om uppsägningarna utgjort tillåtna särbehandlingar lämnas en kort redogörelse för bl.a. vad som anförts i förarbetena om regeln i fråga och därefter en sammanfattning av parternas ståndpunkter i frågan.

Undantaget från förbudet mot åldersdiskriminering

Undantaget från förbudet mot åldersdiskriminering på arbetslivets område återfinns, som redan nämnts, i artikel 6.1 arbetslivsdirektivet. Av direktivet följer att särbehandling på grund av ålder kan vara tillåten om den på ett objektivt 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 den uppräkningslista som därefter följer i direktivet, som inte är uttömmande, anges att det kan vara fråga om särskilda villkor för avskedande och löner. Även här utgår Arbetsdomstolen från att med avskedande avses även uppsägning.

I direktivets skäl 25 anges bl.a. att särbehandling på grund av ålder kan motiveras under vissa förhållanden och att det krävs särskilda bestämmelser som kan variera efter förhållandena i medlemsstaterna samt att det är 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.

Som nämnts har artikel 6.1. arbetslivsdirektivet genomförts genom 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen. I förarbetena till bestämmelsen (prop. 2007/08:95, s. 179 f.) anges att det inte är nödvändigt eller lämpligt att närmare precisera de syften som kan anses berättigade. Därefter anförts bl.a. följande.

Utgångspunkten är emellertid att de syften som identifieras ska vara värda att skydda i sig och vara tillräckligt viktiga för att motivera att de ges företräde framför principen om icke-diskriminering. Dessutom måste åtgärden (t.ex. användande av en åldersgräns) vara lämplig för att uppnå det eftersträfvade syftet. Frågan måste ställas om den aktuella åtgärden ger önskat resultat. Vidare måste åtgärden vara nödvändig för att uppnå syftet. Om det finns andra, mindre ingripande handlingsalternativ för att uppnå ett i sig godtagbart syfte, eller om särbehandling på grund av ålder till och med skulle kunna undvikas, utgör handlandet i princip diskriminering i strid med lagen. Dessa utgångspunkter är desamma som gäller för intresseavvägningen i fråga om indirekt diskriminering (jfr t.ex. prop. 2002/03:65 s. 95).

I propositionen (a. prop. s. 181) anges exempel på syften som bör anses vara berättigade. Där anges bl.a. följande.

Ett tredje exempel är det inte ovanliga förfarandet att en arbetsgivare t.ex. i samband med turordningsförhandlingar eller neddragning av verksamhet erbjuder äldre arbetstagare ålderspension eller liknande ersättning. På detta sätt kan yngre arbetstagare ha kvar sina anställningar medan de äldre mot

ersättning lämnar verksamheten. Sådana särbestämmelser eller förfaranden får sägas ha ett legitimt syfte.

Om reglering i kollektivavtal anförs i propositionen (a. prop. s. 183) följande.

Den nya lagen föreslås vara tvingande. Detta innebär bl.a. att det inte ska vara möjligt att avtala bort lagens bestämmelser. Kollektivavtalen har stor betydelse för regleringen på svensk arbetsmarknad. Avtalen är jämte lagstiftning det dominerade instrumentet för att reglera förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare och uttrycker den viktiga och självständiga roll som organisationerna på arbetsmarknaden sedan länge spelar i Sverige. Parterna på arbetsmarknaden är dock liksom övriga avtalsparter skyldiga att hålla sig inom de ramar som den nya diskrimineringslagen uppställer. Vissa remissinstanser har föreslagit att en presumtion bör gälla om att kollektivavtalad särreglering på grund av ålder motsvarar undantagsmöjligheternas krav. Regeringen bedömer att ett sådant carte blanche knappast är förenligt med EG-direktivet och inte heller är ägnat att stärka parternas arbete med att bl.a. genom avtalen motverka diskriminering. Påpekas kan dock att EG-domstolen har angivit att arbetsmarknadens parter åtnjuter ett stort handlingsutrymme när det gäller formuleringen av social- och arbetsmarknadspolitiska mål och val av medel för att uppnå dem (EU-domstolens mål C-411/05, Palacios de la Villa, punkt 68). Samtidigt understryker domstolen vikten av att åtgärderna ska vara lämpliga och nödvändiga för att uppnå det eftersträlvade syftet.

Sammanfattning av parternas ståndpunkter i frågan om undantagsregleringens tillämplighet

Arbetsgivarparterna har gjort gällande att överenskommelsen om avsteg från anställningsskyddslagens turordningsregler och uppsägningarna i enlighet med avtalsturlistan haft ett berättigat syfte. De har anfört att det förelåg arbetsbrist och att det var nödvändigt att säga upp kabinanställda samt att SAS – tillsammans med SCCA – vid valet av vilka som skulle sägas upp tog sociala hänsyn genom att säga upp de personer som redan hade sin försörjning tryggad. Det berättigade syftet var alltså, enligt arbetsgivarparterna, att trygga försörjningen för så många som möjligt bland de kabinanställda hos SAS. De har anfört att uppsägningarna, i enlighet med avtalsturlistan, innebar att den anställda kabinpersonalen som helhet fick sin försörjning tryggad eftersom de som var pensionsberättigade hade rätt till full tjänstepension och den övriga personalen fick behålla sina arbeten och slapp gå ut i arbetslöshet. Det nu angivna syftet var det enda syftet som låg bakom parternas överenskommelse och SAS åtgärder, enligt arbetsgivarparterna.

DO har i första hand hävdade att arbetslivsdirektivet inte ger möjlighet för lokala parter, som i det här fallet SAS och SCCA, att själva bestämma de socialpolitiska syften som kan motivera en särbehandling på grund av ålder, utan att detta måste ske av lagstiftaren inom ramen för den nationella rätten. DO har anfört att det syfte som arbetsgivarparterna åberopat inte är ett sådant berättigat syfte som tillåter särbehandling enligt svensk rätt eftersom detta syfte inte går att utläsa ens av förarbetena. DO menar att syftet inte kan anses som ett berättigat sådant i vare sig lagens eller direktivets mening. DO har

därutöver gjort gällande att syftet med åtgärderna, uppsägningarna och undantaget från företrädesrätt till återanställning, även var att åstadkomma en mer heterogen ålderssammansättning bland de kabinanställda. DO har anfört att inte heller dessa skäl utgör berättigade syften och dessutom visar att båda åtgärderna, uppsägningarna och undantaget från företrädesrätt till återanställning, vidtagits på grund av arbetstagarnas ålder.

Arbetsgivarparterna har mot DO:s påstående att SAS och SCCA inte kunnat på egen hand, utan stöd i nationell lag eller förarbeten, bestämma ett berättigat syfte invänt sammanfattningsvis följande. EU-domstolen har tillerkänt arbetsmarknadens parter, på både central och lokal nivå, ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar i valet av medel för att uppnå de mål som lagstiftaren fastslagit. Den lokala överenskommelsen i fråga har dessutom tillkommit efter bemyndigande från lagstiftaren i anställningsskyddslagen och från de centrala kollektivavtalsparterna i det mellan parterna gällande kollektivavtalet och Unionen har på förbunds nivå gett överenskommelsen sitt stöd. Därutöver har lagstiftaren genom uttalanden i förarbetena till diskrimineringslagen fastslagit att det syfte som legat bakom båda åtgärderna är ett sådant berättigat mål som omfattas av undantagsregleringen.

Arbetsgivarparterna har slutligen gjort gällande att uppsägningarna av de pensionsberättigade var en lämplig och nödvändig åtgärd att vidta för att nå syftet i den arbetsbristsituation som förelåg. De har anfört följande. Några mindre ingripande åtgärder fanns inte att tillgå. Åtgärden var den minst ingripande för kabinkollektivet som helhet. Alternativet var att säga upp 125 anställda enligt anställningsskyddslagens turordningsregler. Syftet att samtliga kabinanställda skulle ha sin försörjning tryggad genom antingen pension eller lön hade inte kunnat tillgodoses på något annat sätt. De som sades upp hindras inte heller genom uppsägningarna att fortsätta att vara yrkesverksamma.

DO har mot detta anfört sammanfattningsvis följande. SAS undersökte inte ens möjligheten att erbjuda frivilliga pensionsavgångar till dem som var pensionsberättigade. En förhandlingslösning om frivillig avgång även avseende den gruppen hade kunnat vara möjlig och hade i så fall kunnat innebära att de som sades upp hade sluppit att lämna sina anställningar på sämre villkor än för dem som gick frivilligt. Arbetsgivarparternas påstående att de yngre arbetstagarna har en tyngre försörjningsbörda än de pensionsberättigade kan ifrågasättas och utreddes aldrig av SAS med individerna i fråga. SAS beaktade inte heller att det i allmänhet är svårare att få ett nytt arbete och att omskola sig för den som är äldre. Statistik visar att de yngre personer som SAS valde att skydda genom uppsägningarna av de äldre, har bättre möjligheter att få nytt arbete än de arbetstagare som sades upp. De uppsagda arbetstagarna kommer också att drabbas ekonomiskt dels på grund av lönebortfallet i sig, dels eftersom de går miste om möjligheten att tjäna in ytterligare allmän pension. Det sistnämnda får anses vara i strid mot syftet med rätten att få arbeta kvar till 67 års ålder.

Frågan om regleringen av tillåten särbehandling och berättigade mål i den nationella rätten

Av EU-domstolens praxis framgår bl.a. följande om införlivande av artikel 6.1 i nationell rätt.

Avgörandet i mål C-411/05 (Palacios de la Villa) avsåg frågeställningen om tillåtligheten av klausuler om obligatorisk pensionering i ett kollektivavtal, som i sin tur grundade sig på lagstiftning. Av klausulerna framgick att arbetstagaren skulle dels ha uppnått åldersgränsen för pensionering, som fastställts till 65 år i den nationella lagstiftningen, dels uppfylla övriga villkor för rätt till avgiftsbaserad pension. Av kollektivavtalet framgick inget uttryckligt syfte med regleringen. EU-domstolen anförde att en sådan avsaknad i regleringen inte automatiskt innebär att den inte kan anses vara motive-rad med stöd av artikel 6.1 arbetslivsdirektivet. Domstolen anförde vidare att i avsaknad av en sådan precisering är det dock viktigt att en domstol har möjlighet att utifrån det sammanhang i vilket åtgärden har vidtagits ta hjälp av andra uppgifter för att fastställa syftet bakom åtgärden så att den kan bedöma huruvida åtgärden är berättigad och huruvida sätten för att genomföra detta syfte var lämpliga och nödvändiga. Vidare uttalades följande. Såväl medlemsstaterna som, i förekommande fall, arbetsmarknadens parter på nationell nivå har, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller inte bara valet av vilka social- och arbetsmarknadspolitiska mål som ska uppnås, utan även valet av medel för att genomföra dessa mål.

I avgörandet i mål C 388-07 (Age Concern England) behandlar EU-domstolen bl.a. frågan om form och tillvägagångssätt för genomförandet av direktiv i den nationella rättsordningen och uttalar att, i enlighet med de principer som gäller, kan artikel 6.1 inte tolkas på så sätt att den medför en skyldighet för medlemsstaterna att i de bestämmelser varigenom direktivet införlivas med nationell rätt införa en särskild förteckning över sådana former av särbehandling som kan motiveras av ett berättigat mål. EU-domstolen anför därutöver följande. De mål som kan anses vara berättigade är socialpolitiska mål, som rör till exempel sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning. Dessa berättigade mål är av allmänintresse och skiljer sig därför från de rent individuella skäl som hänför sig till arbetsgivarens situation, såsom att minska kostnaderna eller att förbättra konkurrenskraften. Det kan dock inte uteslutas att en nationell regel som eftersträvar nämnda berättigade mål ger arbetsgivarna ett visst mått av flexibilitet. EU-domstolen understryker att det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna har i att välja medel för att uppnå målen för sin socialpolitik inte får leda till att genomförandet av principen om icke-diskriminering på grund av ålder undergrävs.

DO har, som redovisats, ifrågasatt möjligheten att på lokal nivå, på det sätt som skett i den lokala överenskommelsen mellan SAS och SCCA, fastslå ett berättigat mål i enlighet med artikel 6.1. Som Arbetsdomstolen uppfattar DO menar DO att detta är i strid mot direktivet.

Arbetsdomstolen finner, mot bakgrund av vad som ovan redovisats, att det väsentliga är att syftet med en särbehandling på grund av ålder kan bli föremål för rättslig prövning och att det därvid provas om "särbehandlingen på ett objektivt och rimligt sätt inom ramen för nationell rätt kan motiveras av ett berättigat mål", se direktivtexten artikel 6.1. Vid prövningen ska beaktas att berättigade mål är socialpolitiska mål, som rör t.ex. sysselsättningspolitik, arbetsmarknad och yrkesutbildning och att dessa, som EU-domstolen uttalat, ska vara av allmänintresse. Som kommer att framgå av det följande är det faktum att särbehandlingen i detta fall följer av ett lokalt kollektivavtal av underordnad betydelse för bedömningen varför det inte är nödvändigt för att avgöra målet att ta ställning till den fråga som DO här har väckt.

Har uppsägningarna utgjort tillåten särbehandling?

Arbetsdomstolen övergår härmed till att pröva om den särbehandling som uppsägningarna inneburit haft ett berättigat syfte och om de medel som använts varit lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

I överenskommelsen om avtalsturlistan anger avtalsparterna, SAS och SCCA, att de valt den aktuella lösningen, eller "vägen" som det uttrycks i protokollet, eftersom de arbetstagare som var pensionsberättigade redan hade sin försörjning tryggad. DO har, som redovisats, gjort gällande att det för SAS del även förelåg andra syften bakom att just de pensionsberättigade valdes ut. Arbetsgivarparterna har till stöd för att särbehandlingen enligt dem har varit tillåten åberopat enbart att syftet var att trygga försörjningen för hela kabinkollektivet, varför Arbetsdomstolen prövar det syftet.

Arbetsgivarparterna har till stöd för att det av dem åberopade syftet är berättigat åberopat vad som anges i förarbetena (prop. 2007/08:95 s. 181) om det fallet att en arbetsgivare i samband med t.ex. turordningsförhandlingar erbjuder äldre arbetstagare ålderspension och på det sättet möjliggör för yngre arbetstagare att ha kvar sin anställning. I motiven anges att "sådana särbestämmelser eller förfaranden får sägas ha ett legitimt syfte". Enligt Arbetsdomstolens mening framgår dock inte av propositionsuttalandet att det även ska anses legitimt eller berättigat att i en turordningssituation träffa en överenskommelse om att säga upp äldre arbetstagare på grund av att de har rätt till tjänstepension före 67 års ålder, som SAS gjort. Uttalandet får dock anses ge stöd för att det skulle kunna vara legitimt att särbehandla en viss åldersgrupp genom att, som SAS gjorde, ge erbjudanden om frivillig "förtidspension" till dem mellan 55 och 60 år. Att ett sådant erbjudande innebär särbehandling följer av att andra arbetstagare som inte tillhör åldersgruppen inte kommer i fråga för erbjudandet. Slutsatsen av det anförda är att det inte kan anses uttryckligen framgå av förarbetena att SAS agerande av lagstiftaren ansetts som legitimt.

Att det kan vara i överensstämmelse med arbetslivsdirektivet att ha en åldersgräns för när en anställning kan avslutas framgår av EU-domstolens praxis, t.ex. avgörandena i mål C-411/05 (Palacios de la Villa) och mål C-45/09 (Rosenbladt). Palacios de la Villa-målet avsåg en reglering som innebar skyldighet för arbetstagare att lämna sin anställning vid pensionsåldern

65 år. EU-domstolen fann att den regleringen hade, sedd i sitt sammanhang, till syfte att reglera den nationella arbetsmarknaden för att bland annat minska arbetslösheten och främja sysselsättningen och att det inte kunde betvivlas att ett sådant mål av allmänt intresse var berättigat. Åtgärden kunde inte heller betraktas som ”en överdriven kränkning” eftersom lagstiftningen inte enbart grundade sig på ålder utan även tog i beaktande att arbetstagarna vid utgången av sin yrkeskarriär fick ekonomisk kompensation i form av ålderspension vars nivå inte var oskäligen. Regleringen ansågs därmed förenlig med direktivet. EU-domstolen uttalade sig på liknande sätt i Rosenblad-målet enligt följande. Att ett anställningsavtal automatiskt upphör för dem som uppfyller de villkor avseende ålder och premiebetalningar som uppställs för deras rätt till pension är sedan länge ett inslag i arbetsrätten i ett flertal medlemsstater och är vanligt förekommande i anställningsförhållanden. Denna mekanism vilar på en avvägning mellan politiska, ekonomiska, sociala, demografiska och/eller budgetmässiga överväganden och är avhängig valet att förlänga arbetslivet för arbetstagarna eller tvärtom tidigare lägga pensionsåldern för dem. EU-domstolen fann att mål av det slag som åberopats av den tyska regeringen i princip ”på ett objektiva och rimligt sätt” ”inom ramen för nationell rätt” fick anses motivera en sådan särbehandling på grund av ålder.

När det gäller rätten för en arbetsgivare att, med stöd av 33 § första stycket anställningsskyddslagen, avsluta en arbetstagares anställning med hänvisning till att hon eller han fyller 67 år uttalas i förarbetena till diskrimineringslagen (a. prop. s. 183) att bestämmelsen är motiverad eftersom 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 och att åldersgränsen 67 år är väl vald. Att det kan vara i överensstämmelse med arbetslivsdirektivet att i den nationella rättsordningen ha en 67-årsgräns för anställningsskyddet hos en arbetsgivare, om det även föreligger en rätt till ålderspension, vinner stöd i bl.a. de ovan redovisade EU-domstolsavgörandena.

Som redan anförts var SAS och SCCA överens om att den övertalighet som förelåg skulle hanteras genom uppsägning av de arbetstagare som var pensionsberättigade, eftersom de hade rätt till full tjänstepension. Till skillnad mot de yngre arbetstagarna hade de tillgång till en garanterad inkomst i form av avtalad ålderspension och de yngre arbetstagarna slapp gå ut i arbetslöshet. Mot bakgrund av vad som ovan redovisats bör det av arbetsgivarparterna åberopade syftet kunna anses vara berättigat som en del av den nationella sysselsättningspolitiken, att främja tillgången till sysselsättning genom att denna tillgång fördelas bättre mellan generationerna. EU-domstolen har uttalat att sådana skäl kan utgöra sakliga motiv för en medlemsstat att föreskriva särbehandling på grund av ålder.

Som redan redovisats har dock den svenska lagstiftaren, genom regleringen i 32 a och 33 §§ anställningsskyddslagen, i lag fastställt en ålder för när en arbetsgivare får avsluta ett anställningsförhållande på grund av uppnådd ålder, nämligen 67 år. Avtalsturlistan och de vidtagna uppsägningarna synes vara i strid mot den regleringen.

Den s.k. 67-årsregeln i 32 a § anställningsskyddslagen infördes för att möjliggöra för dem som ville fortsätta i sin anställning till 67 års ålder, men som var avgångsskyldiga tidigare, oftast vid 65 års ålder men även dessförinnan. Avgångsskyldighet vid viss ålder var vanligtvis reglerad i kollektivavtal eller förordning. Syftet med lagändringen var att stimulera till arbete och ge arbetstagare reella möjligheter att påverka sin allmänna pension, att tjäna in allmän pension under betydligt längre tid än dittills varit möjligt. Bestämmelsen gjordes även tvingande. Det är därmed inte tillåtet, genom vare sig kollektivavtal eller enskilt avtal, att komma överens om skyldighet att lämna anställningen på grund av viss uppnådd ålder, före 67 års ålder. Därutöver ingrep lagstiftaren mot då gällande kollektivavtal. Bestämmelser i kollektivavtal om avgångsskyldighet före 67 års ålder förklarades utan verkan i och med utgången av år 2002. Syftet var att få ett snabbt genomslag för förändringen på hela arbetsmarknaden.

I målet är inte upplyst huruvida den pensionsålder om 60 år som finns reglerad i den aktuella pensionsöverenskommelsen för de kabinanställda ursprungligen innebar även en skyldighet att lämna anställningen vid 60 års ålder. Om så var fallet är den delen av regleringen, med tillämpning av övergångsbestämmelsen till införandet av 32 a § anställningsskyddslagen, utan verkan från och med den 1 januari 2003. Oavsett hur det därmed förhåller sig är det numera i vart fall inte möjligt för SAS och SCCA att träffa ett kollektivavtal om avgångsskyldighet vid 60 års ålder, även om rätt till tjänstepension infaller vid den åldern. Ett sådant avtal skulle vara ogiltigt enligt 2 § andra stycket anställningsskyddslagen.

Den fråga som då inställer sig är om åtgärden att i en arbetsbristsituation träffa ett kollektivavtal om en avtalsturlista, som innebär att de som uppnått pensionsåldern 60 år skulle sägas upp, kan anses ha varit en lämplig åtgärd.

Det är inte svårt att förstå att i den situation som förelåg för SAS med många år av ekonomiska problem och uppsägningar samt med ett starkt tryck på parterna – SAS och SCCA – att hitta en förhandlingslösning, så framstod den valda lösningen som den minst ingripande för kabinkollektivet som helhet, med beaktande av hur en uppsägning skulle påverka de olika arbetstagarnas möjlighet till inkomst. Vid bedömningen måste dock beaktas att uppsägningarna i enlighet med avtalsturlistan varit åldersdiskriminerande och att särbehandlingen, för att vara tillåten, måste anses objektivt motiverad.

Enligt Arbetsdomstolens mening måste överenskommelsen om avtalsturlistan anses strida mot det ovan beskrivna syftet med och innebörden av 67-årsregeln i anställningsskyddslagen. Det är ostridigt mellan parterna i målet att de 25 arbetstagarna inte skulle ha sagts upp om SAS tillämpat turordningsreglerna i 22 § anställningsskyddslagen. Arbetstagarna har således, i den arbetsbristsituation som förelåg, enbart på grund av sin ålder och rätt till tjänstepension fråntagits rätten att kunna arbeta kvar hos SAS till 67 års ålder och därmed kunna tjäna in ytterligare allmän pension. Parterna har stor frihet att i en arbetsbristsituation träffa en avtalsturlista men har i detta fall vidtagit en åtgärd i strid mot syftet och innehållet i tvingande nationell rätt, nämligen

32 a § anställningsskyddslagen. Överenskommelsen om avtalsturlistan har i praktiken haft samma innebörd som ett kollektivavtal om avgångsskyldighet vid viss uppnådd ålder skulle ha haft. Ett kollektivavtal om avgångsskyldighet på grund av uppnådd pensionsålder om 60 år hade varit ogiltigt. Mot den bakgrunden framstår överenskommelsen om avtalsturlistan och de i enlighet med listan vidtagna uppsägningarna inte som lämpliga åtgärder att vidta för att nå det åberopade syftet.

Vid bedömningen är EU-domstolens uttalanden i mål C-499/08 (Andersen) även av intresse. Regleringen i det fallet avsåg, som nämnts, en rätt till avgångsvederlag vid uppsägning och att sådan rätt inte förelåg om arbetstagaren uppfyllde villkoren för att få ålderspension från sin arbetsgivare. Ett villkor var att arbetstagaren fyllt 60 år. EU-domstolen uttalade att eftersom regleringen inte tillät att avgångsvederlag utgick för det fall arbetstagaren fortsatte sin yrkeskarriär och avstod från att uppbära ålderspensionen, så fick bestämmelsen till följd att legitima intressen hos de arbetstagare som befinner sig i en sådan situation skadas på ett orimligt sätt, och att regleringen därmed gick utöver vad som krävs för att uppnå de socialpolitiska mål som eftersträvades med bestämmelsen. Bestämmelsen tog alltså inte hänsyn till om arbetstagaren önskade ta ut sin pension eller önskade fortsätta arbeta och därmed hade behov av avgångsvederlaget. Sådan särbehandling kunde, enligt EU-domstolen, inte rättfärdigas med stöd av artikel 6.1.

På samma sätt som EU-domstolen fann i Andersen-målet framstår SAS åtgärd att säga upp samtliga pensionsberättigade som en allt för ingripande åtgärd. Uppsägningarna kan sägas ha inneburit en form av tvångspensionering. Arbetsgivarparterna har beskrivit de uppsagda arbetstagarnas situation på så sätt att eftersom de var pensionsberättigade, "kunde gå i pension", blev de inte arbetslösa på grund av att de sades upp. Arbetstagarna i målet för en ogiltighetstalan och önskar således ha sina anställningar kvar. De arbetstagare som hörts i målet har uppgett att de har en sådan ekonomisk situation att de, trots pensionen, anser sig behöva arbeta. Trots rätten till tjänstepension får de uppsagda arbetstagare som önskar fortsätta att arbeta således betraktas som arbetslösa vid uppsägningstidens utgång. I målet är därutöver ostridigt att arbetstagarna inte ens tillfrågades om de önskade ta ut sin ålderspension och sluta sina anställningar eller om de kunde tänka sig att avsluta sina anställningar i utbyte mot någon form av ekonomisk kompensation, utöver den avtalade tjänstepensionen. Att vissa av de uppsagda arbetstagarna redan kan ha börjat lyfta sin tjänstepension, förändrar inte i detta fall bedömningen. Det är en effekt av den mellan parterna träffade pensionsöverenskommelsen, som alltså ger en rätt att lyfta pension under den pågående anställningen hos SAS.

Sammanfattande bedömning

Arbetsdomstolen har ovan funnit att av EU-domstolens praxis får anses följa att det är i överensstämmelse med arbetslivsdirektivet att i den nationella rättsordningen ha en åldersgräns för när en anställning upphör eller kan upphöra om det vid den uppnådda åldern föreligger en rätt till ålderspension. Mot den bakgrunden har Arbetsdomstolen funnit att det av arbetsgivarpar-

terna återopade syftet – att i en arbetsbristsituation trygga försörjningen för samtliga kabinanställda – skulle kunna vara ett berättigat syfte som en del av den nationella sysselsättningspolitiken, att främja tillgången till sysselsättning genom att denna tillgång fördelas bättre mellan generationerna.

Arbetsdomstolen har därefter kommit till slutsatsen att åtgärden att i enlighet med avtalsturlistan säga upp samtliga pensionsberättigade, inte varit en lämplig åtgärd för att nå det återopade syftet. Arbetsdomstolen har nämligen gjort bedömningen att avtalsturlistan måste anses vara i strid mot syftet bakom och innebörden av den tvingande s.k. 67-årsregeln i 32 a § anställningsskyddslagen. Avtalsturlistan har, enligt vad domstolen kommit fram till, i realiteten haft samma innebörd som ett kollektivavtal om avgångsskyldighet vid viss ålder. Ett sådant avtal hade varit ogiltigt. Arbetsdomstolen har även funnit att åtgärden att säga upp samtliga pensionsberättigade får anses ha varit en allt för ingripande åtgärd.

Slutsatsen av det anförda är att särbehandlingen, avtalsturlistan i sig och uppsägningarna vidtagna i enlighet med listan, inte kan rättfärdigas med stöd av 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen. Arbetsdomstolen finner därmed att uppsägningarna av de 25 arbetstagarna varit i strid mot förbudet mot åldersdiskriminering i diskrimineringslagen.

Yrkandena om ogiltigförklaring

Arbetsdomstolen har alltså funnit att de 25 arbetstagarna utsatts för åldersdiskriminering i strid mot diskrimineringslagen när de sagts upp i enlighet med avtalsturlistan. Grund för ogiltigförklaring av uppsägningarna föreligger därmed enligt regleringen i diskrimineringslagen. Av 5 kap. 3 § andra stycket diskrimineringslagen följer att om någon diskrimineras genom t.ex. uppsägning av ett avtal, ska rättshandlingen förklaras ogiltig om den som diskriminerats begär det. Yrkandet om ogiltigförklaring av uppsägningarna ska alltså bifallas redan på denna grund. Huruvida det föreligger grund för ogiltigförklaring även enligt anställningsskyddslagen är därmed inte av intresse.

DO har även yrkat att den tillämpade avtalsturlistan ska förklaras ogiltig. I 5 kap. 3 § diskrimineringslagen anges att om någon diskrimineras genom en bestämmelse i bl.a. ett kollektivavtal på ett sätt som är förbjudet enligt lagen, ska bestämmelsen jämkas eller förklaras ogiltig om den som diskriminerats begär det.

Avtalet om avtalsturlistan är träffat mellan SAS och SCCA. Listan omfattar 49 arbetstagare. DO för talan för enbart 25 av dem. Detta innebär att yrkandet, som det får uppfattas, om att hela avtalsturlistan ska ogiltigförklaras redan på den grunden inte kan bifallas. En fråga är då om det finns grund för att jämka listan på så sätt att den inte ska omfatta eller inte ska tillämpas på de 25 arbetstagare för vilka DO för talan i målet. I avgörandet AD 1983 nr 107 fann Arbetsdomstolen att en avtalsturlista var diskriminerande och därmed rättsstridig, varför den jämkades, vilket fick till följd att vissa av uppsägningarna inte fanns vara sakligt grundade.

Nästa fråga är dock om det i detta fall föreligger något intresse för arbetstagarna, oavsett om de är medlemmar i Unionen eller ej, att få domstolens förklaring att avtalsturlistan jämkas på något sätt, dvs. om det föreligger något fastställelseintresse.

Enligt 4 kap. 6 § lagen om rättegången i arbetstvister ska talan som inte innefattar yrkande att motparten ska förpliktas att fullgöra eller underlåta något, dvs. en fastställsetalan, avvisas om det inte är av avsevärd betydelse för käranden att talan prövas. Arbetsdomstolen har i ett flertal avgöranden (se t.ex. AD 1992 nr 134) slagit fast att en fastställsetalan äger betydelse för en part först om det finns anledning att anta att en bifallande dom kommer att antingen direkt påverka motpart i det rättsliga handlandet i förhållande till parten eller bli direkt avgörande vid en senare talan, som innefattar yrkande att motparten ska förpliktas att fullgöra eller underlåta något. Med motpart avses därvid både avtalsmotparten och andra, vilka kan vara bundna av avtalet.

Arbetsdomstolen har redan i domskälen funnit att avtalsturlistan och uppsägningarna i enlighet med listan varit åldersdiskriminerande. En jämkning av avtalsturlistan på så sätt att det i domslutet förklaras att den är ogiltig alternativt inte ska tillämpas av SAS såvitt avser de 25 arbetstagarna, kommer inte att få någon betydelse för parterna, i detta fall SAS och de enskilda arbetstagarna, i och med att SAS redan agerat i enlighet med listan och talan om ogiltigförklaring av uppsägningarna vunnit bifall. En ogiltigförklaring av delar av avtalsturlistan får med andra ord inte någon påverkan på SAS framtida handlande i relation till de 25 arbetstagarna. Det föreligger därmed inget fastställelseintresse varför yrkandet om ogiltigförklaring av avtalsturlistan ska avvisas.

Föreligger skyldighet att utge diskrimineringsersättning på grund av överenskommelsen om att arbetstagarna inte ska ha företrädesrätt till återanställning?

DO har, förutom den ovan behandlade frågan om uppsägningarna, även gjort gällande att arbetstagarna fråntagits sin företrädesrätt till återanställning i strid mot diskrimineringslagen och att SAS därmed ådragit sig skyldighet att utge diskrimineringsersättning till de 25 arbetstagarna. Vad som gjorts gällande från DO:s sida, som Arbetsdomstolen uppfattat talan, är att bestämmelsen i den överenskommelse som SAS och SCCA träffat om att de uppsagda arbetstagarna inte ska ha företrädesrätt till återanställning varit åldersdiskriminerande i strid mot diskrimineringslagen, vilket, enligt DO, grundar rätt till diskrimineringsersättning.

DO har, på samma sätt som avseende avtalsturlistan och uppsägningarna, gjort gällande att den av SAS i denna del vidtagna åtgärden inneburit ett missgynnande och att det i första hand varit fråga om direkt diskriminering och i andra hand indirekt diskriminering och att det inte varit fråga om någon tillåten åldersdiskriminering enligt 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen.

Arbetsgivarparterna har, på motsvarande sätt som när det gäller avtalsturlistan och uppsägningarna, invänt att undantaget från företrädesrätten inte inneburit något missgynnande i en jämförbar situation, att åtgärden varken inneburit direkt eller indirekt diskriminering och har i sista hand – om åtgärden inneburit åldersdiskriminering – gjort gällande att det i vart fall varit fråga om en befogad särbehandling enligt 2 kap. 2 § 4 diskrimineringslagen.

Arbetsgivarparterna har bl.a. anfört följande. Överenskommelsen om avsteg från företrädesrätten hade samma bevekelsegrund som avtalsturlistan då den innebar ökad möjlighet till tryggad försörjning för de kabinanställda som sagts upp år 2009 och som fortfarande var arbetslösa. Åtgärden innebar att möjligheten för de tidigare uppsagda att komma i fråga för återanställning och tryggad försörjning ökade, medan de som undantogs, de som sades upp, redan hade sin försörjning tryggad genom att de var pensionsberättigade och alltså hade rätt till full tjänstepension.

Arbetsdomstolen gör följande överväganden.

Vid bedömningen om ett avtal eller en avtalsbestämmelse är diskriminerande får detta rimligen göras utifrån om en tillämpning av avtalet eller avtalsbestämmelsen skulle leda till diskriminering. En avtalsbestämmelse i t.ex. ett kollektivavtal kan, som redan redovisats, jämkas eller förklaras ogiltig om den som diskriminerats begär det. Något yrkande om att Arbetsdomstolen ska förklara nu behandlad avtalsbestämmelse ogiltig eller att den inte ska tillämpas i relation till de 25 arbetstagarna har dock inte framställts, utan fråga är om det föreligger en skyldighet för SAS att utge diskrimineringsersättning.

SAS har, ostridigt, meddelat de uppsagda arbetstagarna att de inte har företrädesrätt till återanställning. Till skillnad mot överenskommelsen om avtalsturlistan har DO emellertid inte påstått att arbetsgivaren agerat i enlighet med avtalet i den delen. Företrädesrätten enligt 25 § anställningsskyddslagen gäller från den tidpunkt då uppsägning skedde och därefter till dess nio månader har förflutit från den dag då anställningen upphörde. DO har inte gjort gällande att SAS fattat något anställningsbeslut där någon av de uppsagda arbetstagarna skulle ha kunnat åberopa företrädesrätt och att någon av dem därmed faktiskt missgynnats. DO har med andra ord inte ens gjort gällande att arbetstagarna drabbats av någon faktisk förlust, dvs. gått miste om en möjlighet till återanställning. Så länge avtalet inte angrips och därmed är bindande för de arbetstagare som är medlemmar i Unionen innebär det dock ingen konkret nackdel förrän det tillämpas. På motsvarande sätt drabbas inte de arbetstagare som inte är medlemmar i den avtalsslutande organisationen förrän SAS i en återanställningssituation tillämpar avtalet, på sätt som är möjligt enligt 2 § sista stycket anställningsskyddslagen. SAS skulle även självt kunna göra bedömningen att avtalet i den nu aktuella delen är åldersdiskriminerande och avstå från att tillämpa det. SAS kan således inte genom själva avtalstecknandet anses ha missgynnat arbetstagarna på sådant sätt att det därigenom uppstått en skyldighet att till arbetstagarna utge diskrimineringsersättning enligt 5 kap. 3 § diskrimineringslagen. Redan med anledning härav föreligger således ingen rätt till diskrimineringsersättning på denna grund.

Slutsatsen av det anförda är att DO:s talan om diskrimineringsersättning till de 25 arbetstagarna inte kan vinna bifall på grund av vad DO gjort gällande i denna del.

Diskrimineringsersättning och allmänt skadestånd

Arbetsdomstolen har ovan funnit att avtalsturlistan och uppsägningarna av de 25 arbetstagarna varit åldersdiskriminerande i strid mot diskrimineringslagen. Arbetsdomstolen finner att uppsägningarna därmed även varit utan saklig grund och i strid mot 7 § anställningsskyddslagen (jfr AD 1983 nr 107). SAS har därmed ådragit sig skyldighet att utge diskrimineringsersättning enligt diskrimineringslagen och allmänt skadestånd enligt anställningsskyddslagen.

DO har yrkat att det ska utgå en diskrimineringsersättning om 400 000 kr och ett allmänt skadestånd om 100 000 kr till var och en av de 25 arbetstagarna. Arbetsgivarparterna har yrkat att ersättningen ska jämkas, i första hand till noll. Som grund för jämkning har de anført att SAS, mot bakgrund av tidigare domstolsavgöranden, varken insett eller bort inse att uppsägningarna utgjorde diskriminering samt att överträdelsen, med hänsyn till omständigheterna, måste betraktas som lindrig.

I förarbetena (prop. 2007/08:95 s. 398 f.) anges sammanfattningsvis följande om hur diskrimineringsersättningen bör bestämmas. Utgångspunkten vid beräkningen av diskrimineringsersättningen bör vara allvaret i den överträdelse av lagens bestämmelser om diskrimineringsförbud som skett. Flera omständigheter är av betydelse vid den bedömningen. Ytterst måste sammanvägningen av de olika faktorerna göras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. Vid bedömningen av hur stor diskrimineringsersättningen ska vara bör vidare det allmänna intresset av att diskriminering inte förekommer i samhället särskilt beaktas. I varje enskilt fall ska alltså diskrimineringsersättningen bestämmas så att den utgör en rimlig kompensation till den drabbade – utifrån allvaret i den överträdelse av lagstiftningen som han eller hon utsatts för – och dessutom bidrar till att på ett effektivt sätt motverka förekomsten av diskriminering i samhället.

Arbetsdomstolen gör följande överväganden.

SAS har brutit mot diskrimineringslagen och anställningsskyddslagen genom att säga upp arbetstagarna. Det är alltså ett och samma agerande från bolagets sida som inneburit att bolaget brutit mot båda lagarna varför det inte finns anledning att bestämma två skilda belopp som påföljd. Arbetsdomstolen väljer därför att fastslå ett gemensamt belopp som ersättning för att bolaget brutit mot båda lagarna.

De omständigheter som arbetsgivarparterna åberopat kan inte anses utgöra skäl för jämkning. Ersättningen bör sättas betydligt högre än vad som brukar vara fallet vid en osaklig uppsägning. Arbetsdomstolen finner att omständigheterna är sådana att det gemensamma beloppet avseende diskriminerings-

ersättning och allmänt skadestånd skäligen bör bestämmas till 125 000 kr till var och en av de 25 arbetstagarna.

Frågan om förhandsavgörande

I artikel 267 EUF, Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, (f.d. artikel 234 FEG) anges bl.a. följande.

Europeiska unionens domstol ska vara behörig att meddela förhandsavgöranden angående

- a) tolkningen av fördragen,
- b) giltigheten och tolkningen av rättsakter som beslutas av unionens institutioner, organ eller byråer.

När en sådan fråga uppkommer vid en domstol i en medlemsstat får den domstolen, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken, begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande.

När en sådan fråga uppkommer i ett ärende vid en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, ska den nationella domstolen föra frågan vidare till domstolen.

Arbetsdomstolen finner att det, med beaktande av vad som framgår av EU-domstolens praxis, inte är nödvändigt att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen för att kunna avgöra målet. Yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande ska därför lämnas utan bifall.

Rättegångskostnader

Den angivna utgången innebär att arbetsgivarparterna får anses vara förlorande parter och att de därmed ska utge ersättning för DO:s rättegångskostnader. Vad DO tappat får anses vara av ringa betydelse ur rättegångskostnadssynpunkt. Med tillämpning av 5 kap. 2 § tredje stycket arbetstvistlagen finner Arbetsdomstolen att arbetsgivarparten ska utge ersättningen med hälften vardera. Om beloppet råder inte tvist.

Domslut

1. Arbetsdomstolen förklarar uppsägningarna av de 25 arbetstagare som finns upptagna i domsbilagan ogiltiga.
2. Arbetsdomstolen avvisar Diskrimineringsombudsmannens yrkande om att den tillämpade avtalsturlistan ska förklaras ogiltig.
3. Arbetsdomstolen förpliktar Scandinavian Airlines System SAS att till var och en av de 25 arbetstagarna i domsbilagan betala 125 000 kr i diskrimineringsersättning och allmänt skadestånd, med ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 28 juni 2010 till dess betalning sker.

4. Diskrimineringsombudsmannens yrkande om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen avslås.

5. Arbetsdomstolen förpliktar Flygarbetsgivarna och Scandinavian Airlines System SAS att med hälften vardera ersätta Diskrimineringsombudsmannens rättegångskostnader med 811 362 kr, varav 600 000 kr avser ombudsarvode, med ränta enligt 6 § räntelagen på det förstnämnda beloppet från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Cathrine Lilja Hansson, Marianne Lishajko, Per-Anders Edin, Lars Josefsson och Lars P Merkel. Enhälligt.

Sekreterare: Per Lindblom