

EU-domarna om neutralitet har övertolkats av arbetsgivare

2017-06-29 LAG & AVTAL

(Artikeln finns nedan även i en något längre version)

Orden huvudduk och handskakning har kommit att utgöra symboler för ett inkluderande eller ett exkluderande arbetsliv. Mänskliga rättigheter som religionsfrihet och arbetsgivares näringsfrihet, uttryckt som antagnings- och uppsägningsrätt, har ställts emot varandra. Det skriver Susanne Fransson och Eberhard Stüber på Göteborgs universitet.

Efter två avgöranden i EU-domstolen har frågan om en neutralitetspolicy på arbetsplatser setts som en möjlig väg för arbetsgivare att undgå att bryta mot förbuden mot diskriminering.

I april rapporterades i media om att en kvinna som bar huvudduk nekats anställning som incheckare på SAS. I Lag & Avtal beskrevs den 4 april en tvist på Semantix Tolkjouren, där en anställningsintervju avbröts då en arbetssökande kvinna hälsade genom att lägga handen på sitt hjärta. I båda fallen hänvisade arbetsgivaren till att detta stred mot bolagets neutralitetspolicy.

Vi menar att alltför stora växlar dragits av de två domarna. I det franska målet C-188/15 underströk EU-domstolen att utrymmet för att frångå likabehandlingsprincipen, med hänvisning till verkliga och avgörande yrkeskrav, är mycket litet. Arbetsgivares vilja att ta hänsyn till en kunds särskilda önskemål rymms inte i denna undantagsregel. I det belgiska målet C-157/15 uttalade sig EU-domstolen enbart om personal som har kontakt med ett företags kunder. Dessutom uttalade EU-domstolen att om policyn verkligen är neutral så är den inte direkt diskriminerande. Men den kan fortfarande vara indirekt diskriminerande. Frågor som då måste ställas är: Vad är syftet? Är det berättigat/legitimt? Är de medel som används verkligen lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet?

EU-rätten tillämpas i en nationell kontext. Av historiska skäl finns det stora skillnader i medlemsstaternas författningar avseende religioners plats i samhället och frågan om den sekulära staten. Direktiv är dessutom av minimikaraktär, vilket ger medlemsstaterna rätt att vidga utrymmet för likabehandlingsprincipen. Den 1 januari 2017 fick vi nya regler om aktiva åtgärder i diskrimineringslagen.

Av särskilt intresse är kraven på att undersöka om det finns risker för diskriminering eller andra hinder för enskildas lika rättigheter och möjligheter i verksamheten. Orsakerna till de upptäckta riskerna och hindren ska analyseras utifrån samtliga diskrimineringsgrunder, och skäliga åtgärder ska vidtas. Därmed knyts an till de principer som EU-domstolen utvecklat i målet C-54/07 Firma Feryn. Målet handlade om en arbetsgivare som gjort uttalanden gällande icke önskvärd etnisk tillhörighet hos de anställda på grund av kunders önskemål. Dyliga uttalanden kan utgöra hinder för tillträde till arbetsmarknaden och sågs av domstolen som direkt diskriminering.

Bestämmelserna om aktiva åtgärder sätter gränser för arbetsgivare när det gäller neutralitetspolicyer i form av klädkoder eller regler för hälsning. Siktet i de nya bestämmelserna är inställt på att arbetsgivare i samverkan med facket ska finna vägar för ett inkluderande arbetsliv.

Vårens två domar i EU-domstolen måste ses ur detta perspektiv.



Eberhard Stüber, universitetsadjunkt, Göteborgs universitet.

Susanne Fransson, docent i rättsvetenskap, Göteborgs universitet.

Nedan följer en något längre version av samma artikel

Kraven på aktiva åtgärder begränsar räckvidden av uppmärksammade EU-domar

Orden huvudduk och handskakning har kommit att utgöra symboler för ett inkluderande eller ett exkluderande arbetsliv. Mänskliga rättigheter som religionsfrihet och arbetsgivares näringsfrihet, uttryckt som antagnings- och uppsägningsrätt, har ställts emot varandra.

Efter två avgöranden i EU-domstolen, den 14 mars 2017, har frågan om en neutralitetspolicy på arbetsplatser setts som en möjlig väg för arbetsgivare att undgå att bryta mot förbuden mot diskriminering.

Den 27 april rapporterades i media om att en kvinna som bar huvudduk nekats anställning som incheckare på SAS. I Lag & Avtal beskrevs den 4 april en tvist på Semantix Tolkjouren där en anställningsintervju avbröts då en arbetssökande kvinna valt att hälsa på chefen genom att lägga handen på sitt hjärta. I båda fallen hänvisade arbetsgivaren till att detta stred mot bolagets neutralitetspolicy. I demonstrationstågen på första maj förekom protester mot domarna från EU-domstolen eftersom de uppfattats ge arbetsgivare fribrev att förbjuda religiös klädsel. Protesterna handlade om kvinnors rätt att bestämma över sin egen kropp, alltså ett feministiskt perspektiv. Främlingsfientliga perspektiv förekommer också i media. I den socialkonservativa nättidningen Samtiden ansågs arbetsgivares rätt att förbjuda slöja som ”veckans viktigaste beslut”.

Vi menar att allt för stora växlar dragits på grund av de två domarna. I det franska målet C-188/15 understryker EU-domstolen att utrymmet för att frångå likabehandlingsprincipen, med hänvisning till undantagsregeln om verkliga och avgörande yrkeskrav, är mycket liten. Subjektiva överväganden, såsom en arbetsgivares vilja att ta hänsyn till en kunds särskilda önskemål, ryms inte i undantagsregeln.

Domen i det belgiska målet C-157/15 begränsar faktiskt möjligheten att använda sig av en så kallad neutralitetspolicy. En begränsning ligger i att EU-domstolen enbart uttalar sig om personal som har kontakt med ett företags kunder. Dessutom uttalade EU-domstolen att om policyn verkligen är neutral så är den inte **direkt** diskriminerande. Men den kan fortfarande vara **indirekt** diskriminerande. Begränsningen ligger i att en nationell domstol har att ta ställning till om en sådan ordningsregel kan utgöra indirekt diskriminering. En sådan policy måste därmed hålla för en proportionalitetsbedömning. Frågor som då måste ställas är: Vad är syftet? Är det berättigat/legitimt? Och är de medel som används verkligen lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet? Hur den belgiska domstolen svarade på detta vet vi inte ännu.

EU-rätten tillämpas alltid i ett nationellt sammanhang. Av historiska skäl finns det stora skillnader i medlemsstaternas författningar avseende religioners plats i samhället och frågan om den sekulära staten. De två domarna bygger på en tolkning av arbetslivsdirektivet 2000/78 EG i denna nationella kontext. Direktivet är dessutom av minimikaraktär. EU-rätten ger medlemsstaterna rätt att gå längre och att vidga utrymmet för likabehandlingsprincipen. En sådan utvidgning ägde senast

rum i Sverige när nya regler om aktiva åtgärder trädde i kraft i den 1 januari 2017. Dessa nya regler, och här syftar vi främst på 3 kap. 1 – 5 §§ diskrimineringslagen, gäller för samtliga arbetsgivare.

Av särskilt intresse är kraven på att undersöka om det finns *risker* för diskriminering eller andra *hinder* för enskildas lika rättigheter och möjligheter i verksamheten. Orsakerna till de upptäckta riskerna och hindren ska analyseras utifrån samtliga diskrimineringsgrunder. Vidare ska arbetsgivare vidta de förebyggande och främjande åtgärder som skäligen kan krävas. Av förarbetsuttalanden framgår att det inte anses förenligt med lagstiftningen att vidta åtgärder som är betydelselösa. Ytterst kan en vitessanktion aktualiseras. Det kan finnas risker och hinder avseende samtliga diskrimineringsgrunder som kan anses motsvara ett faktiskt behov, även om det inte finns någon individ i verksamheten som är direkt berörd. Därmed knyter lagstiftarens intentioner an till de principer som EU-domstolen utvecklat bland annat i målet *C-54/07 Firma Feryn*. Domen innebär en utvidgning av likabehandlingsprincipen jämfört med arbetslivsdirektivets ordalydelse. Målet handlade om en situation där en arbetsgivare som gjort uttalanden gällande icke önskvärd etnisk tillhörighet, relaterat till kunders önskemål, kan avskräcka arbetsökanden med viss etnisk tillhörighet från att anmäla intresse för ett arbete. Sådana ageranden kan följaktligen utgöra hinder för tillträde till arbetsmarknaden och omfattas av förbudet mot direkt diskriminering, även om ingen enskild individ ännu direkt missgynnats. Diskrimineringsrätten har här influerats av EU-domstolens tolkningar av förbudet mot att sätta upp hinder för den fria rörligheten för personer.

Vi menar att de nya bestämmelserna om aktiva åtgärder sätter tydliga gränser för arbetsgivare när det gäller att utforma interna ordningsregler, så kallad neutralitetspolicy, i form av klädkoder eller regler för hälsning relaterat till en diskrimineringsgrund. Istället så är siktet i de nya bestämmelserna inställt på att arbetsgivare i samverkan med företrädare för de anställda (facket) ska finna vägar för ett inkluderande arbetsliv. I ytterst få fall kan undantagsregeln om verkliga och avgörande yrkeskrav i diskrimineringslagen kopplat till diskrimineringsgrunden religion eller etnisk tillhörighet, genom vad vi har på oss i form av huvudbonader eller smycken eller utifrån vilka sätt vi föredrar att hälsa på en annan människa med, utgöra skäl för att frångå principen om likabehandling. Arbetsgivares skyldighet att främja lika rättigheter och möjligheter samt att motverka diskriminering följer av bestämmelserna om aktiva åtgärder i tredje kapitlet diskrimineringslagen. Vårens två domar i EU-domstolen måste ses ur detta perspektiv.