

Lagen måste ändras - den tillåter diskriminering

Publicerad 13 september 2010 i Lag & Avtal

Under en vandring på västkusten stötte vi på ett vägmärke med symbolen ett överstruket tält. Under stod "Camping verboden". Vi började genast diskutera om detta kunde stå i strid med EU-rätten. Var detta ett hinder för just tysktalande eller kunde de anses vara diskriminerade på grund av nationalitet?

Sedan 2009 har vi en ny diskrimineringslag i Sverige. Två domar från EU-domstolen innebär att lagen redan nu har sina brister. Den ena domen handlar om diskrimineringsförbudets omfattning och den andra om frågan om preskriptionsfrister.

Förbudet mot direkt diskriminering är som huvudregel sett uppbyggt kring tre rekvisit: missgynnande, jämförbar situation och orsakssamband. Centralt är att en individ missgynnats, i form av en faktisk förlust, obehag eller liknande. Rekviritet missgynnande har ansetts nödvändigt. Att i platsannonser ange att t.ex. enbart personer av viss etnisk tillhörighet gynnas faller enligt förarbetena inte in under diskrimineringsförbudet. EU-domstolens dom i målet *C-54/07 Firma Feryn* innebär att det inte längre kan ställas krav på att en bestämd individ missgynnats, vilket utvidgar förbudet mot diskriminering i en omfattning som är svår att överblicka. I det aktuella målet hade ett bolags direktör offentligt uttalat att man inte anställde montörer av utländsk härkomst, pga. kundernas motvilja mot att ge dem tillträde till sina hem. Företaget tillverkade vipp- och takskjutportar. Centrum för lika möjligheter och bekämpning av rasism väckte talan i belgisk arbetsdomstol och menade att uttalandet visade att bolaget tillämpade diskriminerande urvalskriterier. Den belgiska domstolen avslög talan. Ingen hade ju missgynnats. Nästa instans ställde frågan till EU-domstolen: Var detta diskriminering? EU-domstolens resonemang är nytt vid tolkning av diskrimineringsdirektiven. Vi känner dock igen detta från mål gällande fri rörlighet på arbetsmarknaden. Med hänvisning till syftet med direktiv 2000/43 - att utveckla en socialt integrerad arbetsmarknad - ansågs direktörens uttalande i Firma Feryn falla in under förbudet mot diskriminering. Även om ingen enskild individ missgynnats, kunde uttalandet avskräcka individer från att söka arbete hos bolaget. Förbudet mot etnisk diskriminering omfattar således också de fall då *hinder* sätts upp för att utveckla en arbetsmarknad som bygger på likabehandlingsprincipen. Vår tolkning är att detta också omfattar andra diskrimineringsgrunder såsom kön, funktionshinder, sexuell läggning m.m. Även i dessa fall finns det integrerande syftet.

Den nya diskrimineringslagen omfattar enbart situationer där någon missgynnats. Lagen bör därför ändras. Räcker det inte med att domstolarna frångår förarbetena och med stöd av avgörandet i Firma Feryn utvidgar förbudet mot diskriminering? Svaret på denna fråga är nej. Det behövs också en sanktionsmöjlighet. EU-domstolen uttalade att medlemsstaterna har en skyldighet att införa sanktioner för när hinder sätts upp för likabehandlingsprincipens tillämpning. Sanktionen kan vara att beslutet att arbetsgivaren diskriminerat publiceras på arbetsgivarens bekostnad eller ett vitesföreläggande. Alternativt att den organisation som drivit processen tillerkänns skadestånd. Skadestånd eller diskrimineringsersättning är uteslutet. Vitesföreläggande är möjligt men är enligt diskrimineringslagen avsett för andra typsituationer. Dessutom innebär det senaste utredningsförslaget avseende aktiva åtgärder, SOU 2010:7, att vitessanktionen ska tas bort för mindre arbetsgivare, såsom Firma Feryn. En lagändring är alltså nödvändig för att utvidga diskrimineringsförbudet till att också omfatta situationen där hinder sätts upp utan att någon enskild individ ännu missgynnats. Och sanktioner måste införas.

Rättsfrågorna i det andra målet *C-63/08 Pontin* rörde begränsningar i möjligheten för en gravid kvinna som blivit uppsagd att föra talan om ogiltighet och skadestånd vid domstol. EU-domstolen uttalade att en medlemsstats lagstiftning avseende processuella regler inte i praktiken får göra det omöjligt att utöva rättigheter som följer av gemenskapsrätten. Detta följer av effektivitetsprincipen. Målet gällde en bestämmelse i Luxemburgs *Code du travail* som innebar att preskriptionsfristen för ogiltigförklaring av en uppsägning som hade samband med graviditet endast var två veckor. EU-domstolen uttalade att de processuella reglerna för gravida inte får vara

mindre förmånliga än dem som avser en liknande talan som grundar sig på nationell rätt. Därutöver konstaterade domstolen att en så pass kort preskriptionstid vid uppsägning som två veckor inte förefaller att uppfylla de krav som följer med EU-rätten. Enligt vår bedömning kan domen ha betydelse även i relation till andra diskrimineringsgrunder. Preskriptionsfristerna vid uppsägning eller avsked enligt 2008 års diskrimineringslag motsvarar den frist som var föremål för prövning i EU-domstolen.

Vi kan tänka oss olika lösningar på det problem som denna dom aktualiserar. En lösning är att preskriptionstiderna i diskrimineringslagen och anställningsskyddslagen förlängs från två till fyra veckor. En annan väg är den som regeringen slagit in på när man ersatte skadestånd med diskrimineringsersättning, dvs. att markera skillnaden mellan skyddet för individen i diskrimineringslagen jämfört med annan lagstiftning. I så fall krävs enbart en översyn av preskriptionsfristerna i diskrimineringslagen.

Diskrimineringsjuridiken är ett dynamiskt rättsområde och vi kommer att få se många ändringar av 2008 års diskrimineringslag i framtiden. För övrigt fortsätter vi vår diskussion om tolkning av vägskyltar samt ägnar oss åt olovlig camping.

Susanne Fransson lektor vid Göteborgs universitet

Eberhard Stüber adjunkt vid Göteborgs universitet