

Preventionspåslag och upprättelseersättning – nya konstruktioner av ersättning i diskrimineringstvister

*Susanne Fransson**

Inledning

Den 1 januari 2009 trädde den nya svenska diskrimineringslagen i kraft. Hur länge en lag är att se som ny kan man undra. En av nyheterna var att begreppet skadestånd utmönstrades och istället infördes begrepp som diskrimineringsersättning och ersättning för förlust i lagens femte kapitel. Syftet var att påverka domstolarna när det gällde nivån på ersättningen. I propositionen finns rubriken «Det ska kosta att diskriminera» som uttryck för att det måste bli mer avskräckande att utsätta någon för diskriminering. Därmed ska diskriminering motverkas.¹ Myndigheter som Diskrimineringsombudsmannen (DO) samt andra ombud har med stöd av proklamationen ställt höga krav på ersättningsnivåerna. Diskrepansen i systemet har därmed ökat.²

Mål om diskriminering prövas i Sverige i allmän domstol, alternativt i Arbetsdomstolen, beroende på målets art. I det ena systemet kan mål prövas i tingsrätter, hovrätter och i Högsta domstolen. I det arbetsrättsliga systemet i tingsrätt och i Arbetsdomstolen, då allmän domstol också kan vara första instans i arbetsrättsliga mål. Reglerna om bevisning och påföljder finns i båda fallen i diskrimineringslagen. I princip ser bestämmelserna likadana ut, men de tillämpas i olika kontexter.

Hur har då domstolarna hanterat det nya påföljdssystemet?³ Mitt anslag är här jämförande. Det jag jämför är hur, i första hand, Högsta domstolen och Arbetsdomstolen tillämpat bestämmelserna om diskrimineringsersättning i 2008 års diskrimineringslag. Av utrymmesskäl kommer jag inte att beröra det som kallas för ersättning för ekonomisk förlust.⁴ Huruvida diskriminering motverkats i högre grad kommer jag enbart, och avslutningsvis, att förhålla mig teoretiskt till.

* Susanne Fransson är docent i rättsvetenskap vid Göteborgs universitet, Sverige.

1 Se prop. 2007/08:95 s. 390. Av Håkan Andersson kallat för en «stilenlig slogan». Diskrimineringsjuridikens ersättningsrättsliga diskurs – en argumentativ inventering i Svensk juristtidning 2013 s. 797 not 73.

2 Se Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, Diskrimineringslagen. En kommentar, 2015 s. 489.

3 «Ny påföljd» var de ord som användes i prop. 2007/08:95 s. 391.

4 Se Fransson & Stüber, 2015 s. 497 f.

Ansvarsfrågan i allmänhet

När det gäller diskrimineringsrätten måste en skillnad göras mellan vem som kan göra sig skyldig till diskriminerande handlingar, underlåtenheter och kränkningar och vem som kan ställas till *rättsligt ansvar* för brott mot lagstiftningen. Begreppet arbetsgivare och inflytandefrågan är av avgörande betydelse för ansvarsfrågan. Huruvida detta inflytande utövats eller inte, saknar dock i hög grad betydelse för ansvarsfrågan. I 2008 års diskrimineringslag finns frågorna reglerade i såväl andra som femte kapitlet. Regleringen är minst sagt svåröverskådlig.⁵ Kortfattat kan sägas att i arbetslivet kan den som är arbetsgivare eller likställd med arbetsgivaren bryta mot lagen. Att vara likställd med arbetsgivaren handlar om ett «inflytelseansvar».⁶ Detta innebär även att arbetsgivaren kan ställas till rättsligt ansvar om det uthyrande bemanningsföretaget diskriminerar i samband med rekrytering av arbetskraft till arbetsgivarens verksamhet.⁷ Anställda eller inhyrda kan inte bryta mot lagen och följaktligen kan inget rättsligt ansvar utkrävas enligt diskrimineringslagen.⁸ Jämfört med skadeståndslagens bestämmelser om arbetsgivarens principalansvar för anställda blir ansvarstagandet mer begränsat.⁹

På andra områden som utbildningsområdet gäller dock arbetsgivarens principalansvar fullt ut, även för den som likställs med arbetstagare och som bryter mot diskrimineringsförbudet.¹⁰ Just på utbildningsområdet tillkommer att utbildningsanordnaren kan bryta mot lagen, men att det är verksamhetsansvarig, till exempel en kommun, som har det rättsliga ansvaret. Ansvaret är här mycket långtgående.¹¹ På områden som utbildning, varor och tjänster, hälso- och sjukvård är utgångspunkten ett funktionellt arbetsgivarbegrepp. Den som har kontroll över verksamheten ansvarar rättsligt för anställdas, och likställda med dem, handlingar, underlåtenheter och kränkningar som strider mot diskrimineringslagen. Arbetsgivarbegreppet, «driftsansvaret» och begreppet verksamhet sammanfaller här i hög grad.¹²

5 Se Fransson & Stüber, 2015 s. 496 f. och s. 503 f.f.

6 Se Hotvedt, Marianne Jenum, Arbejdsgiverbegrepet. En analyse av grundlaget for arbejdsgiverplikter, 2016 s. 269–271.

7 Så skedde i ett förlikningsärende hos DO (60 000 kr) se ANM 2014/1882.

8 I AD 2007 nr 45 avisades kravet att använda skadeståndslagens 3 kap. 1 § analogt i samband med diskriminerande handlingar från anställda.

9 Handlar det om trakasserier finns dock en utrednings- och åtgärdsskyldighet även i de fall att det är en anställd utan arbetsgivarbefogenheter som påstås trakassera. Se Fransson & Stüber, 2015 s. 239 f.

10 Jämför 6 kap. 5 § skadeståndslagen och 5 kap. 2 § diskrimineringslagen.

11 Fransson & Stüber, 2015 s. 506 och Malmberg, Jonas, Diskriminering och principalansvar i Vänbok till Ronnie Eklund, 2010.

12 Jämför Hotvedt, 2016 s. 420–421.

Påföljdssystemet i diskrimineringsvister

Syftet med att i lag sätta upp diskrimineringsförbud är att motverka diskriminering. Förbud följs i regel av påföljd i avsikt att upprätthålla de normer som påbjuds. I detta fall handlar det om likabehandling relaterat till vissa situationer och grunder. Ett påföljdssystem kan innehålla olika komponenter som böter och fängelse, ideellt (allmänt) och ekonomiskt skadestånd. Kring detta finns tankar om påföljdens verkan.¹³ Ett påföljdssystem som är verkningfullt eftersträvas självklart samtidigt som det är svårt att empiriskt belägga sambandet mellan påföljdssystems utformning och preventiva verkningar.¹⁴

Påföljden kan fylla tre funktioner: preventiv, reparativ och bestraffande. Grundläggande är att det ställs krav på proportionalitet och konsekvens i systemet. Hur förhåller sig då domstolarna till påföljdssystemet vid brott mot likabehandlingsprincipen? EU-domstolen har uttalat att den som diskriminerats ska få en adekvat upprättelse. Påföljden ska också ha en avskräckande effekt.¹⁵ Sammanfattningsvis kan sägas att EU-rätten innehåller tre element: effektivitet, avskräckande effekt och proportionalitet. Europadomstolen uttrycker vikten av effektiva rättsmedel i enlighet med Europakonventionens bestämmelser (artikel 13). Högsta domstolen hänvisar i första hand till Europadomstolen och till den allmänna skadeståndsrätten, medan Arbetsdomstolen relaterar till EU-domstolen när det gäller frågan om påföljder för brott mot diskrimineringslagen.¹⁶ Det bör noteras att skadeståndsrätten enbart kan ge direkt ledning när det handlar om ersättningen eller upprättelsen för själva kränkningen, det vill säga den reparativa funktionen. Frågan om prevention och bestraffning hör som regel till det straffrättsliga rummet. Så kallade punitive damages har inte heller ansetts höra hemma i den skandinaviska skadeståndsrätten.

Det dubbla syftet – prevention och reparation

Vid införandet av det nya påföljdssystemet underströks dess dubbla syfte – såväl plåster som preventivmedel – samtidigt som de preventiva aspekterna betonades.¹⁷

13 Se prop. 2007/08:195 och Ds 2007:10. Det «beskedliga förslaget» i Ds 2007: 10 lades således till grund för lagstiftning. Se Bengtsson, Bertil, Om kränkning och diskriminering i NFT 4/2007 s. 302.

14 Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, Skadeståndsrätt 9 uppl. 2014 s. 40 f.

15 Se mål C-81/12 *Asociatia Accept* p. 63 med hänvisningar.

16 Se NJA 2014 s. 499 I och AD 2014 nr 19.

17 Prop. 2007/08:95 s. 390.

Det är i hög grad den preventiva funktionen som domstolarna inte förmått hantera.¹⁸ Rättsläget har till och med beskrivits som oklart.¹⁹ Vad är då det normativa innehållet i påföljden diskrimineringsersättning?

Högsta domstolen har i två domar, NJA 2014 s. 499 I och II, gjort ett seriöst försök att skapa riktlinjer i denna fråga för de allmänna domstolarna i diskrimineringsstifter.²⁰ Arbetsdomstolen har inte samma uppgift i domstolssystemet. Istället ska AD ge vägledning för parterna på arbetsmarknaden som förväntas förlikas i diskrimineringsstifter och förhandla om ersättningsbelopp. Således är det snarare de belopp som domstolen dömer ut som skapar riktlinjer för parterna på arbetsmarknaden och som kan verka preventivt och inte de normativa tolkningarna.

Högsta domstolen och diskrimineringsersättning

Högsta domstolen har prövat relativt få mål som direkt rör diskrimineringslagstiftningen.²¹ I målen, NJA 2014 s. 499 I och II, prövade domstolen enbart frågan om ersättningen och utvecklade principer för vad man kallar upprättelseersättning och preventionspåslag (mål I) samt principer för en nedre ersättningsgräns (mål II). Det första målet handlade om två makar som kränkts av en busschaufför som bland annat ansåg att de kunde åka tillbaka till «talibanland». Det andra målet handlade om en kvinna som kränkts i samband med bokning av tid för inseminationsutredning. Hovrätten hade kommit fram till att brott mot diskrimineringslagen skett och domarna överklagades enbart i ersättningsdelen. Något vidare resonemang avseende diskrimineringsersättningens normativa innehåll fördes inte av Svea Hovrätt, utan i sak refererades till förarbetena.²²

Grunden för Högsta domstolens bedömning i 2014 års mål bygger på att diskrimineringsersättningen ska bedömas i två steg: först «upprättelseersättningen» och därefter «preventionspåslaget». Det senare är också beroende av det första.²³

18 Högsta domstolen «tycks ha tagit lätt på motivuttalandena» enligt Bengtsson, 2007 s. 302.

19 Se Uppsala tingsrätt dom 2013-11-14 mål nr T 5627-12 och T 451-13.

20 I efterföljande hovrättsdomar är det märkbart att riktlinjerna följs. Se Hovrätten för Västra Sverige dom 2015-05-16 mål nr T 4159-14.

21 Se NJA 2006 s. 170 och NJA 2008 s. 915.

22 Svea hovrätt dom 2012-11-12 mål nr T 9222-11 och Svea hovrätt dom 2013-06-12 mål nr T 9569-12.

23 Se NJA 2014 s. 499 I.

ERSÄTTNING FÖR KRÄNKNINGEN
ELLER «UPPRÄTTELSEERSÄTTNINGEN»

Allmänt gäller att utgångspunkten för denna del av påföljdssystemet är graden av kränkning. Olika vägar finns att gå för att avgöra detta: den subjektiva alternativt den objektiva och en kombination av båda. Utgångspunkten för skadeståndsrätten är att ställa den skadelidande i samma läge som innan skadan, skadeståndet ska inte under- eller överkompensera den skadelidande. Principen om proportionalitet gäller.²⁴ Det primära är inte det subjektiva «lidandet» utan den objektivt bedömda skadan.²⁵

När domstolen i 2014 års diskrimineringsmål resonerar kring kränkningens ersättning följs tidigare uttalanden som gällt prövningar av 2003 års diskrimineringslag. Diskrimineringsersättningen ska i kränkningens del «bestämmas med ledning av den allmänna skadeståndsrätten».²⁶ Samtidigt ska enligt förarbetena ersättningen, sammantaget, generellt sett ligga på en högre nivå jämfört med den ersättning som kan utgå för kränkning på grund av brott.²⁷ Hur ska då den del av ersättningen som av Högsta domstolen kallas för upprätelseersättning bedömas? Här uppstår samma problem som när ideella skadestånd för andra rättighetskränkningar ska bedömas.²⁸ Proportionalitetsprincipen är grundläggande och att bedöma allvaret i kränkningen blir då centralt. Allvaret i kränkningen ska bestämmas «efter en objektifierad bedömning». Det handlar dels om en typifiering ur ett individperspektiv, dels om allmänna samhällsvärderingar.²⁹ I bedömningen av graden av kränkning får också läggas effekten av kränkningen t.e.x. att ett hyresavtal bryts. Om kränkningen varit avsiktlig eller om den kränkta varit medvållande³⁰ kan detta påverka bedömningen, likaså om en uppriktig ursäkt getts i direkt anslutning till kränkningen. En helhetsbedömning ska således göras med avsikt att ge en adekvat *känsla* av upprätelse.³¹ En kombination av objektiva och subjektiva bedömningar kännetecknar således Högsta domstolens syn på bedömningen av upprätelseersättningen.

I vad består då skillnaden jämfört med skadeståndsrättsliga principer? Enligt min mening handlar det i första hand om att lägga en grund för högre ersättningsnivåer. Att kalla det för diskrimineringsersättning är ett terminologiskt trick från lagstiftarens sida för att släppa på återhållsamheten i de allmänna domstolarna.³² I målet med

24 Prop. 1975:12 s. 99 f.

25 Se prop. 2000/01:68 s. 49.

26 NJA 2014 s. 499 I p. 21.

27 Prop. 2007/08:95 s. 390.

28 Se NJA 2012 s. 221 I.

29 NJA 2014 s. 499 I p. 27–28.

30 Se NJA 2008 s. 915 med avvikande mening.

31 NJA 2014 I s. 499 p. 23 och p. 30–32.

32 Jämför Andersson, 2013 s. 18.

makarna som kränktes av busschauffören för sin etniska härkomst bestämde Högsta domstolen upprättelseersättningen till 15 000 kronor vardera, samma belopp som tidigare sammantaget dömts ut i liknande fall.³³

I det andra målet som rörde kvinnan som kränktes på grund av sin sexuella läggning när hon önskade boka tid på vårdcentralen, resonerade domstolen allmänt om en nedre gräns för diskrimineringsersättning – en «tröskelregel». Något stöd för att helt utesluta upprättelseersättning fann man dock inte. Däremot att den som utsatts för en «ringa kränkning» kan gottgöras på annat sätt än med pengar.³⁴ Minimibeloppet för upprättelseersättning bör enligt domstolen vara 5 000 kronor.³⁵ Då svarande inte överklagat domen ändrades inte hovrättens dom i ersättningsdelen.

PREVENTION – ALLMÄN OCH INDIVIDUELL

I straffrätten används terminologin allmänprevention och individualprevention. När prevention blir en del i diskrimineringsrättens påföljdssystem uppstår frågan: Vilket slags prevention? Vem är det som ska avskräckas? Att prevention inte är direkt förenlig med allmänna skadeståndsrättsliga principer gör att ingen vägledning kan fås där.³⁶ Svaret får därmed sökas i teorier om syftet med straffrättsliga påföljder alternativt i anglo-sachsiska rättssystemens tillämpning av punitive damages.³⁷ Högsta domstolen väljer det förstnämnda, men resultatet tangerar det andra.

I propositionen till diskrimineringslagen anges att en prövning ska göras av påföljdens «avskräckande verkan» såväl allmänt som individuellt.³⁸ Omsättningen i verksamheten samt upprepade brott mot diskrimineringslagen kan föranleda högre ersättningsnivåer.³⁹

Om vi ser på uppbyggnaden av lagstiftningen när det gäller vem som kan bryta mot lagen och vem som kan ställas till rättsligt ansvar och dömas att utge diskrimineringsersättning, kan följande konstateras. I arbetslivet finns det ett nära samband mellan brott och ansvar. Det är arbetsgivaren, eller likställd, som kan bryta mot lagen och arbetsgivaren som kan göras ansvarig. Inflytande över verksamheten och att ersättningskrav kan ställas, följs som huvudregel åt.⁴⁰

33 NJA 2014 s. 499 I p. 48 och NJA 2006 s. 170.

34 NJA 2014 s. 499 II p. 18–20. Stödet finns i 5 kap. 1 § tredje stycket diskrimineringslagen samt i Europadomstolens praxis.

35 Se p. 23.

36 Högsta domstolen har ytterst sällan använt ordet prevention. Ett undantag är målet NJA 1994 s. 637.

37 Punitive damages har ett vedergällande drag och innebär en överkompensation då det kompenserar mer än skadan. Beloppen bestäms utifrån hur allvarligt den skadevållandes beteende har varit.

38 Prop. 2007/08:95 s. 398.

39 Se om omsättningsaspekten Svea hovrätt dom 2013-06-12 mål nr T 9569-12.

40 Undantaget är när rekryteringen sköts av ett bemanningsföretag se fotnot 7.

När det gäller övriga områden, som utbildningsområdet, har arbetsgivaren ett strikt ansvar (principalansvar) för anställda och likställda som kan ha brutit mot diskrimineringslagen. Preventionen riktar sig här mot någon annan än den som faktiskt diskriminerats. Den avskräckande effekten, i syfte att motverka diskriminering, blir beroende av om arbetsgivaren har ett påföljdssystem riktat till anställda som busschauffören som ansågs avsiktligt ha kränkt makarna.⁴¹ I straffrätten hade det varit busschauffören som hade åtalats och dömts om ett brott begån. Arbetsgivarens principalansvar för anställda som begår uppsåtliga brott eller är grovt vårdslösa i tjänsten är begränsat enligt skadeståndslagen. Diskrimineringslagens principalansvar blir här mer omfattande.⁴²

Preventionspåslaget är enligt Högsta domstolen ett slags straff i förhållande till den som ställs till rättsligt ansvar. Att domstolen söker straffrättsanalogier är uppenbart i det att man menar att preventionsdelen i diskrimineringsersättningen är ett «straffskadestånd»⁴³ I brist på andra ord beskrivs vad det handlar om samtidigt så hade det, enligt min mening, varit tillräckligt med ordet preventionspåslag. Återigen är det ju någon annan än den som utförde den diskriminerande handlingen, underlåtenheten eller kränkningen som ställs till rättsligt ansvar. Den som kränkts idkar inte heller bestraffning eller vedergällning gentemot den som utfört kränkningen, utan som regel mot dennes arbetsgivare. Att därtill i detta sammanhang använda begreppet «gärningsmän» är att gå mycket långt i den språkliga analogiska terminologin.⁴⁴ Syftet med bestämmelserna om diskrimineringsersättning är ju i första hand att motverka diskriminering inte att bestraffa den som handlat i strid med diskrimineringsförbudet. Någon brottslig gärning, i straffrättslig mening, har ej begån. Den som utfört själva gärningen, busschauffören eller sjuksköterskan, är ju inte heller den som står åtalad för brott mot diskrimineringslagen. Någon gärningsperson finns således inte.

BEDÖMNINGEN AV PREVENTIONSPÅSLAGET

De normativa grunderna för preventionspåslaget måste därtill utgå från något. Då det är den som kränkts som har rätt till diskrimineringsersättning förefaller det rimligt att knyta påslaget till upprättelseersättningen. Högsta domstolen gör så för att svara mot

41 NJA 2014 s. 499 I.

42 Jämför Malmberg, 2010.

43 NJA 2014 s. 499 I p. 33–35. I RH 2007:47 används begreppet straffskadestånd relaterat till ett svenskt bolags skadeståndsskyldighet enligt det Amerikanska rättssystemet.

44 NJA 2014 s. 499 I p. 41. Någon skadeståndsrättslig analogi är det inte. Enligt skadeståndslagen 2 kap. 3 § krävs förvisso att en brottslig gärning begån för att kränkningen ska utgå. Gärningen bedöms dock utifrån den straffrättsliga lagstiftningen.

kraven på «normstyrd rättstillämpning».⁴⁵ Riktpunkten bör vara att preventionspåslaget är lika stort som upprätelseersättningen och en överkompensation sker jämfört med skadeståndsrättsliga tillämpningar.⁴⁶ Proportionalitetsprincipen setts därmed ur spel. Bedömningen av allvaret i kränkningen kommer därmed att påverka preventionspåslaget. Därtill kan preventionspåslaget höjas eller sänkas utifrån graden av klander som situationen implicerar. Detta gäller enligt domstolen «gärningsmannens» handlande och återigen så haltar resonemanget då denna person inte är instämd part i tvisten.⁴⁷

Istället hade påföljden diskrimineringsersättning, om straffet ska betonas, kunnat bestå av två separata delar: kränkningersättning samt böter. Genom att utfärda ett bötesbelopp, till exempel dagsböter, hade mer kraftfulla och avskräckande sanktioner kunnat utfärdas. Större hänsyn hade då kunna tas till verksamhetens storlek och den mer individualpreventiva effekten. Att preventionspåslaget tillkommer käranden är inte självklart, inte heller att upprätelseersättningen bildar normen. Genom preventionspåslaget som inte direkt kopplas till skadeståndsrättsliga principer kan dock nivåerna på ersättningen för brott mot likabehandlingsprincipen höjas och det kommer därmed att «kosta» mer att diskriminera än vad det gjorde innan 2008 års lag. Lagstiftarens intentioner blir därmed delvis uppfyllda.

PREVENTIONSPÅSLAGET NÄR FLERA KRÄNKTS

I målet med de två makarna som kränktes av busschauffören diskuterar Högsta domstolen bedömningen av preventionspåslaget när mer än en person kränkts. Upprätelseersättningen bestämdes till 15 000 kronor vardera, då de hade blivit kränkta i lika hög grad. Preventionspåslaget bestämdes dock till 10 000 kronor åt var och en av makarna. Förklaringen är att det enligt domstolen handlar om «ett straffskadestånd» där summan av preventionspåslaget ska vara proportionerlig i förhållande till överträdelsen. Det rättsliga ansvaret bryter igenom, vilket är logiskt. För busschaufförens arbetsgivare, Veolia AB, rörde det sig om *en* händelse för vilken man kunde ställas till rättsligt ansvar för, samma skulle gällt om det varit flera «gärningsmän», för vilken preventionspåslag skulle ha beräknats.⁴⁸

45 NJA 2014 s. 499 I p. 34.

46 Så kallade punitive damages beräknas på liknande sätt enligt praxis i amerikanska domstolar, men multipliceringsfaktorn är högre. Se U.S. Supreme Court, *BMW of Nort America Inc. V. Gore* 1996.

47 NJA 2014 s. 499 I p. 37.

48 Se p. 39–41.

Arbetsdomstolen och påföljdssystemet

INLEDNING

I Arbetsdomstolen prövas mål som rör diskriminering i arbetslivet, där arbetstagare, arbetssökande, inhyrda och praktikanter är skyddsobjekt. Den som kan kränka är den som är arbetsgivare, eller likställd med densamma. Målen prövas i en arbetsrättslig kontext av en partssammansatt domstol där diskrimineringslagen setts som ett ingrepp i arbetsgivarens prerogativ, särskilt gällande den fria antagningsrätten och avtalsfriheten avseende lön och anställningsvillkor. Kontexten är här arbetsrättsliga normer som saklig grund för uppsägning, föreningsrätt och föräldradedighet. Få mål är renodlade och rör enbart brott mot diskrimineringslagen.⁴⁹ Stora skillnader finns således jämfört med målen i allmän domstol.

DISKRIMINERINGSERSÄTTNINGENS

TVÅ KOMPONENTER I AD

I mål i Arbetsdomstolen hänvisas flitigt till uttalandena i propositionen avseende beräkningen av diskrimineringsersättningen. Därtill konstateras att: «Genom införandet av en ny påföljd har ersättningens preventiva funktion markerats».⁵⁰ Emellertid syns föga resultat av detta i domskälen. Istället ligger tonvikten på att bestämma allvaret av kränkningen. I detta kan sägas att jämfört med de mål som prövas av allmänna domstolar består kränkningen, i fall av direkt diskriminering, i huvudsak av uppsägning av anställningen eller missgynnande av arbetssökande. Konsekvenserna är därmed av särskild karaktär och går att gradera. Redan innan de nya bestämmelserna om diskrimineringsersättning trädde i kraft uttalade Arbetsdomstolen att skadeståndet vid diskriminerande uppsägningar ska vara högre än i arbetsrätten för övrigt⁵¹ Få mål är dock som sagts rena mål, således är det svårt att förhålla sig till de belopp som döms ut. I AD 2010 nr 91 åberopades enbart diskrimineringslagen och 75 000 kronor dömdes ut i diskrimineringsersättning till en 62-årig kvinna som sökt en tidsbegränsad anställning hos Arbetsförmedlingen. Diskrimineringen hade sin grund i kön och ålder. I målet uttrycktes att diskrimineringsersättningen ska bidra till att diskriminering effektivt motverkas i samhället.

I AD 2014 nr 19 bedömdes diskrimineringen av en arbetssökande gravid kvinna som mindre allvarlig, då hon meritmässigt inte hade kommit ifråga för de anställningar hon sökt. Ett gemensamt belopp på 50 000 kronor dömdes ut för brott mot

49 Se AD 2014 nr 19 och AD 2015 nr 12.

50 AD 2014 nr 19 s. 5.

51 AD 2005 nr 32.

diskrimineringslagen och föräldraledighetslagen. De «preventiva aspekterna» framhölls som skäl för beräkningen.

Att en uppsägning, i detta fall s.k. fingerad arbetsbrist, som sannolikt hade sin grund i kvinnans graviditet, är en allvarlig kränkning kräver ingen vidare argumentation. I detta mål, AD 2015 nr 12, saknades helt diskussion om beräkningen av diskrimineringsersättningen. Istället övervägde det arbetsrättsliga, saklig grund-argumentet, och diskrimineringslagen tjänade här som grund för att ställa höga krav på arbetsgivarens motbevisning. 120 000 kronor dömdes ut till den gravida frisören i allmänt skadestånd och diskrimineringsersättning. Hur stor del som är att hänföra till LAS, föräldraledighetslagen respektive diskrimineringslagen framgår inte. Några preventiva aspekter berördes inte heller i domen.

I målet AD 2015 nr 44 berörde domstolen kort de två refererade domarna från Högsta domstolen och uppdelningen i upprättelseersättning respektive preventionspåslag. Målet som enbart gällde frågan om diskrimineringsersättningens storlek handlade om en lektor vid Mittuniversitetet som missgynnats genom att enbart kvinnor kunde ansöka om meriteringsstöd. Någon påverkan på AD:s syn på hur bedömningen av diskrimineringsersättningen ska gå till tycks inte Högsta domstolen åstadkommit. En «helhetsbedömning» ska istället göras så att den missgynnade får en rimlig kompensation utifrån en bedömning av allvaret i kränkningen. Dessutom ska bedömningen bidra till att motverka diskriminering i samhället – allmänprevention. Diskrimineringen ansågs här mindre allvarlig och sammantaget med de «preventiva aspekterna» bestämdes diskrimineringsersättningen till 25 000 kr, vilket var vad arbetsgivaren medgivit. Till skillnad från Högsta domstolens resonemang i NJA 2014 s. 499 I och II görs således ingen distinktion mellan ersättningen för kränkningen (upprättelse) och utdömande av ersättning i preventivt syfte.

Två tydliga steg och en helhetsbedömning

Avslutningsvis kan konstateras att samma bestämmelser uppenbarligen kan tolkas och tillämpas på olika sätt. Högsta domstolens schematiska behandling av upprättelseersättning och preventionspåslag i 2014 års domar är idag styrande för de allmänna domstolarna.⁵² Rättsläget får därmed anses relativt klart och torde påverka dem som driver diskrimineringstvister och deras processföring. «Fantasibelopp» med åbero-

⁵² Se Hovrätten för Västra Sverige 2015-05-26 mål nr T 4159-14 som strikt följer «anvisningarna».

pande av prevention torde därmed stävjas.⁵³ Diskrepansen mellan ersättningskrav och utdömda belopp torde därmed också minska. Genom den tydliga uppdelningen kan argumentationen hållas isär, men också skärpas i preventionsdelen. Risken är dock att Högsta domstolen öppnat upp för straffrättsanalogier som är svåra att förutspå konsekvenserna av. Begreppet gärningsman finner jag särskilt olycklig i sammanhanget. Ur ett EU-rättsligt perspektiv kan också betoningen av straffet ifrågasättas.

När det gäller Arbetsdomstolens bedömningar finns också mycket att önska. Att dela upp ersättningen utifrån de delar som härrör sig till brott mot olika lagar förefaller inte för mycket begärt. Först då synliggörs diskrimineringsersättningen. Att AD kommer att ta efter Högsta domstolens straffrättsliga utflykter förefaller osannolikt. Straffrättsliga normer rimmar illa med grunderna för det arbetsrättsliga systemet. Ett mål som startar i tingsrätten och därefter överklagas till AD kommer dock att präglas av uppdelningen i upprättelseersättning och preventionspåslag. Risk finns således för indirekt smitta.

Vi kan konstatera att ersättningsnivåerna har höjts under senare år om än måttligt.⁵⁴ Högsta domstolens domar från år 2014 innebär att en fördubbling regelmässigt kan ske av beloppen, det vill säga upprättelseersättningen multiplicerat med två.⁵⁵ Huruvida detta hade skett också utan skapandet av en särskild påföljd, diskrimineringsersättning vet vi inte. Om det finns ett samband mellan högre ersättningsnivåer och att diskriminering motverkas är en annan fråga som är svår att besvara.⁵⁶ För min del ligger svaret i förebyggande åtgärder och inte i regler som träder in först när diskriminering konstaterats. Ett förslag till utvidgning och skärpning av kravet på aktiva åtgärder finns i utredningen SOU 2014:41, vilket är ett steg i rätt riktning.

Och nu Stein vill jag bolla tillbaka till dig. Vad tror du med din långa erfarenhet som domare, och då särskilt som basketdomare, om straffskadestånd eller punitive damages i den Skandinaviska diskrimineringsrätten? Har Högsta domstolen kanske gjort ett självmål?

53 Andersson, 2013 s. 15 anger i första hand DO som ansvarig för detta. Dock finns det de som tar i ännu mer. I målet AD 2015 nr 57, som överklagades från tingsrätten, ställdes krav på 3 miljoner (1 procent av bolagets omsättning) i diskrimineringsersättning.

54 Se Fransson & Stüber, 2015 s. 490 f. och AD 2014 nr 19 s. 6.

55 Föga kunde straffrättsprofessorer som Andersson och Bengtsson anat detta när de förhöll sig till diskrimineringslagen. «Vilsen» kände Bengtsson sig redan då, 2007, och inga förväntningar på «någon revolutionerande omsvängning» uttryckte Andersson 2013 s. 14.

56 Se Andersson, 2013 s. 13 fotnot 75 och Hellner & Radetzki, 2014.