



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Johannes Norrman

Mansfria festivaler och funkofobiska platsannonser
– något om diskriminering utan identifierbar klagande

Särtryck ur häfte 1/2021

Nummer 1/2021

MANSFRIA FESTIVALER OCH FUNKOFOBISKA PLATSANNONSER

– NÅGOT OM DISKRIMINERING UTAN IDENTIFIERBAR KLAGANDE

Av Johannes Norrman¹

Begreppet diskriminering förknippas ofta med negativ särbehandling av individer på grundval av grupptillhörighet. Vissa typer av diskriminering tar dock sikte på en skyddad grupp generellt, snarare än bestämda personer. Om en arbetsgivare exempelvis framför önskemål i en platsannons rörande sökandens etnicitet eller kön, kan det ofta vara svårt att peka ut någon enskild som konkret har missgynnats. Sådana allmänna avskräckande åtgärder har icke desto mindre alltsedan EU-domstolens avgörande i målet Firma Feryn år 2008 varit förbjudna enligt de unionsrättsliga likabehandlingsdirektiven. Sverige har emellertid dröjt med att anpassa inhemska bestämmelser till de nya rönen. Först i oktober 2020, mer än tolv år efter EU-domstolens dom i Firma Feryn, tillsatte regeringen en utredning för att se över regelverket. Samtidigt har EU-domstolens prejudikat redan erhållit ett visst genomslag i svensk rättspraxis, varefter ett egendomligt och komplicerat rättsläge vuxit fram. Förevarande artikel summerar och analyserar rättsutvecklingen beträffande diskriminering utan identifierbar klagande, i syfte att fördjupa diskussionen inför det kommande betänkandet.

I. INLEDNING

Den 31 augusti 2018 slog den mansfria musikfestivalen Statement Festival upp portarna i Göteborg.² Evenemangets koncept var att erbjuda kvinnor, transpersoner och icke-binära en festival utan cis-män³. Inför festivalen framhöll arrangörerna därför att dessa inte var välkomna, och antydde att

¹ Juriststudent vid Lunds universitet termin 8, klagande i Europeiska kommissionens klagomålsärendet med diarienummer CHAP(2019)00009, konservativ skribent samt medgrundare av Konservativa Föreningen vid Lunds universitet. Författaren vill rikta ett varmt tack till Katja Rekstad, Dennis Lavesson och Julia Persson, samtliga juriststudenter vid Lunds universitet, för deras hjälp och synpunkter på artikeln. Kvarvarande brister ligger mig allena till last, och alla åsikter som uttrycks är mina egna.

² Se Idag invigs Statement Festival i Göteborg – Emma Knyckare: "Ett historiskt ögonblick", Sveriges television (SVT), 31 augusti 2018.

³ Med cis-män avses män vars biologiska kön överensstämmer med deras juridiska, sociala och upplevda könsidentitet.

cis-män som ändå dök upp skulle avvisas.⁴ När det väl kom till kritan släppte dock entrévakterna in alla besökare med biljett oberoende av kön.⁵

Föreningen Statements agerande utgör ett centralt exempel på diskriminering utan identifierbar klagande, d.v.s. diskriminering som missgynnar på grupp-nivå, där en enskild diskriminerad person inte utan vidare går att peka ut.⁶ Detta tillvägagångssätt kan vara utomordentligt effektivt, och mycket riktigt besökte i princip inga cis-män Statement Festival.⁷ Åtskilliga privatpersoner klagade däremot till Diskrimineringsombudsmannen (DO), som också inledde ett tillsynsärende. Den 17 december 2018 fastslog DO i ett beslut att Föreningen Statement överträtt diskrimineringsförbudet i 2 kap. 12 § första stycket andra punkten diskrimineringslagen (2008:567).⁸ Samma dag som beslutet offentliggjordes medgav dock DO:s pressansvarige att myndigheten saknade rättsliga möjligheter att faktiskt ingripa mot Föreningen Statement.⁹ Den som i skrivande stund besöker Föreningen Statements hemsida möts av tillkännagivandet att föreningen haft för avsikt att såväl 2020 som 2021 arrangera ytterligare en mansfri festival, och enbart hindrats på grund av pandemin. Upplägget förefaller vara i princip identiskt med det som användes år 2018.¹⁰

De rättsliga förvecklingarna kring Statement Festival hade måhända stannat vid DO:s tillsynsärende, om diskrimineringsrätten varit en rent nationell angelägenhet. Så är emellertid inte fallet. Tvärtom så genomför 2 kap. 12 § DL ett EU-direktiv, vars syfte är att motverka könsdiskriminering.¹¹ Den 27 december 2018 klagade jag därför till Europeiska kommissionen, eftersom Sverige enligt min uppfattning brustit vid införlivandet av direktivet.¹² Kommissionen

4 Se DO:s tillsynsbeslut, diarienummer TIL 2018/63 handling 34.

5 Se Mansfri festival släpper in män, SVT, 31 augusti 2018.

6 Jämför Lundin, Karin & Nordström, Marie, Diskrimineringslagen (2008:567) 1 kap. 4 §, Lexino 2020-11-14; se även DO:s skrivelse till regeringen med diarienummer LED 2019/519 handling 1.

7 Jag bevistade själv under en kortare tid festivalen, och den var sålunda inte helt förskonad från cis-män. Se Manlig SD-kandidat tog sig in på Statementfestivalen – att de inte vill ha in män betyder inget för mig, Johansson, Henrik, Inte rasist men, 2018.

8 DO:s tillsynsbeslut i diarienummer TIL 2018/63 handling 34; hädanefter kommer diskrimineringslagen att förkortas med DL vid paragrafhänvisning.

9 Se Mansfri festival fälls för diskriminering, Dagens nyheter, 17 december 2018.

10 Se Statement Festivals hemsida, <https://www.statementfestival.se/>, hämtad 2021-04-09.

11 Rådets direktiv 2004/113/EG av den 13 december 2004 om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster.

12 Europeiska kommissionens klagomålsärende med diarienummer CHAP(2019)00009.

har inhämtat information från regeringen med anledning av mitt klagomål, och ärendet är i skrivande stund fortfarande inte avslutat.¹³

Att inleda en klagomålsprocess innebär alltid ett ställningstagande från klagandens sida, och jag vill till undvikande av missförstånd kort förtydliga mitt eget. Juridiskt är min slutsats att svensk rätt inte lever upp till direktivets krav på avskräckande, proportionerliga och effektiva påföljder vid könsdiskriminering i samband med tillhandahållande av varor eller tjänster. Politiskt är jag emot sexistisk diskriminering, eftersom sexism underminerar den ömsesidighet mellan män och kvinnor som jag menar bör genomsyra samhället. Tvärtemot denna drömvision har dock det offentliga samtalet på senare tid alltmer kommit att präglas av missämja mellan könen. Den misogynia incel-rörelsens härjningar och Föreningen Statements misandrisk festival är två enkla exempel på polariseringen. De biologiska skillnaderna mellan könen medför helt naturligt ett frustrerande främlingskap, och både män och kvinnor har ett legitimt behov av att emellanåt i vänners eller väninnors lag fälla ett par sanningens ord kring det motsatta könet. Ingendera part gynnas däremot av att könen diskriminerar och smädar varandra i offentligheten, och det är lika mycket ett ofog oavsett vem som ägnar sig åt det. Sist men inte minst var målet med min aktivism inte att ändra rätten som sådan, utan att framtvinga efterrättelse gentemot överordnade författningar (EU-direktiv) som redan existerar; en subtil men viktig distinktion.

Huruvida jag kommer att uppnå mitt mål är ovisst. Den 16 december 2019 (händelsevis endast fem dagar efter att Europeiska kommissionen kontaktat regeringen med anledning av mitt klagomål) uppmanade dock DO regeringen att se över reglerna beträffande diskriminering utan identifierbar klagande.¹⁴ Knappt ett år senare uppdrog regeringen, med hänvisning till DO:s anmodan, åt *Utredningen om en effektiv och ändamålsenlig tillsyn över diskrimineringslagen* att ta ställning till huruvida skyddet mot diskriminering behöver stärkas i de fall då det saknas en enskild skadelidande. Utredningen ska redovisa sina slutsatser den 1 oktober 2021, och om några månader kommer det sålunda med god sannolikhet att finnas ett färskt betänkande på bordet.¹⁵

13 Se regeringens ärende med diarienummer A2019/02278/MRB. Samtliga svar från Europeiska kommissionen i klagomålsärendet (som rör själva saken) finns tillgängliga på min blogg Reflektionetter genom följande länk: <http://reflektionetter.blogspot.com/2020/12/svar-fran-europeiska-kommissionen-i.html>.

14 Se DO:s skrivelse till regeringen med diarienummer LED 2019/519 handling 1. Anmärkningsvärt är att DO i sin skrivelse överhuvudtaget inte nämner myndighetens mindre framgångsrika tillsynsärende mot Statement.

15 Dir. 2020:102 Tilläggsdirektiv till Utredningen om en effektiv och ändamålsenlig tillsyn över diskrimineringslagen (A 2019:03).

Dessförinnan kan det vara av värde att summera och analysera rättsutvecklingen beträffande diskriminering utan identifierbar klagande, i syfte att fördjupa diskussionen inför det kommande utredningsförslaget.

2. RÄTTSLÄGET I EU-RÄTTEN

2.1 DISKRIMINERING UTAN IDENTIFIERBAR KLAGANDE

Europeiska unionens diskrimineringsrätt återfinns dels i EU:s primärrätt, dels i flera olika likabehandlingsdirektiv.¹⁶ I stor utsträckning har dock området en gemensam begreppsapparat, vilket innebär att rättspraxis rörande definitionen av diskriminering i ett direktiv är analogt tillämplig även på andra direktiv.¹⁷

Direkt diskriminering föreligger enligt likabehandlingsdirektiven ”när en person på grund av [en diskrimineringsgrund] behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation”.¹⁸ Definitionens ordalydelse talar i viss mån för att begreppet direkt diskriminering enbart omfattar negativ särbehandling som riktar sig mot specifika individer. EU-domstolen har dock i tre domar konsekvent avvisat denna snäva tolkning, till förmån för en betydligt bredare sådan.¹⁹

Den mest centrala och banbrytande domen på området, *Firma Feryn*, avkunnades redan år 2008. Prövningen i EU-domstolen föranleddes av att en belgisk domstol begärt ett förhandsavgörande rörande tolkningen av direktiv 2000/43/EG.²⁰ Den nationella domstolen frågade bland annat om den omständigheten att en arbetsgivare offentligt uttalat att denne inte hade för avsikt att anställa människor med visst etniskt ursprung utgjorde direkt diskriminering.²¹ EU-domstolen lyfte i sitt svar fram att direktivets syfte var att främja social

16 Se art. 18 i FEUF och art. 21 i EU-stadgan; se vidare exempelvis direktiv 2004/113/EG och Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling; se även Ellis, Evelyn & Watson, Philippa (2012) *EU Anti-Discrimination Law*, 2nd Edition, Oxford University Press, s. 20. Likabehandling och anti-diskriminering är även en allmän EU-rättslig princip, se C-555/07 *Küçükdeveci* ECLI:EU:C:2010:21, punkt 2.

17 För definitionerna, se inter alia art. 2 i direktiv 2004/113/EG, art. 2 i direktiv 2000/78/EG samt art. 2 i Europaparlamentet och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning); se även Europeiska kommissionens svar av den tredje augusti 2020 i CHAP(2019)00009 s. 2.

18 Se t.ex art. 2 direktiv 2004/113/EG och art. 2 direktiv 2000/78/EG.

19 Se C-54/07 *Firma Feryn*, EU:C:2008:397; C-81/12 *Asociația Accept*, EU:C:2013:275 samt C-507/18 *NH*, EU:C:2020:289.

20 C-54/07 *Firma Feryn*, punkt 18; Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.

21 C-54/07 *Firma Feryn*, punkt 18.

integrering på arbetsmarknaden.²² En offentliggjord avsikt från en arbetsgivare att diskriminera en viss grupp kan därvidlag avskräcka arbetstagare som tillhör gruppen från att överhuvudtaget söka anställning, och därigenom motverka direktivets ändamål.²³ Mot denna bakgrund fastslog domstolen att direktivets definition av direkt diskriminering även omfattar diskriminering som saknar identifierbar klagande.²⁴ Medlemsstaterna är sålunda skyldiga att föreskriva effektiva, proportionerliga och avskräckande påföljder vid överträdelser av nationell rätt även i dessa fall.²⁵ Samtidigt framhävde domstolen att tolkningen inte var avsedd att utvidga medlemsstaternas skyldighet att tillerkänna enskilda talerätt.²⁶ Härvidlag gjordes alltså en åtskillnad mellan sanktionernas *processuella* och *materiella* del.²⁷

Distinktionen mellan sanktionernas processuella och materiella gebit är något otydlig, och har inte heller avhandlats på djupet i senare praxis. Generaladvokat Maduro betonade i sitt förslag till avgörande i *Firma Feryn* att direktivet inte innebär någon skyldighet för medlemsstaterna att införa en allmän talerätt (d.v.s. en rätt till *actio popularis*) för offentliga organ eller enskilda.²⁸ En läsning av EU-domstolens resonemang i ljuset av domsförslaget, antyder att medlemsstaterna även fortsättningsvis endast är skyldiga att bereda talerätt åt enskilda vars talan går ut på att *de personligen* utsatts för diskriminering.²⁹ Europeiska kommissionen tycks, såsom kommissionen får förstås, uppfatta saken på detta vis.³⁰ Denna tolkning erbjuder en teoretisk möjlighet att kringgå EU-rätten genom att visserligen instifta materiella sanktioner, men samtidigt utforma talerätten så snävt att ingen kan utkräva dem. Den nuvarande ordningen i Sverige vore också möjligen godtagbar, eftersom vem som helst kan väcka en talan som går ut på att han eller hon *personligen* utsatts för diskriminering samt begära proportionerliga, effektiva och avskräckande sanktioner med anledning av detta.³¹

22 C-54/07 *Firma Feryn*, punkt 23 och skäl 8 i direktiv 2000/43/EG.

23 C-54/07 *Firma Feryn*, punkt 25; jämför punkt 15 och punkt 16 i generaladvokat Poiares Maduros förslag till avgörande i C-54/07.

24 C-54/07 *Firma Feryn*, punkt 25.

25 C-54/07 *Firma Feryn*, punkt 40.

26 C-54/07 *Firma Feryn*, punkt 26 samt 27, och även art. 7 i direktiv 2000/78/EG.

27 Se C-54/07 *Firma Feryn*, punkt 26, 27 och 40.

28 Se punkt 12 i generaladvokat Poiares Maduros förslag till avgörande i C-54/07.

29 Se punkt 12 i generaladvokat Poiares Maduros förslag till avgörande i C-54/07 tillsammans med EU-domstolens dom i C-54/07 *Firma Feryn*, punkt 26 och 27.

30 Se Europeiska kommissionens svar av den tredje augusti 2020 i klagomålsärende med diarienummer CHAP(2019)00009.

31 Se Europeiska kommissionens svar av den tredje augusti 2020 i klagomålsärende med diarienummer CHAP(2019)00009 i dess helhet för denna uppfattning. Med tanke på att DO de facto slutfört ett administrativt förfarande mot Statement efter klagomål från enskilda

En annan möjlig tolkning är dock att EU-domstolens utvidgade definition innebär att någon aktör (såsom exempelvis en medlem ur den förfördelade gruppen) faktiskt måste ha möjlighet att göra gällande de materiella sanktionerna. Denna senare tolkning vinner ett visst stöd av domen i målet *Asociația Accept*, som föll år 2013 och utgjorde den första uppföljaren i den diskrimineringsrättsliga trilogin. Prövningen föranleddes även denna gång av en begäran om förhandsavgörande.³² Fallet rörde en diskrimineringsvist inför rumänsk domstol, som uppkommit efter att en viktig andelsägare i en fotbollsklubb offentligt uttalat att homosexuella spelare inte fick vara med i klubbens lag.³³ I rumänsk rätt rådde vid denna tid en talefrist på sex månader; väcktes talan efter fristen, så var den enda sanktionen som stod till buds en förmaning från myndigheternas sida. Den rumänska domstolen frågade om denna ordning var förenlig med kravet på effektiva, proportionerliga och avskräckande sanktioner i direktiv 2000/78/EG.³⁴ EU-domstolen svarade nekande.³⁵ Direktivets krav innebär sålunda hinder mot att enbart ha varning som påföljd efter utgången av en kortare preskriptionsfrist.³⁶ Domstolen framhöll härvidlag särskilt att kraven på adekvata materiella sanktioner gäller även vid fall av diskriminering utan identifierbar klagande.³⁷ Den starka emfas domstolen lade vid skyldigheten att föreskriva kännbara påföljder, förefaller principiellt svärförenlig med en nationell ordning där ingen aktör faktiskt kan utkräva sanktionerna.

Den senaste domen från EU-domstolen rörande diskriminering utan en identifierbar klagande avkunnades i april 2020, och utgör väsentligen en bekräftelse av tidigare praxis.³⁸ Under ett offentligt radioprogram hade en italiensk advokat uttalat att han inte ämnade anställa homosexuella på sin byrå, varefter en förening för tillvaratagandet av HBTQ-personers rättigheter stämde honom.³⁹ Målet hamnade så småningom inför Italiens högsta domstol, som valde att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen. En av frågorna som den nationella domstolen sökte svar på var huruvida allmänna negativa uttalanden utan samband med ett anställningsförfarande kunde utgöra direkt diskriminering.⁴⁰ EU-domstolen svarade koncist genom att än en gång klargöra att

och därvid konstaterat sig sakna effektiva sanktioner, framstår detta betraktelsesätt dock som tveksamt, se särskilt art. 8.1 direktiv 2004/113/EG samt C-81/12 *Asociația Accept* punkt 62.

32 C-81/12 *Asociația Accept*.

33 C-81/12 *Asociația Accept* punkt 35.

34 C-81/12 *Asociația Accept*, punkt 35 fråga 4.

35 C-81/12 *Asociația Accept*, punkt 73.

36 C-81/12 *Asociația Accept*, punkt 73.

37 C-81/12 *Asociația Accept*, punkt 62.

38 C-507/18 *NH*.

39 C-507/18 *NH*, punkt 17–20.

40 C-507/18 *NH*, punkt 27 fråga 2.

diskriminering utan identifierbar klagande är att anse som direkt diskriminering.⁴¹ Omständigheterna i fallet var utomordentligt snarlika dem i *Firma Feryn*, och professor Uladzislau Belavsau har ifrågasatt huruvida det, mot bakgrund av *acte claire*-doktrinen, överhuvudtaget var påkallat att begära ett förhandsavgörande.⁴²

2.2 PÅFÖLJDER VID DISKRIMINERING

Medlemsstaterna är skyldiga att föreskriva påföljder som är proportionerliga, effektiva och avskräckande vid överträdelser av nationell diskrimineringsrätt som grundar sig på ett likabehandlingsdirektiv.⁴³ Dessa tre adjektiv är relativt öppna, och erbjuder ett mått av flexibilitet vid utformningen av det diskrimineringsrättsliga påföljdssystemet. EU-domstolen har samtidigt stakat ut några gränser för medlemsstaternas handlingsfrihet.

I målet *Von Colson* (rörande direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i arbetsliv) konstaterade EU-domstolen att direktivet inte ställer krav på en särskild typ av påföljd. Sanktionerna måste dock ändå vara av sådant slag att de säkerställer ett faktiskt och effektivt judiciellt skydd, samt har avskräckande verkan. Domstolen klargjorde därvid att rent symboliska skadestånd inte uppfyllde direktivets krav, eftersom ett rent symboliskt skadestånd inte skulle stå i rimlig proportion till orsakad skada.⁴⁴ I det senare avgörandet *Draehmpaehl* fastslog domstolen vidare att direktivets krav också utgjorde hinder mot en bestämmelse i nationell rätt, varigenom ersättningen vid diskriminering begränsades till ett totalbelopp då flera olika personer utsatts för negativ särbehandling i samband med en rekrytering.⁴⁵

Vid diskriminering utan identifierbar klagande har EU-domstolen särskilt lyft fram vitesföreläggande eller allmänt straffskadestånd som adekvata sanktioner.⁴⁶ En förmaning eller varning är däremot med största sannolikhet inte tillräcklig som enda möjliga påföljd vid diskriminering utan identifierbar klagande. Denna slutsats följer logiskt av att EU-domstolen i *Asociația Accept* uttryckte sig ytterst skeptiskt gentemot en nationell bestämmelse som medförde att

41 C-507/18 *NH*, punkt 58.

42 Se för denna ståndpunkt, samt en djupare analys av några ”missad opportunities” i fallet, Belavusau, Uladzislau (2020) *The NH Case: On the “Wings of Words” in EU Anti-discrimination Law*, *European Papers*, Vol. 5, No. 2, pp. 1001–1020.

43 Se exempelvis art. 17 direktiv 2000/78/EG.

44 C-14/83 *Von Colson*, punkt 23 och 24.

45 C-180/95 *Draehmpaehl*, EU:C:1997:208, punkt 40. Se även Europeiska kommissionens svar av den fjärde september 2019 i klagomålsärende med diarienummer CHAP(2019)00009.

46 C-54/07 *Firma Feryn*, punkt 39.

den enda tillgängliga sanktionen (efter utgången av en kort preskriptionsfrist) bestod av en förmaning eller varning.⁴⁷

3. RÄTTSLÄGET I SVENSK RÄTT

3.1 DISKRIMINERING UTAN IDENTIFIERBAR KLAGANDE

Svensk diskrimineringsrätt återfinns huvudsakligen samlad i DL, som trädde i kraft den 1 januari 2009.⁴⁸ Lagen ålägger åtskilliga samhällsaktörer diskrimineringsförbud. Samtliga förbud ska i sin tur läsas i ljuset av 1 kap. 4 § DL, som innehåller en legaldefinition av begreppet diskriminering. Med direkt diskriminering avses sålunda i svensk rätt att ”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 kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder”.

Omfattar denna definition även allmänt hållna avskräckande åtgärder, såsom diskriminerande krav i en platsannonser? Enligt förarbetena är svaret nej. Regeringen uttalade i propositionen otvetydigt att önskemål rörande etnicitet, kön, m.m. i platsannonser inte omfattas av diskrimineringsbegreppet.⁴⁹ På senare tid har emellertid lagens krav på individualisering ändå luckrats upp i praxis, mot bakgrund av den ovan omförmälda EU-rättsliga utvecklingen. I tillsynsbeslutet mot Statement Festival fastslog DO som tidigare nämnts att Föreningen Statement gjort sig skyldig till direkt diskriminering, fastän ingen individ direkt missgynnats.⁵⁰ DO rättfärdigade sin bedömning med hänvisning till att ”direkt diskriminering” är ett unionsrättsligt begrepp, som ska tolkas i enlighet med EU-domstolens praxis.⁵¹

Även Arbetsdomstolen har i AD 2018 nr 42 antytt att definitionen av direkt diskriminering kan vara bredare än vad som framgår av DL:s förarbeten.⁵² Målet rörde en kvinna med funktionsnedsättning som ansåg sig ha blivit utsatt för diskriminering, bland annat mot bakgrund av formuleringen av vissa platsannonser. Arbetsdomstolen konstaterade att de krav arbetsgivaren ställt i sig inte utgjorde direkt diskriminering enligt *Firma Feryn*-definitionen, vilket

47 C-81/12 *Asociația Accept*, punkt 64–73; se även Craig, Paul & De Búrca, Gráinne (2020) *EU law: text, cases, and materials*, 7th edition, Oxford University Press, Oxford, s. 986 för en liknande slutsats.

48 Punkt 1 i DL:s övergångsbestämmelser.

49 Prop. 2007/08:95 s. 140. Se också Gabinius Göransson, Håkan & Del Sante, Naiti (2018) *Diskrimineringslagen: En lärobok*, Norstedts Juridik, s. 39–40.

50 DO:s tillsynsbeslut med diarienummer TIL 2018/63.

51 DO:s tillsynsbeslut med diarienummer TIL 2018/63 s. 6.

52 AD 2018 nr 42 s. 42.

möjligen kan förstås som att mer uttalat avskräckande formuleringar faktiskt hade kunnat falla under definitionen i 1 kap. 4 § DL. Domstolen fastslog samtidigt att någon skyldighet att betala diskrimineringsersättning hur som helst inte existerar, även i den händelse att utformningen av en platsannons skulle ha avskräckt enskilda från att söka anställning.⁵³

Befintlig praxis talar sålunda starkt för att definitionen av direkt diskriminering i svensk rätt har utvidgats vid tillämpningen av nationell rätt som grundar sig på ett EU-rättsligt direktiv. Ett separat spørsmål är dock om definitionen är utvidgad även i den händelse att ett bakomliggande direktiv saknas; beträffande den frågan saknas såväl praxis som uttalanden i doktrin. Det går att argumentera för att den utvidgade definitionen bör gälla generellt. En legaldefinition vars omfattning oväntat skiftar är knappast tillfredsställande ur rättssäkerhetssynpunkt, och om direkt diskriminering är ett begrepp här rörande från EU-rätten förefaller det också logiskt att alltid tolka det på ett EU-konformt sätt. Högsta domstolen har dessutom uttryckt att en lagbestämelse normalt bör ges samma innebörd, oavsett om den tillämpas i ett fall som knyter an till EU-rättsliga bestämmelser eller ej.⁵⁴ Samtidigt klargjorde regeringen explicit i förarbetena att diskriminering utan identifierbar klagande *inte* är att anse som direkt diskriminering enligt svensk rätt. Att ge EU-rätten fullt genomslag trots förarbetsuttalanden är självklart, men det är enligt min uppfattning långtifrån lika självklart att helt bortse från förarbetena även då det saknas en EU-rättslig dimension. Rättsläget beträffande den exakta definitionen av direkt diskriminering är mot denna bakgrund delvis oklart.

3.2 PÅFÖLJDER VID DISKRIMINERING

Den som överträder ett diskrimineringsförbud är skyldig att betala diskrimineringsersättning till den som kränkts av överträdelsen.⁵⁵ Utifrån DL:s systematik är det uppenbart att den ersättningsberättigade enligt 5 kap. 1 § DL är tänkt att vara samma individ som blivit utsatt för diskriminering. Vid DL:s tillkomst existerade sålunda en stark koppling mellan 1 kap. 4 § och 5 kap. 1 §.

Definitionen av direkt diskriminering har, som framgår av avsnitt 3.1, utvidgats, och relationen mellan de två paragraferna är inte längre lika tydlig. Det finns enkelt uttryckt en skärningspunkt då ett agerande visserligen utgör diskriminering, men där en korresponderande skyldighet att betala diskrimineringsersättning saknas. DO anser mot denna bakgrund att några

53 AD 2018 nr 42 s. 43; DO:s skrivelse till regeringen med diarienummer LED 2019/519 handling I; Lundin & Nordström, Diskrimineringslagen I kap. 4 §, Lexino, 2020-11-14.

54 NJA 2003 s. 82.

55 5 kap. 1 § DL.

sanktioner vid grupporienterad diskriminering överhuvudtaget inte existerar i svensk rätt.⁵⁶ Denna uppfattning finner också flera företrädare inom doktrinen.⁵⁷

Slutsatsen att DL i sig saknar påföljder är inte felaktig, men i behov av komplettering. Medlemsstaternas institutioner har som bekant en mycket långtgående skyldighet att tolka nationell rätt EU-konformt.⁵⁸ Vidare innehåller Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna ett förbud mot diskriminering grundad på exempelvis kön eller funktionshinder.⁵⁹ EU-domstolen har i målen *Egenberger* samt *Bauer und Broßonn* fastslagit att stadgan kan ha direkt horisontell effekt, och att den därmed kan förstärka ett direktivs effekt mellan privata aktörer.⁶⁰ Trots detta förefaller ingen författare på allvar ha övervägt möjligheten att ge likabehandlingsdirektiven indirekt effekt genom en direktivkonform tolkning av 5 kap. 1 § DL, eller för den delen möjligheten att ge stadgans bestämmelser om antidiskriminering direkt horisontell effekt vid diskriminering utan identifierbar klagande. Det är därför nödvändigt att närmare utreda dessa uppslag.

En direktivkonform tolkning innebär att den nationella domstolen ”i den utsträckning det är möjligt, tolka[r] den nationella rätten mot bakgrund av det aktuella direktivets ordalydelse och syfte så att de resultat som avses i direktivet uppnås.”⁶¹ Exakt hur hårt den nationella domstolen är skyldig att vränga nationell rätt är något otydligt. I regel torde dock plikten att tolka direktivkonformt medföra att den nationella rätten måste konstrueras så att den förverkligar det bakomliggande direktivets materiella innehåll, förutom i de fall då den nationella rättens ordalydelse omöjliggör detta.⁶²

56 DO:s skrivelse till regeringen med diarienummer LED 2019/519 handling 1.

57 AD 2018 nr 42 s. 42; se också Göransson & del Sante, s. 39–40; Lundin & Nordström, *Diskrimineringslagen* I kap. 4 § punkt 2.1.1, Lexino, 2020-11-17; Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard (2015) *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2. [uppdaterade] uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, I kap. 4 §; Göransson, Håkan, Slorach, Martina, Flemström, Stefan & del Sante, Naiti (2013) *Diskrimineringslagen*, 3. uppl., Norstedts Juridik, s. 43 f.

58 Se t.ex. C-14/83 *Von Colson*, EU:C:1984:153, punkt 26 och C-573/17 *Popławski* ECLI:EU:C:2019:530 samt *Ellis & Watson*, s. 73.

59 Art. 21.1 stadgan. Enligt art. 51.1 är stadgan bindande för medlemsstaterna då de tillämpar unionsrätt.

60 Se C-414/16 *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257, punkt 75–82; C-569-570/16 *Bauer und Broßonn* punkt 90–91 samt *Craig & de Búrca*, s. 229 ff.

61 Se C-212/04 *Adeneler v. ELOG*, ECLI:EU:C:2006:443, punkt 124.

62 Se *Deards, Elspeth (1996) Indirect Effect after Webb v. Emo Air Cargo (UK) Ltd: How Must National Law be Interpreted to Comply with a Directive? European Public Law, Volume 2, Issue 1, s. 73.* Se även C-106/98 *Marleasing*, ECLI:EU:C:1990:395.

Inledningsvis är DL:s språkdräkt inte så trång att den vid första anblick utesluter en direktivkonform tolkning. 1 kap. 4 § DL kräver att ”någon” ska ha missgynnats jämfört med någon annan; kravet på individualisering kan konstrueras brett, såsom att samtliga individer i den förfördelade gruppen blivit missgynnade (jämfört med en annan valfri grupp av individer) vid allmänt hållen diskriminering. Även formuleringen ”den som kränkts av överträdelsen” i 5 kap. 1 § DL rymmer en extensiv tolkning, eftersom ingenting rent språkligt förhindrar att samtliga medlemmar i en förfördelad grupp kan anses ha blivit personligen kränkta vid ett allmänt hållet diskriminerande uttalande.⁶³ Tolkar man bestämmelserna på detta sätt erbjuder de effektiva sanktioner även vid allmänt hållen diskriminering, eftersom enskilda medlemmar ur den förfördelade gruppen kan väcka talan och kräva diskrimineringsersättning. Att förstå bestämmelserna på detta vis harmonierar dessutom ganska väl med den utvidgning av 1 kap. 4 § DL som de facto redan skett.⁶⁴ Lösningen är emellertid samtidigt behäftad med två avgörande svagheter: dels innebär den ett tolkningsvis påförande av betungande förpliktelser, dels innebär den att sanktionerna som riktas mot den diskriminerande parten blir oproportionerligt hårda.

Av rättssäkerhetsskäl är stor försiktighet påkallad då förpliktelser som tynger den enskilde tolkningsvis görs ännu strängare.⁶⁵ Högsta domstolen har vidare i NJA 2014 s. 499 II fastslagit att lägsta ersättningen vid diskriminering är 10 000 kronor.⁶⁶ Om varje enskild person i en förfördelad grupp skulle kunna kräva denna summa skulle följderna kunna bli rent absurda. Föreningen Statement skulle då exempelvis sammanlagt vara skyldig Sveriges cis-män cirka 50 miljarder kronor i diskrimineringsersättning, vilket vore uppenbart oförenligt med kravet på proportionalitet i likabehandlingsdirektiven.⁶⁷ En tolkning av DL varigenom varje enskild medlem av en förfördelad grupp tillerkänns en individuell rätt till ersättning måste därför förkastas. Inte heller är det möjligt att tolkningsvägen tillerkänna Diskrimineringsombudsmannen som organ en rätt till diskrimineringsersättning, eftersom en sådan ”tolkning” av 5 kap. 1 § DL vore fullständigt frikopplad från lagtexten, och därmed inte inryms i plikten att tolka nationell rätt EU-konformt.⁶⁸ Vid en närmare analys förefaller sålunda DL:s ordalydelse trots allt omöjliggöra en

63 Genom en och samma handling är det givetvis möjligt att samtidigt diskriminera flera personer, se NJA 2014 s. 499 I.

64 Se avsnitt 3.1 ovan.

65 Se Bernitz, Ulf, (2018) *Europarättens grunder*, 6 uppl., Wolters Kluwer, s. 126 vid not 101.

66 Se NJA 2014 s. 499 II, punkt 23.

67 10 000 kronor multiplicerat med ungefär 5 miljoner cis-män = ungefär 50 miljarder.

68 Se C-105/03 *Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386, punkt 47 samt C-444/09 *Gavieiro Gavieiro och Iglesias Torres*, EU:C:2010:819, punkt 95.

direktivkonform tolkning. Fråga uppstår då om det går att angripa diskriminering utan identifierbar klagande med stöd av artikel 21 och 47 i stadgan.

Artikel 21 i stadgan innehåller ett antal diskrimineringsförbud som gäller generellt, och begreppet diskriminering i stadgan får antas ha samma innebörd som i direktiven. Rätten till ett effektivt rättsmedel i artikel 47 stadgan gäller emellertid enbart den vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts. I fall av allmänt avskräckande uttalanden går det att ifrågasätta om det överhuvudtaget existerar någon enskild person vars individuella rättigheter har kränkts. Möjligen kan varje medlem av en förfördelad grupp anses vara utsatt för diskriminering; men av resonemanget ovan följer att någon individuell rätt till skadestånd inte kan komma i fråga. Den enda återstående påföljden som uppfyller samtliga unionsrättens krav, är då att den nationella domstolen på talan av en gruppmedlem förelägger den diskriminerande parten att upphöra med diskrimineringen vid äventyr av vite.⁶⁹ En sådan sanktion saknas emellertid i svensk diskrimineringsrätt, och kan inte heller indirekt tillskapas genom åsidosättande av nationella bestämmelser.⁷⁰ Innebär rätten till ett effektivt rättsmedel under sådana omständigheter en skyldighet för nationell domstol att tillskapa ett positivt rättsmedel (såsom förbud vid vite) i ett horisontellt förhållande? Mot bakgrund av EU-domstolens tämligen offensiva praxis rörande kravet på effektiva rättsmedel, är ett jakande svar inte alldeles otänkbart.⁷¹ Det saknas samtidigt prejudikat från EU-domstolen som tydligt ålägger nationella domstolar att mer eller mindre på egen hand införa nya sanktioner i horisontella förhållanden.⁷² Utifrån nuvarande praxis är det följaktligen svårt att med precision kartlägga vidden av stadgans horisontella effekt.

Sammanfattningsvis står det klart att DL inte tillhandahåller några påföljder vid diskriminering utan identifierbar klagande. Däremot är det inte otänkbart att artikel 21 och artikel 47 i rättighetsstadgan, lästa ihop med likabehandlingsdirektiven, innebär en skyldighet för nationella domstolar att tillskapa en adekvat sanktion om ingen står till buds. Rättsläget är dock oklart.

4. AVSLUTANDE KOMMENTAR

Den filosofiska pessimismens anfader Arthur Schopenhauer skrev en gång att statskonstens problem är att förena rätt med våld, så att medelst våldet rätten

⁶⁹ Jämför C-54/07 *Firma Feryn*, punkt 39.

⁷⁰ Jämför särskilt det färskva avgörandet C-30/19 *Braathens Regional Aviation*, ECLI:EU:C:2021:269, punkt 55 och 56.

⁷¹ Se exempelvis C-213/89 *Factortame I* ECLI:EU:C:1990:257, punkt 19–21 och C-453/99 *Courage* ECLI:EU:C:2001:465; se även Craig & de Búrca, s. 275 ff.

⁷² Jämför dock särskilt C-453/99 *Courage*, punkt 25 och 26 samt C-432/05 *Unibet (London) Ltd och Unibet (International) Ltd mot Justitiekanslern*, ECLI:EU:C:2007:163, punkt 40 och 41.

härskar.⁷³ Våld utan rätt är tyranniskt; men rätt utan våld är vanmäktig. I fall av diskriminering utan identifierbar klagande erbjuder DL i nuläget endast rättsliga definitioner utan anknytning till rättsliga sanktioner: en rätt utan våld. Under sådana omständigheter blir lagens påbud poänglösa. Man behöver dessutom knappast vara någon EU-expert för att begripa varför en total frånvaro av reella konsekvenser inte uppfyller unionsrättens krav på proportionerliga, effektiva och avskräckande påföljder vid diskriminering.

Jag är inte den förste som påpekar att Sverige försummat sina EU-rättsliga åtaganden. Åtskilliga författare har under lång tid envetet framfört samma budskap.⁷⁴ Trots detta sker först nu, mer än tolv år efter domen i *Firma Feryn*, en ordentlig genomlysning av DL:s bestämmelser. Saktfärdighet spänner över flera olika regeringar, och antyder djupare svagheter i arbetet med Sveriges regelefterlevnad.

Avslutningsvis är jag ändå försiktigt positiv till att regeringen nu äntligen vidtagit åtgärder för att täppa till luckan i DL. Statement Festival och AD 2018 nr 42 har med all önskvärd tydlighet åskådliggjort det nuvarande regelverkets otillräcklighet, och tiden är mogen för en nyorientering. Min förhoppning är att höstens betänkande så småningom leder fram till en lag som besparar Sverige fler öppet sexistiska musikfestivaler. 🙏

73 Schopenhauer, Arthur (1851) *Parerga und Paralipomena: zweiter Band*, § 127: "[D]ies ist das Problem der Staatskunst – und wohl ist es ein schweres."

74 Se bland annat Lundin & Nordström, diskrimineringslagen I kap. 4 §, Lexino, 2020-11-14; Fransson & Stüber, I kap. 4 § diskrimineringslag, Göransson & del Sante, s. 38 f. och Göransson m.fl., s. 44.