

Ärende LED 2015/250 handling 2

Arbetsmarknadsdepartementet
103 33 Stockholm

Yttrande över Genomförande av EU:s direktiv om fri rörlighet för arbetstagare (Ds 2015:36), A2015/1903/A

Diskrimineringsombudsmannen (DO) har anmodats att yttra sig över ovanstående departementspromemoria. DO begränsar sitt yttrande till att avse sådana frågor som är av betydelse för myndighetens uppdrag och har, med de påpekanden och kommentarer som lämnas nedan, inom denna ram inte någon erinran mot de i promemorian lämnade förslagen.

Tillgång till rättsliga förfaranden (artikel 3.1. i direktivet)

I promemorian redovisas bedömningen att direktivets krav på tillgång till rättsliga förfaranden för att säkerställa efterlevnaden av rätten till fri rörlighet för arbetstagare och likabehandling enligt artikel 45 i EUF-fördraget och artiklarna 1-10 i förordning (EU) nr 492/2011 tillgodoses genom svensk rätt. I samband härmed redogörs för de olika rättsliga förfaranden som står en unionsmedborgare till buds i sådana situationer som omfattas av direktivets tillämpningsområde, däribland möjligheten att under vissa förutsättningar föra talan enligt diskrimineringslagen (2008:567).

De överväganden som ligger till grund för promemorians slutsatser i nu aktuellt avseende faller i allt väsentligt utanför DO:s verksamhetsområde och DO saknar därför anledning att yttra sig i denna del. Såvitt gäller möjligheten för en unionsmedborgare att föra talan enligt diskrimineringslagen finns det dock skäl att understryka att möjligheten till en sådan talan i flera avseenden är begränsad i förhållande till direktivets krav. Som noteras i promemorian gäller detta såväl diskrimineringslagens materiella tillämpningsområde (bland annat det förhållandet att diskrimineringslagen i motsats till direktivet inte omfattar "skattemässiga förmåner"), diskrimineringslagens avsaknad av nationalitet som diskrimineringsgrund, som det faktum att direktivet till skillnad från diskrimineringslagen äger tillämplighet även i förhållande till vad som kan betecknas som "icke-diskriminerande" hinder för den fria rörligheten för arbetstagare.

Särskilt vad gäller diskrimineringslagens förbud mot indirekt diskriminering bör det härutöver uppmärksammas att det i diskrimineringslagens förarbeten uttalas att "*den s.k. lagprövningsrätten för offentliga organ är fastlagd i 11 kap. 14 § regeringsformen (RF). Ordet "bestämmelse" i definitionen av indirekt diskriminering innefattar inte föreskrifter om avses i 8 kap. RF, dvs. lagar,*

förordningar och myndighetsföreskrifter”.¹ Enligt DO:s uppfattning torde uttalandet vara att uppfatta som en tolkningsanvisning innebärande att diskrimineringslagens förbud mot indirekt diskriminering inte kan göras gällande i förhållande till författningsreglerade bestämmelser.

För det fall en sådan tolkning skulle upprätthållas i praxis skulle detta naturligtvis utgöra en högst väsentlig begränsning av diskrimineringslagens tillämpningsområde i förhållande till direktivets krav. Att begränsa diskrimineringsförbudets räckvidd på ett sådant sätt kan emellertid enligt DO:s mening inte anses vara förenligt med den gällande EU-rättsliga regleringen inom diskrimineringsområdet. Frågeställningen är för närvarande föremål för domstolsprövning.

Organisationers medverkan i rättsliga förfaranden (artikel 3.2 i direktivet)

Enligt artikel 3.2 i direktivet ska medlemsstaterna säkerställa att föreningar, organisationer (inbegripet arbetsmarknadens parter) eller andra juridiska personer som i enlighet med de kriterier som fastställs i nationell rätt har ett berättigat intresse av att säkerställa direktivets efterlevnad får medverka i administrativa eller rättsliga förfaranden för att säkerställa genomförandet av rättigheterna enligt artikel 45 i EUF fördraget och förordning 492/2011, antingen på unionsmedborgarens eller dennes familjemedlemmars vägnar eller för att stödja denne/dessa.

Som anges i promemorian erbjuder den svenska rättsordningen inom diskrimineringsområdet bland annat en möjlighet för ideella föreningar av visst slag att som part föra talan för enskild som medger det (6 kap. 2 § diskrimineringslagen). På ett likartat sätt kan inom arbetsrättens område arbetstagarorganisationer under vissa förutsättningar föra talan för den som är eller har varit medlem i organisationen (4 kap. 5 § lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister). Därutöver kan arbetstagarorganisationer vidta åtgärder även utan den enskildes medgivande till förmån för ett kollektivt intresse. Någon anledning att ifrågasätta att svensk rätt inom dessa båda områden motsvarar direktivets krav förefaller inte finnas.

Såvitt framgår av promemorian finns det emellertid inte någon motsvarande möjlighet för föreningar och organisationer att agera inom ramen för de andra slags rättsliga förfaranden som i Sverige står en unionsmedborgare till buds för att säkerställa efterlevnaden av skyldigheterna enligt artikel 45 i EUF fördraget och artiklarna 1-10 i förordning 492/2011. Den i promemorian kortfattat redovisade slutsatsen att svensk rätt tillgodoser artikelns krav synes beträffande dessa andra förfaranden vara baserad på möjligheten för enskilda att anlita ombud. Med hänsyn taget till såväl direktivets ordalydelse som dess syfte framstår bedömningen i denna del inte som invändningsfri, och en tydligare redovisning av de överväganden som legat till grund för promemorians

¹ Prop. 2007/08:95, s. 490.

ställningstagande hade här varit önskvärd. Frågan bör enligt DO:s mening ytterligare belysas under ärendets fortsatta beredning.

Skydd mot ogynnsam behandling (artikel 3.6 i direktivet)

Artikel 3.6 i direktivet uppställer i allt väsentligt ett krav på att nationell rätt ska tillhandahålla unionsmedborgare ett skydd mot repressalier på grund av denne sökt hävda sin rätt till fri rörlighet. Medan direktivets krav i denna del i åtskilliga fall bör kunna anses tillgodosett genom unionsmedborgares möjlighet att göra gällande något av diskrimineringslagens repressalieförbud, är denna möjlighet (som noterats ovan) i flera olika avseenden begränsad i förhållande till direktivets tillämpningsområde. Inte heller i övrigt kan befintliga svenska bestämmelser anses erbjuda ett tillräckligt skydd mot missgynnanden av aktuellt slag.

För att säkerställa att svensk rätt uppfyller direktivets krav finns det därför skäl att vidta lagstiftningsåtgärder. DO instämmer i att detta lämpligen bör ske genom införandet av en ny lag om skydd mot ogynnsam behandling för den som har inlett klagomål eller förfarande för att göra gällande sin rätt till fri rörlighet och likabehandling enligt artikel 45 i EUF-fördraget och artiklarna 1-10 i förordning (EU) nr 492/2011. DO delar vidare bedömningen att lagen bör utformas som ett förbud mot repressalier och att diskrimineringslagens repressalieförbud därvid bör tjäna som förebild.

Som ett tänkbart alternativ till en sådan särskild lag diskuteras i promemorian möjligheten att utvidga diskrimineringslagens tillämpningsområde, bland annat genom att låta den omfatta diskriminering som har samband med nationalitet när det gäller unionsmedborgare som utövar sin rätt till fri rörlighet och deras familjmedlemmar. Att på detta sätt införa en diskrimineringsgrund som endast skulle gälla för en begränsad kategori av personer med visst medborgarskap framstår – som konstateras i promemorian – som främmande för diskrimineringslagens systematik. Genom att en sådan ordning även skulle kunna komma att uppfattas som mindre väl förenlig med principen om likabehandling som en grundläggande mänsklig rättighet, kan det inte heller uteslutas att en förändring av detta slag skulle kunna utgöra ett hinder i det praktiska arbetet med att ge denna princip ett effektivt genomslag. Härtill kommer att man genom en sådan lösning i vart fall inte skulle komma till rätta med den inneboende begränsning av diskrimineringslagens räckvidd som ligger i att lagen i motsats till direktivet inte äger tillämplighet på sådana icke-diskriminerande begränsningar av unionsarbetstagares fria rörlighet som gäller oberoende av nationalitet.

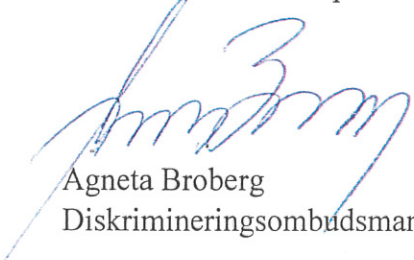
En annan sak är att skäl kan anföras till stöd för att komplettera diskrimineringslagen med ett *generellt tillämpligt* förbud mot diskriminering som har samband med nationalitet. Enligt DO:s mening bör en sådan utvidgning av diskrimineringslagens tillämpningsområde lämpligen behandlas i samband med en annan, än mer betydelsefull, frågeställning av principiell karaktär - införandet i lagen av en så kallad "öppen lista" av diskrimineringsgrunder. Förutsättningar för att hantera mer övergripande

frågeställningar av detta slag inom ramen för det nu aktuella lagstiftningsärendet torde emellertid inte finnas. Frågan bör enligt DO:s uppfattning därför göras till föremål för närmare överväganden i ett annat sammanhang.

Såvitt gäller promemorians författningsförslag kan det konstateras att detta inte innehåller något stadgande om vilka konsekvenser en överträdelse av repressalieförbudet innebär. Frågeställningen behandlas inte heller i promemorian, något som försämrar möjligheten att bedöma förslagets förutsättningar att på ett effektivt sätt bidra till att uppfylla direktivets syfte.

DO får mot denna bakgrund framhålla att det sakligt sett är angeläget att det föreslagna repressalieförbudet är förenat med reella sanktionsmöjligheter i fall då förbudet överträds. Av EU-rätten följer också en allmän skyldighet för medlemsstaterna att vid genomförande av direktiv säkerställa efterlevnaden av direktivets krav med effektiva, avskräckande sanktioner som står i proportion till överträdelsen (se här t.ex. EU-domstolens dom i mål C-354/99, Kommissionen mot Irland, EU:C:2001:550, p. 46). Det bör i detta sammanhang betonas att skyldigheten att sanktionera överträdelser i diskrimineringsområden föreligger oberoende av om det finns en identifierbar enskild skadelidande eller inte. Ett allmänt uttalande från en arbetsgivares sida med innebörden att arbetstagare som i framtiden gör sina rättigheter gällande kommer att förlora sina arbeten utgör enligt DO:s bedömning således en överträdelse som aktualiserar behovet av effektiva och avskräckande sanktioner (jfr EU-domstolens domar i mål C-54/07, Feryn, EU:C:2008:397 och mål C-81/12, Asociația Accept, EU:C:2013:275).

Beslut i detta ärende har fattats av diskrimineringsombudsman Agneta Broberg. I den slutliga handläggningen har också enhetscheferna Fredrik Körner och Martin Mörk samt experten Mattias Falk (föredragande) deltagit.



Agneta Broberg
Diskrimineringsombudsman



Mattias Falk
Mattias Falk
Expert