



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Skadestånd i diskrimineringsmål

- Avskräckande, effektiva och proportionerliga?

Isa Blom
Tillämpade studier, 30 hp.
Handledare: Mats Glavå
Juridiska Institutionen

INNEHÅLL

FÖRKORTNINGAR	3
1. Inledning	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod och källkritik	6
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Definitioner	8
1.5.1 Skadestånd	8
1.5.1.1 Ekonomiskt skadestånd	9
1.5.1.2 Ideellt skadestånd	9
1.5.1.3 Kränkning	10
1.5.1.3.1 Kränkning vid diskriminering	12
2. Resultat	13
2.1 Skadeståndslagstiftning	13
2.1.1 Allmän skadeståndsrätt	13
2.1.1.1 Skadeståndslagen	14
2.1.1.2 Skadeståndets funktioner	15
2.1.1.1.1 Reparation	15
2.1.1.1.2 Placering av kostnader	16
2.1.1.1.3 Pulvrisering av förlusterna	16
2.1.1.1.4 Prevention	17
2.1.2 Skadestånd i diskrimineringslagstiftningen	18
2.1.2.1 EG:s diskrimineringslagstiftning	18
2.1.2.2 Den svenska diskrimineringslagstiftningen	20
2.1.2.2.1 Jämställdhetslag (1991:433)	21
2.1.2.2.2 Övriga diskrimineringslagar inom arbetslivet	22
2.1.2.2.3 Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering	23
2.1.2.2.4 Lag (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan	23
2.1.2.2.5 Lag (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever	24
2.1.2.2.6 SOU 2006:22	25
2.1.2.2.7 Ds 2007:10	28
2.1.2.2.8 Proposition 2007/08:95 – <i>Ett starkare skydd mot diskriminering</i>	31
2.1.3 Skadestånd enligt arbetsrätten	34
2.1.3.1 Arbetsgivares rättigheter	38

2.2 Skadeståndspraxis	40
2.2.1 EG-domstolen	40
2.2.2 Svensk skadeståndspraxis	42
2.2.3 Praxis för skadestånd i diskrimineringsmål	44
2.2.3.1 NJA 2006 s 170	44
2.2.3.2 NJA 2006 s 683	45
2.2.3.3 BeO / Uppsala kommun	46
2.2.3.4 Övrig praxis i diskrimineringsmål	47
2.2.3.4.1 Domar	48
2.2.3.4.2 Förlikningar	51
3. Diskussion	54
REFERENSER	75

FÖRKORTNINGAR

AD	Arbetsdomstolen
BeL	Lag (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever
BeO	Barn- och elevombudsmannen
BrOM	Brottsoffermyndigheten
DFL	Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering
DO	Ombudsmannen mot etnisk diskriminering
Ds	Departementsserien
EDA	Lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning
EG	Europeiska gemenskapen
EGF	EG-fördraget (Romfördraget)
EU	Europeiska Unionen
FN	Förenta Nationerna
FUDA	Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder
HD	Högsta Domstolen
HO	Handikappombudsmannen
HomO	Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning
HovR	Hovrätten
HögsKL	Lag (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan
JK	Justitiekanslern
JämstL	Jämställdhetslag (1991:433)
JämO	Jämställdhetsombudsmannen
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LSS	Lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning 1
SACO	Sveriges Akademikers Centralorganisation
SEDA	Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning
SKL	Skadeståndslag (1972:207)
SocTjL	Socialtjänstlag (2001:453)
TR	Tingsrätt

1. Inledning

Den 11 juli 2003 var Alex ute på en restaurang i Stockholm med sina arbetskamrater. Det var precis innan semestern skulle börja och det var en härlig kväll. Flera av arbetskamraterna ringde efter sina respektive som kom dit, så gjorde även Alex flickvän. De satt allihop på uteserveringen, skrattade och pratade. Efter att ha druckit några öl gick Alex in på toaletten och flickvännen kom strax in efter. De möttes i kön till toaletten och Alex gav sin flickvän en kyss. Detta uppmärksammades av personalen i baren som kallade dit restaurangägaren. Denne tolererade inte deras beteende och bad dem att omedelbart lämna restaurangen. Alex blev mycket upprörd och förstod inte vad de hade gjort för fel. Sedan när fick man inte pussa sin flickvän på en restaurang? Ledsna och besvikna gick de därifrån. Några veckor senare polisanmälde de händelsen. I domstolen yrkades skadestånd för diskriminering på grund av sexuell läggning med 120 000 kr. Restaurangägaren hade inte behandlat dem på samma sätt om de hade varit ett heterosexuellt par. Ombudsmannen ansåg att beloppet skulle vara lämpligt för att skadeståndet skulle vara kännbart för restaurangägaren och ha en avskräckande verkan. Fallet gick ända till HD där skadeståndet sänktes till 15 000 kr.¹ Om detta belopp var rimligt med tanke på kännbarhet, ekonomisk börda och avskräckande verkan har diskuterats flitigt.

1.1 Bakgrund

1979 antogs den första jämställdhetslagen² och den trädde i kraft 1980. Denna lag följdes av 1999 års diskrimineringslagar mot diskriminering på grund av etnisk bakgrund³, funktionshinder⁴ eller sexuell läggning⁵. De senaste åren har även barn, elever⁶ och studenter i högskolan⁷ fått skydd mot diskriminering genom olika lagar.

Ovan nämnda lagar är tillämpliga i situationer inom arbetslivet eller skolverksamheten. År 2003 infördes ytterligare en lag mot diskriminering som skyd-

¹ NJA 2006:170 (Alex är ett fingerat namn.)

² 1979/1118

³ EDA (1999:130)

⁴ FUDA (1999:132)

⁵ SEDA (1999:133)

⁶ BeL (2006:67)

⁷ HögskL (2001:1286)

dar människors rättigheter inom andra områden som till exempel start eller bedrivande av näringsverksamhet, arbetsmarknadspolitiska åtgärder, socialtjänsten, sjukvården, studiestödssystemet och vid tillhandahållande av varor, tjänster och bostäder.⁸

Lagarna från 1999 och framåt har införts till följd av EG-direktiv⁹ på diskrimineringsrättens område och bygger på EG-rättsliga principer om likabehandling och icke-diskriminering som kommer till uttryck i bland annat EG-fördragets artikel 13 och EU-fördragets artikel 6. Dessa artiklar bygger i sin tur på Europakonventionen och FN:s konvention om mänskliga rättigheter.

Direktiven föreskriver att medlemsstaterna ska se till att effektiva, proportionerliga och avskräckande sanktioner finns för att beivra överträdelser av diskrimineringslagarna men det är upp till varje medlemsstat att bestämma vilken typ av sanktion man vill införa. Sverige har valt att införa ideellt skadestånd som sanktion mot överträdelser av diskrimineringslagstiftningen och i vissa fall även ekonomiskt skadestånd. EG-domstolen har uttalat att för att en sanktion ska fylla sitt syfte att den vara kännbar och ha en reell avskräckande verkan på den skadeskyldige samt stå i rimlig proportion till skadan.¹⁰ Om detta följs i den svenska praxisen är något som diskuterats flitigt de senaste åren.¹¹

Under arbetets gång med denna uppsats har en ny diskrimineringslagstiftning arbetats fram med syfte att försöka stärka skyddet mot diskriminering. Nyligen har både lagrådsremiss¹² och proposition¹³ lämnat regeringen och den nya lagen föreslås träda i kraft den 1 januari 2009.

⁸ DFL (2003:307)

⁹ Direktivet (2000/78/EG) om inrättandet av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet, Direktivet (2000/43/EG) om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung,

Direktiv (76/207/EEG) om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor och

Direktiv (2004/113/EG) om likabehandling av kvinnor och män i fråga om varor och tjänster

¹⁰ Celex 61995J0180 p. 25

¹¹ Se bl.a. Dagens Nyheter 28 mars 2006 *HD sänker skadestånd till lesbisk kvinna*

<http://www.dn.se/DNet/road/Classic/article/0/jsp/print.jsp?&a=532598>,

Sydsvenskan 24 april 2007 *Escape fälldes för diskriminering*

<http://sydsvenskan.se/malmo/article233886.ece?context=print>

¹² Lagrådsremiss – Ett starkare skydd mot diskriminering

¹³ Prop. 2007/08:95

1.2 Syfte och frågeställningar

Min hypotes var att skadestånd i diskrimineringsmål är förhållandevis låga och inte uppfyller en sanktions huvudsakliga ändamål. Jag har försökt att utreda om det reparativa syftet uppnås genom dagens skadeståndsbelopp, dels om den preventiva funktionen upprätthålls. Jag har utgått från frågeställningarna nedan.

- Hur är sanktionerna för diskriminering uppbyggda i svensk lagstiftning?
 - JämstL
 - EDA
 - FUDA
 - SEDA
 - DFL
 - HögsL
 - BeL
- Vad menas med avskräckande, effektivt, proportionerligt och kännbart skadestånd enligt EG-rätten?
- Följer svensk lag och praxis EG-rättens riktlinjer?
- Varför jämförs skadestånd vid diskriminering enligt DFL med skadestånd enligt SKL? Varför görs inte jämförelsen med arbetsrättsliga skadestånd?
- Hur har utvecklingen sett ut före och efter NJA 2006 s 170?
- Kommer den nya diskrimineringslagstiftningen förändra skadeståndspraxisen i Sverige?

1.3 Metod och källkritik

I min uppsats har jag använt mig av traditionell juridisk metod genom att läsa och tolka lagar, förarbeten, praxis och doktrin. Det finns inte många som i doktrinen behandlar skadestånd inom diskrimineringsmål på ett mer djupgående plan varför den litteratur jag använt till största delen handlar om grundläggande skadeståndsrätt, diskrimineringsrätt och arbetsrätt. Jag har även tittat på den litteratur inom området som klargör vilka principer som gäller inom skadeståndsrätten i allmänhet i Sverige. Håkan Andersson, professor i civilrätt vid Uppsala Universitet, har

vidare tagit upp ämnet diskriminering och skadestånd i en artikelserie¹⁴ som jag tagit del av.

Jag har gjort en genomgång av den svenska lagstiftningen på diskrimineringsområdet och undersökt vad som sägs i förarbeten om skadestånd. Jag har även läst utredningen och propositionen till den nya diskrimineringslagstiftningen och tagit del av vad som sägs i fråga om skadeståndsbedömningen i diskrimineringsmål i framtiden.

Som utgångspunkt för EG-rättens uttalande om ”kännbart skadestånd” har jag tittat på EG-domstolens mål Nils Draehmpaehl mot Urania Immobilienservice OHG¹⁵ och detta tillsammans med andra rättsfall, EG-direktiv och fördragstexter har legat till grund för EG-rättens syn på skadestånd i diskrimineringsmål. Jag har även tittat på hur EG-rätten ser ut på miljöområdet där direktiven också föreskriver avskräckande, effektiva och proportionerliga sanktioner.

För att undersöka om min hypotes om de låga skadestånden i Sverige stämmer har jag tittat på de domar och förlikningar som AD och ombudsmännen presenterar och den utveckling som skett under 2004-2007. Som utgångspunkt för min hypotes har jag lutat jag mig mot det så kallade Restaurangmålet¹⁶ som debatterats på grund av det låga skadestånd som där utdömdes. Ombudsmännen presenterar emellertid ingen praxis där skadestånd på grund av diskriminering dömts ut i allmänna domstolar från år 2004 och 2005, däremot finns några exempel från AD. Det är oklart vad detta beror på, möjligen kan uppmärksamheten kring NJA 2006 s 170 ha lett till en ökad benägenhet att anmäla och väcka åtal om diskriminering.

1.4 Avgränsningar

Min utgångspunkt är att titta på skadestånden i de civilrättsliga diskrimineringsbestämmelserna, därför har jag valt att inte fördjupa mig i olaga diskriminering enligt BrB 16:9, som är en straffrättslig bestämmelse. Sanktionen för detta brott är böter eller fängelse i högst ett år.

¹⁴ Andersson, Håkan, Pointlex 2006 *Diskrimineringsskadeståndsrätt (1) – bevisning av omständigheter och bevekelsegrunder*, Pointlex 2007 *Diskrimineringsskadeståndsrätt (2) – värdering av ”positivt” respektive ”negativt” särbehandlande åtgärder*, Pointlex 2007 *Diskrimineringsskadeståndsrätt (3) – den rättsliga och den politiska diskursen möts*

¹⁵ Celex 61995J0180, Mål C-180/95

¹⁶ NJA 2006:170

När det gäller sanktioner mot överträdelser av diskrimineringsförbuden har jag valt att behandla framför allt de ideella skadestånden och inte gå in så mycket på de ekonomiska skadestånden. Jag har inte tittat närmare på påföljden ogiltighet även om den är den ena av två sanktioner i lagstiftningen. Detta för att användningen av denna påföljd inte har vållat samma svårigheter som skadestånd.

Jag har avgränsat min analys av praxis till åren 2004-2007 eftersom det är under de senaste åren, då framför allt sedan HD:s domar från 2006, debatten blivit allt intensivare och lagstiftningen alltmer omfattande. Jag har valt att inrikta mig på de domar där skadestånd utdömts och inte de fall där talan avslagits. Detta för att mitt syfte är att analysera skadeståndsbedömningen och inte bevisfrågorna.

1.5 Definitioner

Dessa definitioner är i första hand hämtade från den allmänna skadeståndsrätten och SkL som är tillämplig i de fall inget annat är föreskrivet i lag eller avtal. Jag går senare in på hur dessa ibland skiljer sig från diskrimineringskadeståndsrättens definitioner av begreppen.

1.5.1 Skadestånd

Skadestånd är en form av civilrättslig sanktion och rör ersättning mellan personer, fysiska och juridiska. Detta kan jämföras med de offentlighetsrättsliga sanktionerna böter och fängelse som utfärdas av staten och betalas till staten. Skadeståndet har flera funktioner och betydelsen av dessa har diskuterats genom historien och olika funktioner har spelat olika stor roll i debatten genom århundradena. Grundtanken är att skadeståndet är en ersättning som ska försätta den som lidit skada i samma ställning som om skadan aldrig inträffat.¹⁷ Att uppfylla detta i praktiken medför naturligtvis många svårigheter.

Det är svårt att dra en skarp gräns mellan ekonomiskt och ideellt skadestånd men en vedertagen princip är att ekonomiska skador ersätts så fort skadeståndsskyldighet existerar medan däremot ideella skador bara ersätts om det finns stöd för detta i lag eller avtal. Denna princip finns dock inte uttryckligen i lagtext utan stöd för detta finner man i uttalanden i förarbeten och litteratur.¹⁸

¹⁷ Hellner, Radetzki *Skadeståndsrätt* 7e uppl. s. 25

¹⁸ *Ibid.* s. 366

1.5.1.1 Ekonomiskt skadestånd

Ekonomisk skada är en skada som relativt enkelt går att värdera i pengar.¹⁹ Vid personskada kan det handla om till exempel sjukvårdskostnader, förlust av inkomst och ersättning för framtida inkomstförlust.²⁰ Vid sakskada handlar det oftast om ersättning för föremålet eller för reparation. När det gäller diskriminering kan ekonomiskt skadestånd idag utgå enligt de arbetsrättsliga lagarna till arbetstägare och enligt BeL.

1.5.1.2 Ideellt skadestånd

Den exakta innebörden av ideell skada är svår att fastställa. Ett förslag har varit att all skada som inte är ekonomisk, som alltså kan värderas i pengar, ska bedömas som ideell. Definitionen har accepterats på många håll men är likväl inte helt lätt att använda i alla situationer. I SkL 5:1 nämns angående personskada fysiskt och psykiskt lidande av övergående natur (sveda och värk) eller av bestående art (lyte och men) samt särskilda olägenheter till följd av skadan.²¹ Oftast kännetecknas den ideella skadan av känslomässiga upplevelser som kan variera från person till person.

En typ av ideellt skadestånd är så kallat allmänt skadestånd som tillämpas inom arbetsrätten vid överträdelser av kollektivavtal.²² Det allmänna skadeståndet har bland annat som uppgift att få parterna att respektera de gällande normerna i avtalet.²³

För att ideellt skadestånd ska utgå är huvudprincipen att det ska finnas stöd för det i lag eller avtal. Så är exempelvis fallet med personskador. Om det inte finns stöd för ideellt skadestånd i lag eller avtal kan man på grund av den vaga gränsen till ekonomiskt skadestånd påvisa att den ideella skadan sammanfaller med den ekonomiska. Detta kan bli aktuellt vid exempelvis immaterialrättsliga sakskador.²⁴

Ideellt skadestånd är den vanligaste sanktionen vid brott mot diskrimineringslagstiftningen.

¹⁹ Ibid. s. 367

²⁰ Ibid. s. 371-386

²¹ Ibid. s. 390

²² Ibid. s. 367

²³ Ibid. s. 62

²⁴ Ibid. s. 367

1.5.1.3 Kränkning

Enligt SkL 2:3 ska den som allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära ersätta den skada som kränkningen innebär. En kränkning anses ha skett om ett handlande orsakar vissa känslor hos en annan person som till exempel rädsla, förnedring eller skam och för att en person ska anses ha blivit allvarligt kränkt ska personen vara i särskild grad berörd av handlingen. Känslorna behöver inte leda till psykiska skador. Upplevelsen av en kränkning kan givetvis aldrig raderas men en ersättning i pengar kan ge en känsla av upprättelse och på så sätt lindra verkningarna av händelsen genom att upprätta självkänsla och självrespekt.²⁵ Vid bedömningen om kränkningen har varit av allvarlig art ska hänsyn tas till vissa omständigheter som uppräknas i SkL 5:6.²⁶ SkL 2:3 tillämpas inte bara vid brott enligt BrB utan även vid annan lagstiftning.²⁷ Efter lagändringen 2001 framgår det av lagtexten att skadestånd för kränkning kan utgå även om ingen annan skada uppkommit.²⁸

Skada genom kränkning påminner en del om personskada med den skillnaden att socialförsäkringen inte omfattar dessa skador och därför inriktas arbetet på vem som är skadeståndsskyldig och om skadestånd ska utkrävas. Vid kränkning påminner skadeståndsansvaret något mer om en sanktion mot ett handlande som av rättsordningen bedömts som oacceptabelt och på så sätt kan man dra paralleller till straffansvaret.²⁹ Skadeståndsansvaret aktualiseras endast om kränkningen uppkommit genom uppsåtligt eller oaktsamt brott mot person, frihet, frid eller ära vilket i de flesta sammanhang innebär brott mot person. Det krävs att rekvisiten i brottsparagrafen är uppfyllda men inte nödvändigtvis att förövaren dömts för brottet. Förmögenhetsbrott ger generellt inte rätt till kränkningersättning. I övrigt uppställs ett krav på att kränkningen varit av allvarlig natur, vilket innebär att så kallade bagatellartade kränkningar inte ger rätt till ersättning. Allvarlighetsbedömningen görs med utgångspunkt i hur händelsen, brottet, generellt skulle ha

²⁵ Prop. 2000/01:68 s. 48

²⁶ Se nedan under 2.1.1.1

²⁷ Prop. 2000/01:68 s. 64

²⁸ Hellner, Radetzki *Skadeståndsrätt* 7e uppl. s. 79

²⁹ *Ibid.* s. 58

uppfattats. Sexualbrott och även de flesta grova våldsbrott är ett exempel på brott som i de allra flesta fall anses vara en allvarlig kränkning.³⁰

Det som skiljer kränkingsersättningen från ersättning för sveda och värk är dels att kränkingsersättningen inte förutsätter att personskada uppkommit. Vidare utgår kränkingsersättningen från offrets upplevelser vid själva skadehändelsen och karaktären av denna och inte följdverkningarna av händelsen som är fallet vid sveda och värk. Kränkingsersättningen bedöms på objektiva grunder, hur händelsen generellt skulle ha upplevts, medan ersättningen för sveda och värk beräknas på subjektiva grunder och gärna med läkarintyg som stöd. Kränkingsersättningen varierar alltså inte så mycket mellan olika offer som ersättningen för sveda och värk kan göra.³¹ Vid kränkingsbedömningen kan dock ibland den enskildes upplevelser av händelsen vägas in om det framkommer uppgifter som tyder på att den enskildes upplevelse varit allvarligare eller lindrigare än normalt.³² Även den kränktes egna beteende kan vägas in i bedömningen, till exempel om personen själv deltagit i ett bråk som lett till misshandel.³³

Det är svårt att objektivt mäta lidande men eftersom olika personer har olika förmåga att argumentera och beskriva sitt lidande har man bestämt att bedömningen ska göras utifrån ungefärliga bedömningar, baserade på aktuella etiska och sociala värderingar. Det är alltså det lidande som typiskt sett skulle ha uppkommit som bedömningen baseras på men i vissa fall måste man ta hänsyn till den skadelidandes egna upplevelser om händelsen i det enskilda fallet framstår som allvarligare eller lindrigare än normalt. Storleken på ersättningen beräknas efter graden av lidande hos offret och inte graden av skuld hos gärningsmannen.³⁴

När det gäller skadeståndets storlek görs bedömningen utifrån SkL 5:6.³⁵ I den senaste propositionen till SkL fick utredningen i uppgift att ta reda på om skadestånd vid framför allt sexualbrott borde höjas. Utredningen gjorde bedömningen att det inte fanns några incitament för att försöka höja skadeståndsbeloppens storlek generellt men att vid vissa brott som sexualbrott och grova våldsbrott kunde detta dock vara berättigat. I Sverige har vi relativt låga skadeståndsbelopp

³⁰ Ibid. s. 81

³¹ Brottsoffermyndighetens referatsamling 2006, s. 13

³² Prop. 2000/01:68 s. 51

³³ Hellner, Radetzki *Skadeståndsrätt* 7e uppl. s. 82

³⁴ SOU 1992:84 s 233-234

³⁵ Se nedan under 2.1.1.1

om man jämför med länder som till exempel USA. I propositionen menar man att en sådan jämförelse inte bör göras, för det första eftersom brottsoffer i USA i allmänhet har svårare att få rätt till skadestånd och för det andra för att en jämförelse av skadestånd inte kan göras utan att samtidigt titta på hela landets rättssystem vilka skiljer sig åt radikalt. Synen på skadestånd i USA är inte bara att de ska vara en reparation och en upprättelse för den skadelidande utan även en repressiv funktion som en slags böter för den skadevällande.³⁶

Det hävdas i propositionen att skadeståndsnivåerna har höjts kraftigt genom åren, även i förhållande till inflationen och att kritiken att skadeståndsnivåer i Sverige generellt är för låga i ett internationellt perspektiv inte längre är befogad. Slutligen framhåller de att det är upp till domstolarna att tolka och avgöra vilka skadeståndsbelopp som är aktuella i de olika fallen.³⁷

1.5.1.3.1 Kränkning vid diskriminering

Begreppet kränkning vid diskriminering skiljer sig från synen på kränkning enligt SkL. Redan brott mot diskrimineringslagstiftningen utgör en allvarlig kränkning och utgör en rätt till kränkingsersättning. Det behöver alltså inte vara ett brott mot person, frid, frihet eller ära. Det går inte att hävda att ett brott mot diskrimineringslagstiftningen skulle vara så lindrigt att kränkingsersättning inte skulle bli aktuellt och det krävs inte heller att brottet varit uppsåtligt eller oaktsamt. Vid bedömningen om ersättningens storlek ska hänsyn tas till de omständigheter som räknas upp i SkL 5:6. I beloppsbedömningen ska den enskildes upplevelser av händelsen beaktas till skillnad från andra fall av kränkning där man gör en objektiv bedömning av händelsen. Förutom att skadeståndet ska ge den skadelidande upprättelse är syftet också att skadeståndet ska ha en stark preventiv effekt.³⁸

³⁶ Prop. 2000/01:68 s. 54

³⁷ Ibid. s. 55

³⁸ Ds 2007:10 s. 33

2. Resultat

2.1 Skadeståndslagstiftning

2.1.1 Allmän skadeståndsrätt

Inledningsvis kan man dela in skadestånden i inom- och utomobligatoriska skadestånd. Inomobligatoriska skadestånd är de som blir aktuella om skada uppkommer i ett kontraktsförhållande, som vid exempelvis ett köp. Då regleras skadeståndet ofta av regler i avtalet. Utomobligatoriska skadestånd kommer i fråga när skada uppkommer i en situation som inte styrs av något avtal som till exempel då en person halkar på en väg som borde ha sandats av fastighetsägaren. Det är då den egentliga skadeståndsrätten inträder eftersom inget kontrakt finns som reglerar ersättningen.³⁹ I praktiken kan det vara svårt att särskilja de olika skadestånden åt och det går inte att dra någon skarp gräns mellan de två. Skadestånd för en person som skadas under en bussfärd regleras i Sverige enligt den utomobligatoriska skadeståndsrätten men skadestånd för en flygpassagerare som råkar ut för en olycka behandlas som ett inomobligatoriskt skadestånd. Lika fall kan också behandlas olika i olika nationella rättssystem.⁴⁰

Vidare kan skadorna delas upp i personskador, sakskador och rena förmögenhetsskador. Person- och sakskador är de viktigaste grupperna i utomobligatoriska skadestånd och de är de som dominerar SkL.⁴¹ Med personskada menas fysiska och psykiska skador på människokroppen som exempelvis brutna ben eller depressioner till följd av skador. Med sakskada menas skada på fast egendom eller lösa föremål. Både estetiska och funktionella skador samt förlust av egendom innefattas i begreppet.⁴² Ren förmögenhetsskada är enligt 1 kap 2 § SkL ”sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada”. En sådan skada kan vara försämrade inkomster för ett företag på grund av till exempel en blockad.⁴³

³⁹ Hellner, Radetzki *Skadeståndsrätt* 7e uppl. s. 25

⁴⁰ *Ibid.* s. 26

⁴¹ *Ibid.* s. 99

⁴² *Ibid.* s. 103

⁴³ *Ibid.* s. 65

En viktig omständighet som inverkar på den utomobligatoriska skadeståndsrätten är försäkringar. En person kan ha rätt till skadestånd samtidigt som skadan kan täckas av dennes försäkring. Försäkringens påverkan på skadeståndet är olika beroende på om skadan är en personskada eller en sakskada. Domstolarna fäster inte så stor vikt vid eventuella försäkringar på den skadelidandes sida men det är ett viktigt inslag för den skadelidande eftersom de båda ersättningarna hänger ihop och brukar med ett gemensamt begrepp kallas för just ersättningsrätt. Skadeståndet ses till stor del som ett komplement till försäkringen eftersom försäkringen ofta ger ett bättre skydd. En fastslagen rätt till skadestånd kan också göra det lättare att få ut pengar från försäkringen.⁴⁴

Sverige har genom tiderna försökt hålla beloppen för ideella skadestånd på en rimlig nivå så att de inte ska skena iväg alltför mycket. Redan i NJA 1969 s 469 framhöll HD att nivåerna inte borde höjas med argumenten att det är svårt att objektivt fastställa nivåerna för ideella skadestånd och att dessa inte bör skilja sig alltför mycket från de ersättningar som utgår genom försäkringar. I senare förarbeten har skäl framförts om att ersättningarna för ideella skador bör höjas, men inte alltför kraftigt. Som argument för att höja beloppen har det allmänna rättsmedvetandet betonats.⁴⁵ Skadeståndsnivåerna har höjts genom förarbeten och praxis och ersättning för lidande har fått allt större utrymme.

2.1.1.1 Skadeståndslagen

SkL är det centrala regelverket för utomobligatoriska skadestånd och innehåller bestämmelser om skadestånd som är tillämpliga om inte annat är föreskrivet i avtal eller andra skadeståndsregler⁴⁶. Lagen är ganska vagt utformad och mycket får tolkas utifrån den praxis som utvecklats inom skadeståndsområdet.⁴⁷ Eftersom skadestånd vid diskriminering regleras av speciallagstiftning är endast vissa av paragraferna i SkL, som till exempel 5 kap. 6 § som reglerar skadestånd vid kränkning, tillämpliga i dessa mål. Enligt denna paragraf ska skadeståndet bestämmas med hänsyn till handlingens art, alltså vilken typ av övergrepp som skett, och till dess varaktighet, alltså om det handlar om en enstaka händelse eller om

⁴⁴ Ibid. s. 28

⁴⁵ SOU 1992:84 s 202-203

⁴⁶ SKL (1972:207) 1:1

⁴⁷ Hellner, Radetzki, *Skadeståndsrätt 7e* uppl. s. 29-30

det hänt vid upprepade tillfällen. Vidare ska hänsyn tas till fem andra omständigheter som punktats upp i paragrafen. Den första omständigheten är om handlingen haft förnedrande eller skändliga inslag och i propositionen nämns som exempel här sexualbrott, grova våldsbrott och misshandel av närstående. Det är upplevelsen av den brottsliga handlingen som åsyftas och inte det obehag och den förnedring som kan upplevas under polisförhör och rättegång. En annan omständighet är om handlingen varit ägnat att framkalla allvarlig rädsla för liv eller hälsa. Exempel på detta kan vara grova våldsbrott men även allvarligare hot. Om handlingen varit riktad mot någon med särskilda svårigheter att värja sin personliga integritet ses detta också som en omständighet som särskilt ska beaktas. Så kan vara fallet om brottet riktat sig mot ett barn, en gammal person eller en person med handikapp. Om personen varit berusad eller drogad kan detta också vägas in och i synnerhet om förövaren själv drogat offret. Den fjärde punkten tar upp om handlingen inneburit missbruk av ett beroende- eller förtroendeförhållande. Här tar man i första hand sikte på sexuellt utnyttjande av barn men även andra beroendeförhållanden som till exempel mellan arbetsgivare och arbetstagare eller mellan lärare och elever. Sista punkten tar upp om handlingen varit ägnad att påkalla allmän uppmärksamhet. Här menar man i första hand ärekränkingsbrotten som exempelvis förtal men även om någon blir utsatt för brott inför andras åskådan.⁴⁸

2.1.1.2 Skadeståndets funktioner

Skadestånd har sedan länge använts som ersättning mellan personer som orsakat varandra skada. Sanktionens utbredning bör tyda på att den fyller vissa tillfredsställande funktioner. Vilka dessa är och vilken betydelse de har råder delade meningar om i olika länder och i olika tidsepoker. De funktioner som är aktuella är reparation, placering av kostnader, pulvrisering och prevention.

2.1.1.1.1 Reparation

Reparation innebär att den som lidit skada ska kompenseras för den skada som han eller hon har lidit så att personen hamnar i samma situation som innan skadan, det vill säga så som om skadan aldrig inträffat. Det är en relativt enkel ekvation när det handlar om ekonomiska skador, en person som har förlorat sin bil eller en

⁴⁸ Prop. 2000/01:68 s. 74-75

summa pengar kan få ersättning för bilens värde eller samma summa pengar tillbaka. När det handlar om personskador är det svårare att uppskatta skadans värde i pengar, personen kan få ersättning för de utlägg han eller hon gjort i form av sjukhusvistelser, läkarbesök och mediciner men det är svårt att ersätta fysiskt och psykiskt lidande med en summa pengar.

Denna funktion är den de flesta i första hand tänker på när det handlar om skadestånd och då främst på grund av reparationens syfte för den enskilda personen. Ett annat syfte med funktionen är den trygghet som skapas för allmänheten när vetskapen finns att man, vid en eventuell skada, kan få ersättning som täcker de kostnader man haft. Denna trygghet är emellertid relativt begränsad eftersom rätt till skadestånd inte alltid är en självklarhet. Idag är det försäkringar som i första hand uppfyller denna trygghet.⁴⁹

2.1.1.1.2 Placering av kostnader

När man pratar om kostnadsplacering ur ett samhällsekonomiskt perspektiv ser man att kostnaden inte försvinner genom att den skadevållande ersätter den skadelidande, kostnaden flyttas bara mellan personerna. Detta skiljer skadeståndet från den ersättning en skadelidande kan utfå från en försäkring då denna kostnad då redan betalats av den skadelidande genom premier och på så sätt sprids över ett kollektiv av försäkringstagare.⁵⁰

Denna skadeståndsfunktion kan ses som ganska begränsad eftersom alla skadelidande inte har rätt till skadestånd och alla skadeskyldiga kan inte betala skadestånd. Vidare kan man inte veta att den skadeskyldige verkligen blir den slutgiltige kostnadstagaren. En butiksinnehavare kan till exempel flytta över kostnaden på sina kunder genom att höja priserna på sina varor för att kompensera sin förlust.⁵¹

2.1.1.1.3 Pulvrisering av förlusterna

Detta är en funktion som i första hand brukar karakterisera skadelidandes försäkringar. Skadeståndet kan emellertid fungera på samma sätt, till exempel då den

⁴⁹ Hellner, Radetzki, *Skadeståndsrätt* 7e uppl. s. 40

⁵⁰ *Ibid.* s. 40

⁵¹ *Ibid.* s. 41

skadeståndsskyldige har tecknat en ansvarsförsäkring. Då skadeståndsansvaret drabbar den skadevällande själv inträder dock ingen pulverisering.⁵²

2.1.1.1.4 Prevention

Prevention är en något mer omdiskuterad funktion och dess effekter är svåra att mäta. Det finns två typer av prevention, individualprevention och allmänprevention. Individualpreventionen uppkommer då en person som tvingas att betala skadestånd avhåller sig från att orsaka skada i framtiden på grund av detta. Denna prevention kan ses som en avskräckande effekt. Den allmänpreventiva effekten uppstår när människor avhåller sig från att medvetet orsaka skada på grund av de skadestånd som de kan komma att bli skyldiga och preventionen kan på så sätt sägas vara moralbildande.⁵³

En person som framhållit skadeståndets preventiva nytta är Lundstedt (1882-1885). Han menade att denna funktion var den absolut viktigaste och att skadevällande handlingar skulle öka i samhället om skadeståndsansvar inte fanns. Hans teori är emellertid svår att pröva eftersom vi har svårt att tänka oss ett samhälle utan skadeståndsansvar.⁵⁴

Förutom skadeståndsansvaret finns även ytterligare faktorer som har en preventiv verkan, som till exempel fängelsestraff, information och risk att själv råka ut för skada. Dessa påverkar också människor att inte begå skadegörande handlingar. Dessutom drabbar inte alltid skadeståndsansvaret den som faktiskt företagit den skadegörande handlingen, utan kan genom så kallat principalansvar till exempel drabba den skadevällandes arbetsgivare. Denne kan i och för sig förebygga sitt ansvar genom att exempelvis utforma arbetsplatsen så att skador i största möjliga mån förhindras.⁵⁵

Den största invändningen mot att skadestånd egentligen har någon preventiv effekt är att försäkringsbolag i många fall står kostnaden när skada uppkommer. Sammanfattningsvis kan sägas att det inte finns nämnvärda bevis för vilken pre-

⁵² Ibid. s. 42

⁵³ Ibid. s. 42

⁵⁴ Ibid. s. 43

⁵⁵ Ibid. s. 43

ventiv effekt skadeståndet har men att det säkerligen finns situationer där den preventiva effekten uppkommer.⁵⁶

2.1.2 Skadestånd i diskrimineringslagstiftningen

2.1.2.1 EG:s diskrimineringslagstiftning

År 1976 antog EU:s medlemsländer direktivet om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor⁵⁷, ofta kallat likabehandlingsdirektivet. Direktivet introducerade likabehandlingsprincipen och förbjöd direkt och indirekt diskriminering på grund av kön inom arbetslivet. I detta första direktiv finns ingen bestämmelse om hur medlemsländerna ska utforma eventuella sanktioner.

Under år 2000 trädde två nya EG-direktiv i kraft på diskrimineringsrättens område. I rådets direktiv om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung⁵⁸ infördes likabehandlingsprincipen inte bara inom arbetslivet utan även inom utbildning, sociala förmåner och inom området för tillhandahållande av varor, tjänster och bostäder. Rådets direktiv om inrättande av en allmän ram för likabehandling⁵⁹ skyddar diskrimineringsgrunderna funktionshinder, religion eller övertygelse, sexuell läggning och ålder inom arbetslivet. År 2004 antogs direktivet om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster.⁶⁰

I de tre senare direktiven finns utförliga regleringar om sanktioner vid brott mot de olika nationella bestämmelser som införs i enlighet med direktiven. Artiklarna är utformade på samma sätt och föreskriver att det är upp till medlemsstaterna att besluta om vilka sanktioner som ska införas, dessa kan bestå av skadestånd och de ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.⁶¹

⁵⁶ Ibid. s. 44

⁵⁷ 76/207/EEG av den 9 februari 1976

⁵⁸ 2000/43/EG av den 29 juni 2000

⁵⁹ 2000/78/EG av den 27 november 2000

⁶⁰ 2004/113/EG av den 13 december 2004

⁶¹ Art 15 dir. 2000/43/EG, Art 17 dir. 2000/78/EG och Art 14 dir. 2004/113/EG

Att sanktioner ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande är en vanlig formulering i EG-rättsliga akter, bland annat inom miljörättens område⁶², inom området för handel med finansiella instrument⁶³ m.fl.⁶⁴. Vad dessa vaga ordalydelser innebär i praktiken är inte helt klart. Det måste här framhållas att EG:s rättskällor inte är uppbyggda på samma sätt som i svensk rätt. Förarbeten, som i svensk rätt har en hög status i rättskällehierarkin, saknar motsvarande status inom EG-rätten. Inom EG är det i första hand EG-domstolen som avgör hur rättskällorna ska tolkas och domstolens beslut och formuleringar har ett mycket högt tolkningsvärde. Medlemsstaterna i EU är bundna av den så kallade assimilationsprincipen.⁶⁵ Denna princip innebär att medlemsstaterna ska se till att de sanktioner som införs i den nationella rätten efter implementering av EG-rättsakter motsvarar de överträdelser som redan existerar i nationell rätt för samma typer av överträdelser, såväl materiellt som processuellt. Principen innebär också att det inte ligger inom EG:s kompetens att utfärda straffrättsliga normer.⁶⁶

På området för miljörätten har intensiva diskussioner förts om sanktionerna för brott mot lagstiftningen uppfyllt EG-rättens krav på att vara avskräckande, effektiva och proportionerliga. Kommissionen påpekade i ett förslag till direktiv år 2002 att sanktionerna för brott mot miljölagstiftningen uppenbarligen inte var tillräckligt avskräckande, effektiva och proportionerliga eftersom dylika brott fortfarande begicks.⁶⁷ De ansåg vidare att de enda påföljder som har en reell avskräckande verkan i många fall är straffrättsliga sanktioner eftersom de visar på en tydligare och kraftfullare markering från samhällets sida att överträdelser av lagstiftningen är oacceptabel. Därför föreslog kommissionen att miniminormer skulle införas för att medlemsstaterna lättare ska kunna införa lämpliga straffsanktioner.⁶⁸ Förslaget blev dock omdiskuterat på grund av att gemenskapens kompetens inom EU:s tredje pelare (det polisiära och straffrättsliga samarbetet, GUSP) är begränsad. Problemet är att gemenskapen inte har befogenhet att föreskriva straffrättsliga åtgärder samtidigt som det finns en befogenhet att kräva att medlemssta-

⁶² Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 882/2004

⁶³ Prospektivdirektivet 2003/71 EG

⁶⁴ Rådets direktiv 2002/90/EG av den 28 november 2002 om definition av hjälp till olaglig inresa, transitering och vistelse

⁶⁵ EGF art 280 (2) samt Mål C-68/88 Kommissionen mot Grekland

⁶⁶ http://217.71.145.20/TRIPviewer/temp/TUNNISTE_RP_52_2005_ru.html (2007-12-21)

⁶⁷ KOM (2001) 139 slutlig s 4

⁶⁸ KOM (2001) 139 slutlig s 2

terna inför sanktioner mot överträdelser av EG-rättsliga bestämmelser. EG-domstolen avgjorde frågan om förslaget tagits i strid med de gemenskapsrättsliga principerna. I målet framhölls att formuleringen ”avskräckande, effektiva och proportionerliga” finns i ett flertal rättsakter och att det i vissa fall är ofrånkomligt att detta måste innebära att medlemsstaterna inför straffrättsliga sanktioner för att uppnå detta syfte. Civilrättsliga påföljder uppnår inte alltid sanktionens preventiva syfte.⁶⁹

I sin dom kom EG-domstolen fram till att straffrätt visserligen ligger utanför gemenskapens kompetensområde men samtidigt sades att det inte finns något som hindrar den från att vidta åtgärder som relaterar till medlemsländernas straffrätt då man ansåg att det var nödvändigt för att sanktioner på miljörettens område ska bli avskräckande, effektiva och proportionerliga.⁷⁰

Det kan ifrågasättas om EG-domstolens dom kan tillämpas på andra områden utöver miljörettens men synen på begreppen avskräckande, effektiva och proportionerliga klargörs i viss mån i resonemanget.⁷¹

Det bör också nämnas att kommissionen i juli 2007 riktade ett motiverat yttrande mot Sverige angående implementeringen av direktivet mot etnisk diskriminering⁷². Yttrandet gällde bland annat det faktum att den svenska EDA i bestämmelsen om ekonomiskt skadestånd hänvisar till LAS 39 § vilket innebär att ett maximibelopp för skadeståndet uppställs. Detta anses inte uppfylla direktivens krav på effektiva, proportionerliga och avskräckande sanktioner. Senare har även två formella underrättelser riktats mot Sverige för de liknande bestämmelserna i de övriga diskrimineringslagarna inom arbetslivet.⁷³

2.1.2.2 Den svenska diskrimineringslagstiftningen

Den viktigaste påföljden för brott mot diskrimineringslagarna är skadestånd men även ogiltighet kan komma i fråga i anledning av ett avtal som inte stämmer över-

⁶⁹ Förslag till avgörande av Generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer. Föredraget den 26 maj 2005. Mål C-176/03, p. 40.

⁷⁰ Mål C-176/03, p. 48

⁷¹ Bodin Löfgren, Teodor, Examensarbete, *Straffrätten i en europarättslig diskurs* Juridiska fakulteten vid Lunds universitet

⁷² Dir 2000/43/EG

⁷³ Lagrådsremiss – *Ett utvidgat skydd mot diskriminering* s. 392 (Se vidare under 2.1.2.2.8)

ens med lagstiftningen.⁷⁴ Enligt de lagar som gäller diskriminering inom arbetslivet kan allmänt skadestånd för den kränkning som uppstått utgå till både arbetssökande och arbetstagare. Skadeståndets storlek ska bedömas efter omständigheter som diskrimineringens art och omständigheter kring det diskriminerande förfarandet, arbetsgivarens uppsåt, betalningsförmåga och så vidare. Beloppets storlek ska bedömas utefter hur allvarlig kränkningen varit. Om arbetsgivaren diskriminerat avsiktligt ska skadeståndet bli högre än om diskrimineringen skett oavsiktligt. När flera personer utsatts för diskriminering samtidigt i till exempel ett anställningsförfarande ska skadeståndet beräknas individuellt för varje person. Ekonomiskt skadestånd kan enligt de arbetsrättsliga diskrimineringslagarna endast utgå till arbetstagare eftersom detta kan beräknas med tanke på personens eventuella uteblivna lön eller annan faktisk ekonomisk förlust.⁷⁵ Om det är skäligt kan ett skadestånd sättas ned eller falla bort genom jämkning. Detta kan ske om arbetsgivaren har åtgärdat sitt handlande genom rättelse eller om en indirekt diskriminering varit helt oavsiktlig och arbetsgivaren inte insett eller bort insett den diskriminerande följden av sitt handlande.⁷⁶

I DFL och HögsL har man valt att begränsa skadeståndsmöjligheten till ideellt skadestånd med hänvisning till att frågan om ekonomiskt skadestånd måste analyseras vidare.⁷⁷ I den senaste av diskrimineringslagarna, BeL, kan däremot ekonomiskt skadestånd dömas ut med motiveringen att så kallad mobbing ofta medför ekonomiska skador som förstörda kläder och annan egendom.⁷⁸

Under de senaste åren har ett förslag till en ny diskrimineringslagstiftning arbetats fram⁷⁹ och denna är planerad att träda i kraft vid årsskiftet 2008/2009.

2.1.2.2.1 Jämställdhetslag (1991:433)

I propositionen till den nuvarande skadeståndsbestämmelsen i JämstL⁸⁰ hänvisas till EG-direktivens riktlinjer om hur skadestånd i diskrimineringsmål bör vara utformat. Skadeståndet ska säkerställa ett faktiskt och effektivt rättsskydd och ha

⁷⁴ Göransson, Karlsson, *Diskrimineringslagarna* 4 uppl. s 116

⁷⁵ *Ibid.* s 63

⁷⁶ *Ibid.* s 117

⁷⁷ *Ibid.* s 137

⁷⁸ Prop. 2005/06:38 s 111

⁷⁹ SOU 2006:22, Prop. 2007/08:95

⁸⁰ Prop. 1999/2000:143

en reellt avskräckande effekt på arbetsgivaren. Det ska också stå i rimlig proportion till skadan. Vidare ska skadeståndet vara kännbart för den skadevällande arbetsgivaren och avhålla från diskriminering. Arbetsgivaren ska inte kunna ”köpa sig fri” från diskriminering.⁸¹

Storleken på skadeståndet ska enligt förarbetena till den ursprungliga jämställdhetslagen⁸² bedömas med utgångspunkt i skadeståndspraxis i föreningsrätts- och anställningsskyddsmål. I den nya propositionen framhålls att detta synsätt kan komma att förändras på grund av utvecklingen i Sverige och världen mot en ökad medvetenhet om likabehandling. De hänvisar till avgöranden i EG-domstolen⁸³ som pekar på att likabehandling och avskaffande av könsdiskriminering är en del av de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna. Eftersom brott mot diskrimineringslagstiftningen ska ses som en allvarlig kränkning bör dessa leda till högre skadestånd än i andra arbetsrättsliga tvister.⁸⁴ En viktig omständighet att framhålla i sammanhanget är att arbetsrättsliga skadestånd är skattepliktiga som inkomst på grund av tjänst för arbetstagaren.⁸⁵

2.1.2.2.2 Övriga diskrimineringslagar inom arbetslivet

EDA, FUDA och SEDA tillkom alla under 1999 och liknar till stora delar varandra. Propositionerna till skadeståndsbestämmelserna är utformade på ett snarlikt sätt och jag behandlar de därför här under samma rubrik. Huvuddragen i propositionerna är att diskrimineringskadestånden ska ha en dubbel funktion, de ska vara både avskräckande för arbetsgivaren och samtidigt kompensera den skadelidande för den kränkning lagöverträdelsen inneburit.⁸⁶ Här hänvisas också till EG-direktivens allmänna utgångspunkter för skadeståndsbestämning i diskrimineringsmål som även befästs i målet Nils Draehmpaehl mot Urania⁸⁷, alltså att skadeståndet ska säkerställa ett faktiskt och effektivt domstolsskydd, ha en reellt avskräckande effekt på arbetsgivaren, stå i rimlig proportion till skadan och vara kännbart för den skadevällande. Bedömningen ska göras med utgångspunkt i den

⁸¹ Ibid. s 59

⁸² 1979 års jämställdhetslag

⁸³ T.ex. mål C-149/77 Gabrielle Defrenne mot Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne SABENA [1978] ECR 1365

⁸⁴ Prop. 1999/2000:143 s 60

⁸⁵ Prop. 2002/03:65 s 159

⁸⁶ Prop. 1997/98:177 s 48

⁸⁷ Celex 61995J0180 Se vidare nedan under 2.2.1

enskildes kränkning i varje individuellt fall. Även om fallet rör könsdiskriminering bör man kunna tillämpa samma synsätt för andra diskrimineringsgrunder. Påföljdens förebyggande effekt uppkommer genom att arbetsgivare avstår från diskriminerande handlande när de står inför risken att behöva betala skadestånd. Ju högre skadeståndet kan bli, desto bättre preventiv verkan. I lagarna har man valt att inte ta in någon begränsning av skadeståndet utan lämnar denna bedömning till domstolarna.⁸⁸ Även här är det viktigt att komma ihåg att skadeståndet är skattepliktigt för arbetstagaren.⁸⁹

2.1.2.2.3 Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering

DFL gäller till skillnad från de ovan nämnda lagarna inte inom arbetslivet utan inom andra samhällsområden som till exempel socialtjänsten, hälso- och sjukvården och vid yrkesmässigt tillhandahållande av varor, tjänster och bostäder. Enligt denna lag kan bara ideellt skadestånd för kränkning utgå. Eftersom BrB:s regler om olaga diskriminering är ett komplement till denna lag anses behovet av ekonomiskt skadestånd ändå kunna uppfyllas. Angående skadeståndets storlek pekar utredningen på att skadestånd enligt LAS⁹⁰ generellt är högre än skadestånd på grund av brott enligt SkL. Vidare framhålls att regeringen i propositionen till JämstL⁹¹ anser att skadestånd på grund av diskriminering bör leda till högre skadestånd än vad som är vanligt i andra arbetsrättsliga tvister. Denna inställning anser utredningen bör gälla även skadestånd enligt DFL som alltså ligger utanför arbetsrättens område.⁹²

2.1.2.2.4 Lag (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan

I propositionen⁹³ till denna lag sägs om skadestånd att det är skillnad på relationen mellan student och högskola och relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare men att detta inte hindrar att skadestånd kan utgå vid diskriminering av en student. Utredningen hänvisar i propositionen till de förarbeten som gjorts till JämstL och de andra arbetsrättsliga lagarna. Endast ideellt skadestånd för kränkning kan utgå

⁸⁸ Prop. 1997/98:177 s 50

⁸⁹ Prop. 2002/03:65 s 159

⁹⁰ Lag (1982:80) om anställningsskydd

⁹¹ Prop. 1999/2000:143 s 158

⁹² Prop. 2002/03:65 s 159

⁹³ Prop. 2001/02:27

för brott mot denna lag.⁹⁴ Det var enligt denna lag som två sökande till juristutbildningen vid Uppsala Universitet fick skadestånd på grund av etnisk tillhörighet när de blev förbigångna av 30 sökande med båda föräldrar födda utomlands som hade sämre intagningsmeriter. De båda skadelidande sökande fick 75 000 kr var i skadestånd för den kränkning de utsatts för.⁹⁵

2.1.2.2.5 Lag (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever

Denna lag är den senaste av diskrimineringslagarna och innehåller en del särskiljande drag i jämförelse med de övriga. För det första innehåller den, utöver diskriminering till följd av någon av diskrimineringsgrunderna kön, etnicitet, funktionshinder, sexuell läggning och religion, även bestämmelser om ”annan kränkande behandling” som innebär ett uppträdande som kränker ett barns eller en elevs värdighet utan att vara trakasserier eller diskriminering. Uppträdandet behöver inte vara kopplat till någon diskrimineringsgrund.⁹⁶

När det gäller skadestånd kan utöver ideellt skadestånd även ekonomiskt skadestånd utgå enligt denna lag till skillnad från HögsKL och DFL. Detta har motiverats bland annat med att så kallad skolmobbning inte sällan leder till förstörda kläder och annan egendom.

Eftersom lagstiftningen handlar om skollagsreglerad verksamhet kan en elev som utsatts för diskriminering många gånger även kräva ersättning från det allmänna enligt 3 kap 2 § SkL. Diskriminering är i de flesta fall fel eller försummelse vid myndighetsutövning när det förekommer i skolor som drivs av kommunen och då kan både ideellt och ekonomiskt skadestånd utgå enligt SkL.⁹⁷ Om diskriminering sker vid en fristående skola är inte SkL tillämplig men eleven kan då kräva skadestånd enligt kontraktsrättsliga regler. Med hänsyn till detta anser utredningen att utvidgningen av ersättningsskyldigheten i BeL till att gälla även ekonomisk skada inte blir så betungande för verksamheterna. I de flesta fall där ekonomiskt skadestånd skulle bli aktuellt handlar det om mycket små belopp. Un-

⁹⁴ Ibid. s 70

⁹⁵ Se nedan under 2.2.3.2

⁹⁶ Prop. 2005/06:38 s. 100

⁹⁷ Prop. 2005/06:38 s. 111

dantagsfall skulle vara då eleven går miste om möjligheter till studier eller anställning.⁹⁸

Utredningen diskuterade i propositionen nivån för skadestånd vid ”annan kränkande behandling”. Syftet med regleringen är inte att varje liten bagatellartad företeelse mellan människor ska vara skadestandsgrundande. Därför formuleras regeln så att skadestånd för kränkning i andra fall än diskriminering eller repressalier inte utgår om kränkningen varit ringa⁹⁹ ¹⁰⁰.

I övrigt beräknas skadeståndet som i annan diskrimineringslagstiftning, brott mot lagen ska ses som en allvarlig kränkning och avsiktlig diskriminering ska ge högre skadestånd än oavsiktlig.¹⁰¹ Skadeståndet ska även vara effektivt, proportionerligt och avskräckande för att avhålla från diskriminerande beteende samt ge kompensation åt den som drabbas.¹⁰²

Den första prövningen av denna lagstiftning avgjordes i Uppsala tingsrätt i oktober 2007 och behandlas nedan.¹⁰³

2.1.2.2.6 SOU 2006:22

År 2002 fick en parlamentariskt tillsatt kommitté i uppdrag att göra en översyn av den svenska diskrimineringslagstiftningen, att överväga en gemensam lag för alla diskrimineringsgrunder samt att utreda en eventuell sammanslagning av ombudsmännen mot diskriminering.¹⁰⁴ Ett första delbetänkande redovisades i maj 2004¹⁰⁵. Kommittén har under sitt arbete bland annat tittat på andra länders diskrimineringslagstiftning¹⁰⁶ och andra utredningar som gjorts på diskrimineringsområdet.¹⁰⁷ Kommittén har också tittat på och tagit hänsyn till Sveriges åtaganden såsom internationella konventioner¹⁰⁸, gemenskapsrätten inom EG¹⁰⁹ samt gällande nationell rätt i Sverige¹¹⁰ och andra länder i världen.¹¹¹

⁹⁸ Ibid. s. 112

⁹⁹ BeL (2006:67) 15 §

¹⁰⁰ Prop. 2005/06:38 s. 114

¹⁰¹ Ibid. s. 114

¹⁰² Ibid. s. 111-112

¹⁰³ Se nedan under 2.2.3.3

¹⁰⁴ SOU 2006:22 Del I s.123

¹⁰⁵ SOU 2004:55 *Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering*

¹⁰⁶ SOU 2006:22 s. 128

¹⁰⁷ Ibid. s. 137

¹⁰⁸ Ibid. s. 143

¹⁰⁹ Ibid. s. 158

¹¹⁰ Ibid. s. 169

Diskrimineringsgrunderna föreslås, förutom de som idag regleras i lag, utökas med grunderna ålder och könsidentitet. Med begreppet könsidentitet avses en persons identitet, utseende eller beteende med avseende på kön, oavsett om detta avviker från vad som traditionellt ansetts utgöra normen för kvinnor respektive män. Exempel på personer som innefattas i denna grupp är den som är eller uppfattas vara transsexuell, transvestit, intergender, intersexuell, transgenderist, dragking eller dragqueen.¹¹² Förbud mot diskriminering ska kompletteras av bestämmelser om aktiva åtgärder mot diskriminering.¹¹³ De samhällsområden som idag omfattas av diskrimineringslagstiftningen ska omfattas även i fortsättningen. Kommittén föreslår även att skydd mot diskriminering ska införas även vid allmänna sammankomster och offentliga tillställningar, offentlig anställning och offentligt uppdrag samt i fråga om värn- och civilplikt.¹¹⁴ De föreslår vidare att skyddet inom utbildningsområdet ska utvidgas.¹¹⁵

Kommittén menar att en sammanhållen diskrimineringslagstiftning skulle ge en bättre överskådlighet och på så sätt en bättre genomslagskraft.¹¹⁶ De fördelar med en gemensam lagstiftning som kommittén pekar på är bland annat att den skulle bli mer lättöverskådlig, enklare att hantera och förstå, uppdateringar av skyddet mot diskriminering på flera områden samtidigt skulle gå smidigare och de menar att en sammanslagning känns naturlig eftersom reglerna är så lika. Dessa fördelar väger upp de eventuella nackdelar som kan uppstå, som till exempel att lagen blir lång och svåröverblickbar. Kommittén visar även att antalet lagar inte behöver överensstämma med antalet ombudsmän genom att peka på ett antal länders gemensamma tillsyn över flertalet lagar.¹¹⁷

När det kommer till bestämmelserna om skadestånd föreslår utredningen en del förändringar. I fråga om ekonomiskt skadestånd diskuteras om detta även ska kunna utgå till arbetssökande. Förslaget har diskuterats tidigare men avslagits med argumentet att det aldrig finns någon rätt att bli anställd och därför kan man inte säga sig ha haft rätt till en viss lön om anställningen uteblivit. Det skulle också

¹¹¹ Ibid. s. 196

¹¹² Ibid. s. 255

¹¹³ Ibid. s. 225

¹¹⁴ Ibid. s. 213, 225

¹¹⁵ Ibid. s. 226

¹¹⁶ Ibid. s. 214

¹¹⁷ Ibid. s. 220-221

uppstå svårigheter om skadeståndets storlek eftersom det inte finns någon tidigare lön att utgå ifrån.¹¹⁸ Utredningen föreslår att, trots att det inte finns någon ovillkorlig rätt till anställning, ekonomiskt skadestånd ska kunna tilldömas arbetsökande som blivit diskriminerade. De menar att utgångspunkten ska vara om den diskriminerade förorsakats ekonomisk förlust eller inte. Så kan mycket väl vara fallet, om den arbetsökande lagt ut kostnader för resor och logi i samband med anställningsintervju eller om personen varit i behov av vård, kostnader för sjukhusvistelse, läkare eller medicin. Vad som nu sagts om arbetsökande ska även gälla för personer som går miste om befordran i arbetslivet.¹¹⁹ Att det kan komma att bli svårt att bestämma skadeståndets storlek ska inte hindra dess existens menar utredningen. De hänvisar även till att liknande skadestånd finns i brittisk och norsk rätt.¹²⁰

Även en person som blivit diskriminerad på grund av att skäligena stöd- och anpassningsåtgärder inte vidtagits ska kunna få ekonomiskt skadestånd menar utredningen. Detta kan täcka kostnader för de utlägg personen haft på grund av arbetsgivarens underlåtenhet och även utebliven lön ska kunna göras gällande.¹²¹

Utredningen anser att ekonomiskt skadestånd även ska kunna erhållas i situationer utanför arbetslivet, till exempel då diskriminering skett i högskolan¹²², enligt lag om förbud mot diskriminering¹²³, när skäligena åtgärder för tillgänglighet för funktionshindrade inte vidtagits och vid brott mot utrednings- och åtgärds-skyldigheten. Exempel på när detta skadestånd kan utgå är vid kostnader för sjukvård, mistad lön och andra anställningsförmåner och vid intrång i näringsverksamhet.¹²⁴

När det gäller ideellt skadestånd ska brott mot diskrimineringslagstiftningen precis som idag ses som en allvarlig kränkning av mänskliga rättigheter och skadestånd i dessa situationer bör alltså vara högre än vid andra kränkningar. Storleken på ersättningen bedöms utefter kränkningens art och omfattning och hänsyn ska tas till de omständigheter som uppräknas i 5 kap. 6 § SkL. Om den som utsatt

¹¹⁸ Ibid. s. 149

¹¹⁹ Ibid. s. 160

¹²⁰ Ibid. s. 161

¹²¹ Ibid. s. 162

¹²² HögskL (2001:1286)

¹²³ DFL (2003:307)

¹²⁴ SOU 2006:22 s. 162

någon för diskriminering gjort detta medvetet bör detta ses som en försvårande omständighet men utredningen föreslår att beräkningen av skadeståndet inte ska vara styrt av dennes avsikt. Vidare föreslås att grunderna för jämkning ska skärpas och att detta ska vara möjligt endast om det föreligger särskilda skäl.¹²⁵

2.1.2.2.7 Ds 2007:10

HD fick, efter att ha avgjort de två uppmärksammade diskrimineringsmålen¹²⁶ under 2006, ta emot mycket kritik från allmänhet, media och en del myndigheter på grund av de skadeståndsbelopp som de skadevällande dömdes att betala. Som svar på detta fick Bertil Bengtsson, professor i civilrätt och f.d. justitieråd, i uppdrag att utreda vissa frågor om ideellt skadestånd vid kränkning. Detta resulterade i *Ds 2007:10 - Skadeståndsfrågor vid kränkning* som bland annat aktualiserar och problematiserar det ovan nämnda ”Restaurangmålet”, NJA 2006 s 170 och den fällande domen för Uppsala Universitet, NJA 2006 s 683.¹²⁷

I promemorian ifrågasätts om skadestånd vid diskriminering bör sammankopplas med den allmänna skadeståndsrätten såsom HD gjorde i NJA 2006 s 170 och om ersättningens preventiva funktion på detta sätt verkligen kan uppnås.¹²⁸ Problemet är, menar utredningen, att domstolen i NJA 2006:170 jämförde skadeståndet med kränkingsersättning vid vissa allvarliga brott och därmed inte ersatte den skadelidande med i närheten så mycket som var yrkat (120 000 kr) utan sänkte skadeståndet från hovrättens beslutade 50 000 kr till 15 000 kr. Detta belopp befaras leda till allmänt lågt hållna skadeståndsbelopp i diskriminerings-sammanhang och strida mot EG:s direktiv. Problemet med att jämföra skadestånd vid diskriminering med skadestånd vid annan brottslighet är att det av allmänheten uppfattas som upprörande om högre skadestånd skulle utdömas vid diskriminering än vid grova våldsbrott. För att komma runt det problemet föreslår Bengtsson att skadestånd vid diskriminering ska få en annan beteckning, ”diskrimineringsersättning”, för att undvika jämförelsen med andra skadestånd. Detta utan att några sakliga ändringar i reglerna föreslås.¹²⁹

¹²⁵ Ibid. s 164-165

¹²⁶ NJA 2006:170 och NJA 2006:683

¹²⁷ Se vidare nedan under 2.2.3

¹²⁸ Ds 2007:10 s 11

¹²⁹ Ibid. s 14

Bengtsson menar att en jämförelse av skadestånd enligt SkL och skadestånd enligt diskrimineringslagstiftningen så som HD gjorde i NJA 2006:170 är mindre lämplig, framför allt eftersom skadestånd vid diskriminering är menat att ha en mycket större preventiv effekt än skadestånd vid brott, där i första hand fängelsestraffet fyller den preventiva funktionen. Samtidigt kan det uppfattas som stötande om högre skadestånd utgår för handlingar som inte är kriminaliserade, som diskriminering. Det finns visserligen en del fall som kriminaliseras genom stadgandet om olaga diskriminering i BrB 16:9 och då kan skadeståndstalan även föras enligt SkL. Det framgår vidare i de EG-direktiv som diskrimineringslagarna bygger på att sanktionerna ska vara avskräckande, effektiva och proportionerliga och det måste vara vägledande för den svenska lagstiftningen.¹³⁰

Utredningen har tre förslag på hur man skulle kunna komma till rätta med problemet att diskrimineringskadestånden förefaller så låga. Det första förslaget är att höja skadestånden generellt, både enligt SkL och enligt diskrimineringslagstiftningen, för att uppnå en acceptabel harmonisering mellan de olika formerna av skadestånd. Att detta förslag skulle få genomslagskraft verkar dock inte rimligt eftersom några lagändringar i SkL inte är aktuellt.

Det andra förslaget är att skilja de olika skadestånden från varandra för att hålla isär ideellt skadestånd på grund av brott och kränkingsersättning på grund av diskriminering. Det senare skulle då komma att kallas ”diskrimineringsersättning”. Som stöd för detta pekar utredningen på skillnader mellan de olika ersättningarna som att den preventiva effekten är större vid diskriminering och att vid brott står skadeståndet vid sidan av fängelsestraff. Diskriminering är inte heller en kriminell handling, vilket ofta är fallet vid skadestånd enligt SkL. Utredningen menar att det är svårt för allmänheten att förstå skillnaden mellan syftena i de olika skadestånden och att, genom att använda en annan beteckning för skadestånd vid diskriminering, en större förståelse skulle skapas hos allmänheten.¹³¹ På detta sätt skulle två sanktioner skapas vilka skulle vara oberoende av varandra och domstolarna skulle skapa en ny praxis för diskrimineringsersättningen, skilt från den allmänna skadeståndspraxisen.¹³²

¹³⁰ Ibid. s. 83

¹³¹ Ibid. s. 86

¹³² Ibid. s. 87

Ett sista förslag är att utforma sanktionen som en avgift. Bengtsson anser emellertid inte att detta vore en bra lösning eftersom de enskilda fallen kan variera mycket och det skulle vara svårt att utforma avgiften på ett lämpligt och proportionerligt sätt. Att byta den nuvarande sanktionen, skadestånd, till en annan form av påföljd, avgift, skulle även innebära ett betydande ingrepp i rättsläget, menar Bengtsson som anser att han inte haft tid att utreda förslaget närmare.¹³³

Med anledning av denna utredning har ett antal yttranden inkommit, bland annat från Advokatsamfundet. De anser att ersättningsnivåerna vid kränkning generellt sett är för låga och att en begreppsändring vid skadestånd för diskriminering kan vara ett bra sätt att få bukt med problemen med de låga skadestånden just vid diskriminering. Detta eftersom diskrimineringsskadeståndens preventiva syfte bättre skulle kunna uppnås. De ifrågasätter dock om en terminologisk ändring är tillräckligt för att åstadkomma en förändring i sak eftersom det i förarbetena till diskrimineringslagstiftningen framhålls att hänsyn ska tas till SkL 5:6 vid bedömningen av skadeståndets storlek. För att uppnå en förändring anser advokatsamfundet att denna parallell mellan de olika lagarna bör tas bort.¹³⁴

I BeO:s yttrande håller man också med om att en ändring i terminologin skulle kunna vara en bra lösning för att skilja de olika skadestånden åt men de framhåller också att ersättningar vid diskriminering som är betydligt högre än exempelvis ersättning vid sexualbrott mot barn skulle uppfattas som stötande, oberoende vad ersättningen skulle kallas och trots dess olika syften.¹³⁵

Även Svea Hovrätt instämmer i sitt yttrande med att ”diskrimineringsersättning” vore ett bra begrepp i sammanhanget men utvecklar inte sin ståndpunkt vidare i frågan.¹³⁶

JK anför i sitt yttrande att en ändring i terminologin vore bra eftersom HD:s jämförelse mellan skadestånd vid brott och skadestånd vid diskriminering i NJA 2006 s 170 var mindre lämplig då skadestånden vid diskriminering har till syfte att verka avskräckande. JK invänder dock att en ändring av terminologin kanske inte vinner den breda massans förståelse och att lösningen eventuellt vore kontroversiell i ett internationellt perspektiv. Slutligen menar JK att han inte är helt över-

¹³³ Ibid. s. 87

¹³⁴ Advokatsamfundet R-2007/0507

¹³⁵ Justitiedep. Dnr 9.1:0435/07

¹³⁶ Svea Hovrätt Dnr 231/07

tygad om att ersättningen vid diskriminering är lägre än vad som är lämpligt och menar att de kanske inte behöver höjas. Alla skadestånd har en viss preventiv funktion och olika typer av skadestånd bör inte skiljas alltför långt ifrån varandra.¹³⁷

SACO är tveksam till utredningens förslag om att mynta begreppet ”diskrimineringsersättning”. Att ingen materiell ändring i reglerna avses menar SACO är en sanning med modifikation, eftersom avsikten är att på sikt höja ersättningarna vid diskriminering. Vidare menar de att utredningen inte tagit hänsyn till arbetslivsområdet på ett tillfredsställande sätt, eftersom NJA 2006:170 rörde diskriminering enligt DFL och inte behandlade arbetsrätten. De pekar också på att det inom arbetsrätten redan finns en princip om att skadestånd vid diskriminering bör vara högre än andra arbetsrättsliga skadestånd¹³⁸. Slutligen framhåller SACO att de är emot förslaget med en särskild beräkningsgrund för skadestånd i diskrimineringsmål då andra arbetsrättsliga brott kan vara av samma dignitet.¹³⁹

HO är i sitt yttrande också kritisk till att införa ”diskrimineringsersättning” som ett nytt begrepp för skadestånd vid diskriminering. De ger i stället som förslag att man skulle kunna klargöra i lagtexten att denna typ av skadestånd har som syfte att motverka diskriminering och att detta ska beaktas vid bestämmande av skadeståndets storlek.¹⁴⁰

BrOM menar i sitt yttrande att det i vissa situationer skulle vara förvillande och stötande om kränkingsersättning för diskriminering skulle vara mycket högre än ersättningar vid kränkning för allvarliga brott. De anser inte att skadeståndsnivåerna generellt ska höjas genom lagstiftning eftersom utvecklingen sker kontinuerligt med hjälp av praxis. Att skapa ett nytt begrepp, ”diskrimineringsersättning”, skulle kunna vara en godtagbar lösning i dagsläget.¹⁴¹

2.1.2.2.8 Proposition 2007/08:95 – Ett starkare skydd mot diskriminering

Den 6 mars 2007 överlämnade regeringen propositionen till den nya diskrimineringslagen till riksdagen. I påföljdsfrågan argumenterar de om starkare skydd med

¹³⁷ JK Dnr 2639-07-80

¹³⁸ Se AD 2005 nr 32

¹³⁹ SACO Rnr. 33.07

¹⁴⁰ HO Dnr 2007/0419

¹⁴¹ Brottsoffermyndigheten Dnr 03319/2007

hänvisning till mänskliga rättigheter och att överträdelser av den nya lagstiftningen ska vara kännbara och effektiva.

Skadeståndets dubbla funktion, att kompensera den drabbade och samtidigt avskräcka från diskriminerande handlingar ska tydliggöras bättre i den nya lagen.¹⁴² Regeringen tror att höga ersättningsnivåer kan uppfylla dessa funktioner och att diskriminering på detta sätt kan förebyggas och undvikas. Ersättning vid diskriminering bör inte kopplas till SkL som i nuvarande lagstiftning, eftersom kränkingsersättning vid diskriminering delvis fyller andra funktioner än skadestånd vid brott. Regeringen antar förslaget i Ds 2007:10 om en ny benämning på denna typ av ersättning, det vill säga diskrimineringsersättning. Syftet med denna nya benämning är att domstolarna inte ska göra jämförelser mellan ersättningar vid diskriminering och vid ersättningar enligt SkL utan bedöma dessa ersättningar i en egen kategori, med betoning på allvaret i denna form av kränkning och vikten av att det avskräckande syftet upprätthålls. Härmed tror regeringen att påföljderna vid diskriminering kommer att skärpas och att ersättningsnivåerna vid förlikningar kommer att höjas. Regeringen menar att ersättning vid överträdelser av diskrimineringslagen ska ligga på en högre nivå än skadestånd vid brott för att den preventiva funktionen ska upprätthållas. Det är viktigt att denna funktion understryks eftersom inga andra påföljder är aktuella när det gäller diskriminering. Därför ska den särskilt framgå av lagtexten.¹⁴³ Dessutom motiveras förslaget med att ersättning i diskrimineringslagssammanhang ofta betalas ut av en juridisk person som har större ekonomiska resurser än en enskild gärningsman i brottmål.¹⁴⁴

Vissa remissinstanser har framhållit att det vore olämpligt att införa en ny typ av påföljd inom arbetslivet eftersom det där redan finns en etablerad rättspraxis. Regeringen anser emellertid att det är viktigt att alla överträdelser av diskrimineringslagen sanktioneras på samma sätt, oavsett område. Diskrimineringsersättning ska alltså kunna betalas ut vid sidan av allmänt skadestånd i arbetsrättsliga mål.¹⁴⁵

När det gäller beräkningen av diskrimineringsersättningen ska utgångspunkten vara allvaret i överträdelserna, handlingens art och omfattning, den drabbades

¹⁴² Prop. 2007/08:95 s. 390

¹⁴³ Ibid. s. 391

¹⁴⁴ Ibid. s. 393

¹⁴⁵ Lagrådsremiss – *Ett starkare skydd mot diskriminering*, s. 389

intresse av att reglerna följs samt den personliga upplevelsen av händelsen. Även den diskriminerande partens avsikt kan vägas in och det ska då anses försvårande om det funnits en vilja att diskriminera. Omständigheterna i det enskilda fallet ska alltså vara avgörande. Allmänhetens intresse av att diskriminering inte förekommer ska särskilt beaktas. För att överträdelser av lagen ska motverkas på ett effektivt sätt, anser regeringen att hänsyn ska tas till omständigheter som till exempel omsättningen i en näringsverksamhet där någon diskriminerats. Detta innebär att en verksamhet med hög omsättning kan dömas att betala högre diskrimineringsersättning än en verksamhet med lägre omsättning. Detta för att det avskräckande syftet ska bli så påtagligt som möjligt.¹⁴⁶

Angående ekonomiskt skadestånd håller regeringen inte med diskrimineringskommittén på alla punkter. De anser att det finns både praktiska och principiella skäl mot att införa denna typ av skadestånd vid anställning och befordran. Inte heller vid underlåtenhet att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier bör ekonomiskt skadestånd komma i fråga. I andra situationer som då arbetstagare diskrimineras angående uppsägning, lön eller andra anställningsvillkor samt vid utbildning ska ekonomiskt skadestånd kunna utgå. I övriga situationer i samhället är regeringen inte beredd att utvidga möjligheten till ekonomiskt skadestånd. Reglerna för detta i den nya diskrimineringslagstiftningen ska alltså motsvara de som finns i dagens lagstiftning. Den enda skillnaden är att påföljden ska benämnas *ersättning för förlust*.¹⁴⁷

Slutligen anser regeringen att hänvisningen till takregeln i 38 och 39 §§ LAS bör tas bort. Eftersom EG-rätten endast ställer krav på ett obegränsat ideellt skadestånd finns emellertid ingen skyldighet att ta bort denna hänvisning då den endast gäller ekonomiskt skadestånd. Det är likväl ett viktigt ställningstagande att avlägsna denna koppling för att visa på att regeringen ser allvarligt på överträdelser av diskrimineringslagstiftningen.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Prop. 2007/08:95 s. 399

¹⁴⁷ Ibid. s. 399

¹⁴⁸ Ibid. s. 404

2.1.3 Skadestånd enligt arbetsrätten

Det går att dra paralleller mellan skadestånd vid diskriminering och skadestånd enligt LAS¹⁴⁹ och MBL¹⁵⁰ på så sätt att båda typerna har till syfte att uppfylla andra funktioner än skadestånd vid brott enligt SkL.

Skadeståndsreglerna i MBL skiljer sig från många andra avtalsrättsliga skadeståndsregler bland annat eftersom både ekonomiska och icke-ekonomiska skadestånd kan bli aktuella. Vid bedömningen ska hänsyn tas till den kränkta partens intresse av att lagens eller kollektivavtalets bestämmelser iakttas och till övriga omständigheter av annan än rent ekonomisk natur. Denna typ av icke-ekonomiskt skadestånd kallas inom arbetsrätten för allmänt skadestånd och det har till syfte att, precis som straffsanktioner, inskräpa respekt för gällande normer. Övriga arbetsrättsliga sanktionsbestämmelser har stora likheter med de i MBL. Eftersom dessa specialregler finns blir inte SkL tillämplig inom arbetsrätten.¹⁵¹

Redan i förarbetena till den första kollektivavtalslagen¹⁵², som senare har legat till grund för den nuvarande arbetsrättslagstiftningen, talade utredningen om att de sanktioner som skulle införas var tänkta att vara särskilda normer som skulle avvika från de allmänna skadeståndsreglerna. Avsikten var att göra dessa sanktioner till ett mellanting mellan bötesstraff och skadestånd.¹⁵³ Utredningen drar paralleller till det dåvarande tyska lagförslaget som var att boten skulle tillfalla den kommun där skadan skett för att sen användas till att främja arbetarnas välfärd¹⁵⁴ och till bestämmelserna i dansk lagstiftning om bot vid tvister om kollektivavtal.¹⁵⁵ Både ekonomiskt och ideellt skadestånd var aktuellt enligt utredningen och detta i form av civilrättsligt skadestånd, eftersom en kriminalisering av avtalsbrott inom detta område inte skulle överensstämja med den rådande rättsuppfattningen. Tillämpningen av vanliga skadeståndsregler vid brott mot kollektivavtal skulle få orättfärdiga följder.¹⁵⁶

¹⁴⁹ Lag (1982:80) om anställningsskydd

¹⁵⁰ Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

¹⁵¹ Eklund m.fl. *Facklig arbetsrätt*, 4e reviderade uppl. 1997 s. 278

¹⁵² Lag (1928:253) om kollektivavtal

¹⁵³ Prop. 1928:39 s. 117

¹⁵⁴ *Ibid.* s. 119

¹⁵⁵ Eklund m.fl. *Facklig arbetsrätt*, 4e reviderade uppl. 1997 s. 279

¹⁵⁶ Prop. 1928:39 s. 121

Utgångspunkten var att exempelvis strejker inte skulle leda till straffpåföljder, utan till ett civilrättsligt skadestånd som skulle gottgöra eventuell skada, även ideell sådan. AD gavs möjlighet att utforma detta skadestånd inom ganska vida ramar men de skulle hålla sig till skadans storlek. Det har senare visat sig att AD inte hållit fast vid detta utan snarare bedömt skadeståndet utifrån handlingens art. En grundläggande tanke har varit att motverka handlingar som utgör brott mot kollektivavtal eller lag. På senare tid har denna inställning från AD:s praxis även stöd i förarbeten till nyare arbetslagstiftning.¹⁵⁷

I förarbetena till den första kollektivavtalslagen ansåg utredningen även att skadeståndet skulle kunna höjas över skadans verkliga belopp då denna skada i vissa fall skulle kunna vara liten i förhållande till den kränkning som skett genom avtalsbrottet. Här skulle hänsyn även kunna tas till den skyldiges betalningsförmåga. Eftersom skadeståndsbeloppen skulle kunna komma att avvika en del från den allmänna uppfattningen av skadeståndsinstitutet hade utredningen som förslag att sanktionen skulle ges en annan beteckning, exempelvis ”skadeståndsbot”.¹⁵⁸ Tillslut kommer dock utredningen fram till att det straffrättsliga momentet, som den höjning utöver skadan som var föreslagen, borde undvikas och att gränsen för skadeståndet bör vara de faktiska skadorna, både den ekonomiska och den ideella. Vid bedömningen av det ideella skadeståndet skulle man dock beakta avtalsbrottets karaktär att kränka motpartens allmänna intresse av att avtalet inte bryts.¹⁵⁹

När andra världskriget var slut kom nya lagförslag som svar på nya förutsättningar i samhället. Ny teknik hade lett till stora produktionsökningar och välfärdsstaten var på frammarsch. Med detta följde också starka effektivitetssträvanden från företagets sida och i och med detta kunde många arbetstagare hamna i kläm, framför allt äldre, handikappade och andra med nedsatt arbetsförmåga. Man ville värna om de enskilda arbetstagarna och skydda rätten till ett meningsfullt arbete och trygghet i anställningen. Detta krävde en del samhällsinsatser och framför allt en politik som gav samhället och löntagarna möjligheter till mer inflytande i arbetslivet. Det fanns motsättningar i att dessa rättigheter skulle komma att inskränka de grundläggande principerna om arbetsgivarens rätt att leda och förde-

¹⁵⁷ Eklund m.fl. *Facklig arbetsrätt*, 4e reviderade uppl. 1997 s 281

¹⁵⁸ Prop. 1928:39 s. 122

¹⁵⁹ *Ibid.* s. 124

la arbetet och att fritt anställa och avskeda arbetstagare och det fanns fortfarande ett stort utrymme för ett snävt företagsekonomiskt effektivitets- och lönsamhetstänkande.¹⁶⁰

I förarbetena till den första anställningsskyddslagen framhölls lagens bakomliggande syften, att skapa bättre anställningstrygghet, i synnerhet för vissa utsatta grupper i samhället och att det på vissa områden skulle kunna vara befogat att höja skadeståndsbeloppen.¹⁶¹ Både ekonomiskt och ideellt skadestånd skulle kunna bli aktuellt om arbetsgivare bröt mot lagens bestämmelser.¹⁶² Utredningen ville få till stånd en generell höjning av den dåvarande skadeståndspraxisen, detta ansågs befogat både ur en preventiv och ur en kompensatorisk synvinkel.¹⁶³ Departementschefen uttalade att skadeståndet borde sättas så att det fick en kraftigt verkande effekt i förhållande till arbetsgivarna. Arbetstagarorganisationerna instämde med departementschefen och underströk vikten av att det särskilda skadeståndet i preventivt syfte skulle sättas betydligt högre än den rådande praxisen.¹⁶⁴ Vidare framhöll departementschefen att en obefogad uppsägning eller ett ogrundat avskedande innebär en allvarlig kränkning av arbetstagarens lagliga rättigheter och vid bestämmandet av det ideella skadeståndets storlek måste detta naturligtvis beaktas.¹⁶⁵ Det föreslogs även arbetstagarorganisationens intresse av att kollektivavtalen följs skulle beaktas vid bestämmande av det ideella skadeståndets storlek. Detta skulle innebära en effektiv sanktion, även om en viss arbetstagare inte hade lidit så stor skada i det enskilda fallet.¹⁶⁶

Även i förarbetena till den första medbestämmandelagen diskuterades skadeståndets omfattning och utredningen framhöll att hänsyn skulle tas till intresset i avtalets upprätthållande och övriga sådana omständigheter av annat än rent ekonomisk betydelse.¹⁶⁷ Syftena bakom lagen var att ta tillvara arbetstagarnas intressen av aktivt och effektivt inflytande och ge dem en mer jämbördig ställning i förhandlingar med arbetsgivaren. Detta genom att försöka säkerställa att kollek-

¹⁶⁰ Prop. 1973:129 s. 109-110

¹⁶¹ Ibid. s. 18

¹⁶² Ibid. s. 77

¹⁶³ Ibid. s. 367

¹⁶⁴ Ibid. s. 181-182

¹⁶⁵ Ibid. s. 186

¹⁶⁶ Ibid. s. 187

¹⁶⁷ Prop. 1975/76:105 s. 420

tivavtalen respekterades.¹⁶⁸ Därför menade utredningen att det behövdes ett effektivt sanktionssystem för att markera vikten av de handlingsmönster lagstiftaren eftersträvar och betona ansvaret hos berörda parter. Härmed var det allmänna skadeståndet den viktigaste sanktionen mot arbetsgivare eftersom det har till uppgift att effektivt avhålla från lag- och avtalsbrott. En viktig princip som framhölls var att det inte skulle vara lönsamt för en arbetsgivare att inskränka arbetstagarnas rättigheter till förmån för andra intressen. Därför borde betydande skadestånd kunna komma i fråga och utredningen efterlyste en skärpning av AD:s tidigare praxis.¹⁶⁹

AD har utefter dessa lagar skapat en praxis med vissa särskilda normer för brott mot arbetsrättsliga lagar och avtal. Det allmänna skadestånd som kan utgå har till syfte att se till att kollektivavtal och arbetsrättsliga lagar följs, ”hålls i helgd”. Det utmärkande för denna typ av skadestånd är bland annat att man kan peka på att den skadelidande har lidit ”moralisk skada” genom att till exempel en arbetstagarorganisation förlorat prestige inför sina medlemmar. Skadeståndet blir då ett slags plåster på såren, jämförbart med ersättning för sveda och värk vid personskador. Andra menar att skadeståndet inte ska ses som ett civilrättsligt sådant, utan snarare som ett slags privaträttsligt straff eller en plikt. Den preventiva funktionen är i vart fall framträdande och det har framhållits att det inte ska löna sig för en arbetsgivare att ”köpa sig fri” från brott mot arbetsrätten. Det allmänna skadeståndet kan också ses som ett slags substitut till det ekonomiska skadeståndet eftersom det ofta kan vara svårt att visa att någon ekonomisk skada inträffat vid avtalsbrott.¹⁷⁰ Idag kan man säga att AD frångått de principer som låg till grund för den första kollektivavtalslagen, att skadans storlek ska ligga till grund för skadeståndsbedömningen. Domstolens uppgift är snarare att döma ut ett skadestånd som är så högt att det avhåller från olovligt handlande. Skadeståndet är alltså mer att jämföra med en straffsanktion med den skillnaden att det tillfaller den kränkte och inte staten. Det anses heller inte lika förnedrande att bli dömd till skadestånd som att bli dömd till fängelse. Det allmänna skadeståndets straffrätts-

¹⁶⁸ Ibid. s. 301

¹⁶⁹ Ibid. s. 302-303

¹⁷⁰ SOU 1992:84 s. 82-83

liga karaktär har också tydliggjorts genom kommunalskattelagen¹⁷¹ som i sin 20 § stadgar att skadestånd för annat än ekonomisk skada inte är avdragsgill för en arbetsgivare.¹⁷² Ur rättssäkerhetssynpunkt har systemet kritiserats för att vara alltför oförutsebart, eftersom några skadeståndsnivåer inte regleras i lag. Numer har vissa schabloner och tabeller utformats för att göra systemet mer enhetligt och förutsebart.¹⁷³

2.1.3.1 Arbetsgivares rättigheter

En viktig aspekt i diskrimineringsammanhang är arbetsgivares rättigheter. Rättigheterna har sin grund i 1906 års decemberkompromiss där SAF och LO enades om att arbetsgivare har rätt att leda och fördela arbetet samt att fritt antaga och avskeda arbetare. Detta har kommit att kallas arbetsgivarens § 32-befogenheter eller arbetsgivarprerogativen.¹⁷⁴ Dessa har i viss mån begränsats genom 70-talets arbetsrättsreformer då det exempelvis genom LAS infördes regler om saklig grund för uppsägning och turordningsregler som i princip innebär att arbetsgivaren inte längre har rätt att fritt avskeda arbetare.¹⁷⁵ Att arbetsgivaren har rätt att fritt antaga, det vill säga anställa, arbetstagare är ett uttryck för den grundläggande avtalsfriheten, rätten att fritt ingå avtal med vem man vill.¹⁷⁶ Än så länge krävs det endast saklig grund för avsked, vilket kan vara arbetsbrist eller personliga förhållanden, arbetsgivaren får alltså inte helt godtyckligt avskeda arbetstagare han eller hon inte tycker om. När det gäller antagningsrätten har friheten hittills alltså varit större men det finns anledning att ifrågasätta om inte ett krav på saklig grund för anställning också börjar smyga sig in i denna del av arbetsrätten. Diskrimineringslagstiftningen är ett exempel på en sådan tendens då tillämpningsområdet för denna lagstiftning spänner över såväl lönevillkor och uppsägningar som anställningsförfarandet, det vill säga alla arbetsgivarprerogativ.¹⁷⁷

Den fria antagningsrätten har länge ansetts vara en huvudregel inom arbetsrätten och det har varit svårt att införa regler som begränsar denna. Det finns

¹⁷¹ (1928:370)

¹⁷² Prop. 1983/84:165 s. 17 ff.

¹⁷³ Eklund m.fl. *Facklig arbetsrätt*, 4e reviderade uppl. 1997 s. 283-284

¹⁷⁴ Glavå, Mats, *Arbetsrätt* s 26

¹⁷⁵ *Ibid.* s 31

¹⁷⁶ *Ibid.* s 45

¹⁷⁷ *Ibid.* s 48

emellertid några regler en arbetsgivare måste förhålla sig till vid anställning. För det första finns det inom statlig sektor ett krav på saklighet genom regeringsformen 11:9 st 2 som uttrycker att sakliga kriterier som "förtjänst och skicklighet" ska ligga till grund för anställning. Vidare finns regler som skyddar anställda eller personer som tidigare varit anställda genom så kallad företrädesrätt till anställning¹⁷⁸. Personer som blivit uppsagda på grund av arbetsbrist har under vissa förutsättningar rätt till återanställning.¹⁷⁹ Diskrimineringslagstiftningen är ett tredje exempel på begränsningar. Det finns som bekant inget generellt diskrimineringsförbud i svensk rätt. En arbetsgivare kan alltså välja att inte anställa en arbetssökande på grund av till exempel klädsel, fritidsintressen eller vikt oavsett om personen i fråga har de bästa meriterna för jobbet men det finns sanktioner mot arbetsgivare som väljer bort någon på grund av dennes kön, sexualitet, religion, etnicitet eller funktionshinder. Diskrimineringsförbuden ska emellertid i princip inte påverka arbetsgivarens anställningsfrihet när det gäller att över huvud taget anställa eller i fråga om likvärdiga arbetssökande, vem han vill anställa. Reglerna innebär bara att arbetsgivaren inte får grunda sitt beslut på den sökandes kön, sexualitet, etnicitet, religion eller funktionshinder.¹⁸⁰ Samma princip gäller vid uppsägningar, avsked, löne- och anställningsvillkor. Vissa anser att dagens diskrimineringsgrunder endast befäster fördomar och olikheter mellan människor och att ett alternativ till denna selektiva diskrimineringslagstiftning skulle kunna vara att införa krav på saklig grund vid anställning. Detta skulle innebära att den med bäst sakliga förutsättningar skulle anställas oavsett kön, klädsel, etnicitet eller fritidsintressen.¹⁸¹ Kriterier för denna sakliga grund skulle emellertid vara svåra att fastställa och det skulle uppstå problem med bevisning eller motbevisning i en eventuell tvist

Det finns fortfarande ingen rätt till anställning, den enda sanktionen mot arbetsgivare som bryter mot reglerna som begränsar anställningsfriheten är skadestånd.

¹⁷⁸ LAS (1982:80) 25 §

¹⁷⁹ Glavå, Mats, *Arbetsrätt* s 218-219

¹⁸⁰ *Ibid.* s 230

¹⁸¹ *Ibid.* s 48

2.2 Skadeståndspraxis

2.2.1 EG-domstolen

Redan 1978 uttalade EG-domstolen i målet *Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*¹⁸² att könsdiskriminering är en av de grundläggande mänskliga rättigheter och allmänna principer vars respekt Europeiska gemenskapen genom dess domstol sedan tidigare åtagit sig att säkerställa.¹⁸³

I målet *Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen*¹⁸⁴ fastslog domstolen att även om medlemsstaterna enligt artikel 189 st 3 i EGF är fria att välja på vilket sätt de vill garantera likabehandlingsdirektivet¹⁸⁵ finns det en skyldighet att vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa att direktivet får full verkar i enlighet med dess syfte. Domstolen framhåller att jämlikhet inte kan skapas utan ett system med lämpliga påföljder och rättigheterna måste kunna göras gällande vid nationell domstol. Gemenskapen kräver ingen speciell typ av påföljder men de påföljder som införs måste säkerställa ett faktiskt och effektivt domstolsskydd, ha en avskräckande verkan för arbetsgivaren och stå i rimlig proportion till den skada som vållats. Om en medlemsstat väljer att införa skadestånd som sanktion mot överträdelse av de bestämmelser som införs i anledning av direktivet måste detta vara effektivt, avskräckande och proportionerligt. Endast symboliska belopp som exempelvis ersättning för utgifter i samband med ansökan, är inte tillräckligt.¹⁸⁶ Slutligen är det upp till medlemsstaterna att tolka och tillämpa de bestämmelser som antagits i anledning av införandet av direktivet. Direktivet innehåller inte någon ovillkorlig och tillräckligt preciserad förpliktelse i fråga om påföljder för diskriminering som enskilda kan åberopa om en medlemsstat inte implementerat direktivet korrekt.¹⁸⁷

EG-domstolen avgjorde den 2 augusti 1993 mål *M. Helen Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*.¹⁸⁸ Här klargörs också att det är upp till varje medlemsstat att avgöra vilka sanktioner som ska in-

¹⁸² Celex 61977J0149 Mål nr 149/77

¹⁸³ Ibid. p. 26, 27

¹⁸⁴ Celex 61983J0014 Mål nr 14/83

¹⁸⁵ 76/207/EEG av den 9 februari 1976

¹⁸⁶ Celex 61983J0014 Mål nr 14/83 p. 22-24

¹⁸⁷ Ibid. p. 27-28

¹⁸⁸ Celex 61991J0271 Mål nr C-271/91

föras för att beivra överträdelser av diskrimineringsbestämmelserna i anledning av likabehandlingsdirektivet¹⁸⁹.¹⁹⁰ Det sägs vidare att om ekonomisk ersättning i form av skadestånd väljs som sanktion ska denna ge fullständig ersättning för den faktiska skada som orsakats av den diskriminerande handlingen. Direktivets syfte att uppnå reell jämlikhet kan inte uppnås om det saknas lämpliga åtgärder för att förhindra kränkning av jämlikheten. Åtgärderna ska säkerställa ett faktiskt och effektivt rättsligt skydd och ha en avskräckande verkan när det gäller arbetsgivaren.¹⁹¹ Ett på förhand bestämt maxbelopp för skadeståndet uppfyller inte direktivets syfte.¹⁹²

EG-domstolen behandlade 1997 skadeståndsfrågan i ett avgörande Nils Draehmpaehl mot Urania Immobilienservice OHG¹⁹³. Målet handlar om en man som diskriminerats på grund av sitt kön. Ett företag, Urania, hade publicerat en annons om anställning där de sökte en ”erfaren kvinnlig assistent”¹⁹⁴. Draehmpaehl sökte tjänsten men fick inget svar och ansåg sig då ha blivit diskriminerad på grund av sitt kön, eftersom han fann sig vara bäst lämpad för denna tjänst. Som grund för talan åberopades rådets direktiv om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor¹⁹⁵.

I Tyskland, där denna händelse utspelade sig, hade skadeståndet vid diskriminering av detta slag begränsats till maximalt tre månadslöner och domstolen hade då att ta ställning till om detta var rimligt. Till att börja med klargjorde domstolen att det i direktivet inte finns några krav uppställda på hur medlemsstaterna ska utforma sanktioner mot överträdelser av bestämmelserna. Det är alltså upp till varje medlemsstat att själv utforma de sanktioner som anses lämpliga. Av artikel 6 i direktivet framgår dock att medlemsstaterna måste ”*vidta nödvändiga åtgärder*” för att uppnå direktivets syfte och se till att personer som anser sig blivit diskriminerade har möjlighet att göra sina rättigheter gällande vid en nationell domstol.¹⁹⁶ Vidare framhåller domstolen att, då sanktionen utgörs av ett skadestånd, detta ska

¹⁸⁹ 76/207/EEG av den 9 februari 1976

¹⁹⁰ Celex 61991J0271 Mål nr C-271/91 p. 17

¹⁹¹ Ibid. p. 24

¹⁹² Ibid. p. 30

¹⁹³ Celex 61995J0180

¹⁹⁴ Ibid. p. 12

¹⁹⁵ 76/207/EEG av den 9 februari 1976

¹⁹⁶ Celex 61995J0180 p. 24

vara ägnat att säker ställa ett faktiskt och effektivt domstolsskydd, ha en reell avskräckande verkan på arbetsgivaren och stå i rimlig proportion till skadan. Ett rent symboliskt skadestånd anses inte uppfylla kraven på ett effektivt genomförande av direktivet.¹⁹⁷

Det skadestånd som enligt tysk lag skulle ha utgått var på maximalt tre månadslöner och domstolen ansåg inte att detta för arbetsgivaren var en ansevärd ekonomisk börda som både var kännbar och avskräckande och att den diskriminerade personen därmed erhölet ett betydande skadestånd.¹⁹⁸

2.2.2 Svensk skadeståndspraxis

Skadeståndspraxisen i Sverige utvecklades i domstolarna och dessa hänvisar ofta till och inhämtar information från bland annat Brottsoffermyndigheten. Det är framför allt HD som skapar praxisen men eftersom förhållandevis få mål hamnar där kan BrOM anses ha en bredare grund att bygga praxis på eftersom de får in fler lämpliga skadeståndsärenden. Myndigheten har skapat en referatsamling med de mest relevanta ärendena för att belysa deras skadeståndspraxis för nivåerna vid kränkingsersättning. Denna ersättning beräknas på objektiva grunder och alltså ska vara enhetlig för alla offer, oberoende av dennes subjektiva upplevelser.¹⁹⁹ Myndigheten har utvecklat egen praxis när det gäller ersättningar vid kränkning men vid ersättning för personskador hänvisar de i sin tur ofta till Trafikskadenämnden.

När en person utsätts för brott finns olika möjligheter att få ersättning för skador. Om det är klart vem som är gärningsmannen och denne har betalningsförmåga ska skadestånd utdömas. Om gärningsmannen är okänd kan den skadelidande ändå ha rätt till ersättning från ett försäkringsbolag. Om försäkringsersättningen inte helt och hållet täcker skadan finns det möjlighet att få ersättning från staten genom BrOM, så kallad brottsskadeersättning. Det krävs inte att gärningsmannen dömts för brottet i domstol, myndigheten gör sin egen bedömning om de anser att rekvisiten för brottet är uppfyllda.²⁰⁰ I första hand ersätts personskador

¹⁹⁷ Ibid. p. 25

¹⁹⁸ Ibid. p. 26

¹⁹⁹ Brottsoffermyndighetens referatsamling 2006 s. 37

²⁰⁰ Karnov lagkommentarer, Brottskadlagen (1978:413), not. 1

men det finns även vissa möjligheter att få sakskador och rena förmögenhetskakador ersatta.²⁰¹

Brottsskadeersättning beräknas enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer. BrOM är inte bunden av domstolens avgörande i det aktuella brottmålet men om domstolen har sakprövat ersättningsfrågan bestämmer oftast myndigheten ersättningen till samma belopp. Myndigheten har alltså möjlighet att utveckla sin egen skadeståndspraxis, vilket de också till viss del gjort.²⁰²

Ett brottsoffer kan få ersättning för kränkning av myndigheten. Denna ersättning utgår oftast i samband med ersättning för personskada men det är inget krav. Kränkningen får inte ha varit bagatellartad och ersättning utgår inte med lägre belopp än 5000 kr. De brott som ger rätt till kränkningserättning är sexualbrott, rån, olaga tvång, olaga hot, grov (kvinno-) fridskränkning, ofredande, hemfridsbrott, överträdelse av besöksförbud, olaga frihetsberövande, övergrepp i rättsak, mordförsök och misshandel.²⁰³ De belopp som utbetalas ligger oftast mellan 5000 och 15 000 kr och då handlar det om till exempel kränkning vid bank-, post- och butiksrån eller oprovocerad misshandel.²⁰⁴ Normalbeloppet för kränkningserättning vid exempelvis våldtäkt anses idag vara 75 000 kr, försök till våldtäkt 40 000 kr, ”traffickingbrott” allt från 50 000 kr till 125 000 kr och sexuellt utnyttjande av minderårig mellan 20 000 och 300 000 kr. Vid försök till mord eller dråp har normalbeloppet satts till 100 000 kr, våld i nära relationer kan variera mellan 7000 och 75 000 kr om det handlar om enstaka våldshandlingar och mellan 5000 och 70 000 kr när det handlar om upprepade våldsbrott mellan vuxna i en nära relation. Vid misshandel kan offret ibland bli utan ersättning medan i vissa fall skadestånd för kränkning på upp till 60 000 kr kan utdömas om det handlar om livshotande våld. Ersättning för kränkning i samband med egendomsbrott är vid till exempel stöld från 0 till 5 000 kr och vid personrån 7000 till 40 000 kr. Myndighetens beräkning utgår alltså i första hand från SkL och skadeståndsrättslig praxis men myndigheten måste också ta hänsyn till bestämmelser i Brottsskadelagen²⁰⁵. I denna stadgas ett tak för ersättningen, 20 basbelopp²⁰⁶ vid personskada

²⁰¹ <http://www.brottsoffermyndigheten.se/default.asp?id=1297>

²⁰² Brottsoffermyndighetens referatsamling 2006 s. 11

²⁰³ Ibid. s. 15

²⁰⁴ Ibid. s. 16

²⁰⁵ Brottsskadelagen (1978:413)

och 10 basbelopp vid sakskada, ren förmögenhetsskada och kränkning.²⁰⁷ I det så kallade ”Restaurangmålet” hänvisade HD i till BrOM:s referatsamling när de jämförde kränkingsersättningen i det aktuella målet med kränkingsersättning vid våldtäkt som anses ligga runt 75 000 kr och mordförsök där nivån är ca 100 000 kr.

2.2.3 Praxis för skadestånd i diskrimineringsmål

2.2.3.1 NJA 2006 s 170

NJA 2006 s 170 är det rättsfall som orsakat stor uppståndelse kring skadeståndsbeloppen i diskrimineringsmål och handlade, som ovan nämnt, om ett lesbiskt par som blev avvisade från en restaurang efter att ha pussats.

I tingsrätten ansågs det att kärandens påståenden inte hade styrkts och käromålet lämnades därför utan bifall. I hovrätten tolkade man bevisbörderegeln på ett annat sätt och kom fram till att kärandens påståenden visade att det fanns anledning att anta att diskriminering förekommit och att svaranden inte hade lyckats motbevisa dessa med objektivt godtagbara skäl. Hovrätten dömde således restaurangen att betala 50 000 kr i skadestånd.

Fallet gick sedan till HD som gjorde följande bedömning. Diskriminering på grund av sexuell läggning är förbjudet vid tillhandahållande av varor, tjänster och bostäder enligt DFL 9 §. Om någon bryter mot denna reglering ska denne betala skadestånd för den kränkning som handlandet inneburit enligt 16 § samma lag. Frågan i målet var om diskriminering på grund av sexuell läggning förekommit eller om restaurangägaren hade agerat på samma sätt om det hade gällt ett heterosexuellt par. Eftersom ord stod mot ord mellan parterna ansåg domstolen på grund av bevisbörderegeln i 21 § DFL att det skulle ligga på svaranden att bevisa att diskriminering inte skett då käranden hade gjort det antagligt att diskriminering förekommit. Svaranden kunde i fallet inte visa att diskriminering inte förekommit och restaurangen dömdes alltså att betala skadestånd.

Vid bedömningen av skadeståndets storlek framhöll domstolen att skadestånd vid diskriminering generellt ska ligga på en högre nivå än skadestånd vid

²⁰⁶ Prisbasbelopp 2008: 41 000 kr

²⁰⁷ Brottskadlagen (1978:413) 11 §

brott enligt SkL. Vidare sades att diskriminering kan handla om väldigt olika situationer och att varje fall ska bedömas efter diskrimineringens art och omfattning samt omständigheter i det enskilda fallet. Detta även om bara själva överträdelsen av lagen ska ses som en allvarlig kränkning. Hänsyn ska tas till SkL 5:6 och till om diskrimineringen varit avsiktlig. I jämförelse med många arbetsrättsliga mål ansåg domstolen att käranden i detta mål inte skulle drabbas av bestående eller långvariga effekter som utebliven inkomst och dylikt. Därför ansåg domstolen att det skadeståndsbelopp som yrkats (120 000 kr) var för högt och drog paralleller till skadestånd vid mord (normalt 100 000 kr) och våldtäkt (normalt 75 000 kr). Domstolen menade att skadestånd vid diskriminering trots allt inte bör fjärras alltför mycket från skadestånd i övrigt, även om de ska ligga något högre. Slutligen dömde HD restaurangen att betala 15 000 kr i skadestånd till käranden.

2.2.3.2 NJA 2006 s 683

Höstterminen 2003 beslutade Uppsala Universitet att göra det lättare för studenter med utländsk bakgrund att komma in på juristutbildningen. Detta gjordes genom att en kvot på 30 platser reserverades för sökanden med ”bägge föräldrar utrikes födda”. Syftet var att öka den etniska och sociala mångfalden på utbildningen. Två sökande som hade föräldrar födda i Sverige kom inte in på utbildningen trots att de hade bättre betyg än de som kom in genom kvoten. De stämde Uppsala Universitet för brott mot HögsKL och krävde ett skadestånd på 120 000 kr var. Tingsrätten ansåg det klarlagt att universitetet utsatt studenterna för direkt diskriminering eftersom de hade missgynnats i jämförelse med personer med annan etnisk bakgrund. Handlandet var inte berättigat enligt 7 § 2 st i HögsKL som stadgar att förbudet mot diskriminering inte gäller, om behandlingen är berättigad av hänsyn till ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan. Universitetet menade att intresset att främja mångfald vägde tyngre än diskrimineringsförbudet men tingsrätten godtog inte detta argument, speciellt inte eftersom universitetet hade tillämpat stark positiv särbehandling, alltså gett personer företräde som till och med hade sämre meriter än de som förbisågs. Tingsrätten ansåg att studenterna hade rätt till skadestånd för kränkning då de hade utsatts för otillåten diskriminering enligt HögsKL 7 §. De framhöll att skadeståndet ska vara preventivt, alltså avhålla från överträdelser samtidigt som det ska ge kompensation till de skadelidande. Det ska vidare vara

ägnat att säkerställa ett faktiskt och effektivt domstolsskydd, vara avskräckande och stå i rimlig proportion till skadan. Eftersom diskrimineringen inneburit att studenterna hade nekats tillträde till en utbildning ansåg tingsrätten att skadeståndet skulle sättas högre än normalt eftersom detta bedömdes vara en allvarlig konsekvens av det diskriminerande handlandet. Som förmildrande omständigheter såg domstolen att bestämmelserna i lagen var svårtillämpliga och att det inte fanns någon tidigare praxis på området. Domstolen gick i skadeståndsbedömningen inte djupare in på hur den kränkande handlingen berört de båda studenterna rent psykiskt vilket kan tyckas anmärkningsvärt då det är den uppstådda skadan som ska ersättas genom skadestånd. Skadeståndet bestämdes till 75 000 kr var till de båda studenterna. Hovrätten gjorde samma bedömning som tingsrätten och fastställde domslutet. Parterna överklagade till HD som även de delade hovrättens och tingsrättens bedömningar och fastställde hovrättens domslut.

2.2.3.3 BeO / Uppsala kommun

I oktober 2007 prövades för första gången BeL som trädde i kraft 2006. Målet²⁰⁸ handlade om en elev som under en träslöjdslektion blev utsatt för kränkande behandling av en lärare som tappade besinningen efter att eleven lekt med en spånsug. Läraren tog spånsugen från eleven, tryckte ner honom mot ett bord och förde sugen över elevens ansikte och huvud. Eleven blev chockad, tappade andan och sprang sedan ut från klassrummet. BeO anförde i sin talan omständigheter som att eleven fått ont, känt sig utsatt, chockad, rädd och mått dåligt efter händelsen. Han pekade särskilt på, med hänvisning till SkL 5:6, att handlingen var riktad mot någon med särskilda svårigheter att värja sin personliga integritet eftersom eleven vid händelsen var endast tretton år. Vidare befann sig eleven i ett beroendeförhållande gentemot sin lärare som alltså missbrukade denna ställning och handlandet väckte allmän uppmärksamhet då den ägde rum bland elevens klasskamrater. BeO framförde i sin slutplädering att han fått reaktioner på att det yrkade skadeståndet endast uppgick till 25 000 kr och att denna uppfattning hos allmänheten kunde tyckas intressant. Han höll med om att beloppet var relativt lågt men att det är svårt att uppskatta lidande i pengar. Låga skadestånd uppfyller emellertid inte sanktionens syfte att ha en avskräckande och kompensatorisk effekt menade BeO.

²⁰⁸ Uppsala TR, Mål T 5528-06 Dom 2007-10-23

Uppsala kommuns ombud jämförde i sin talan händelsen med ofredande i BrB 4:7 och drog paralleller till Brottsoffermyndighetens referatsamling, där ersättning för kränkning vid ofredande normalt utgår med 5 000 kr. Detta avvisade BeO med att andra påföljder än skadestånd är aktuella vid brott enligt BrB och att även vid ofredande kan straffet bli upp till ett år i fängelse. Ersättningen 5 000 kr är även normal då poliser utsätts för lindrig misshandel i tjänsten, vilket inte kan jämföras med elever som utsätts för detsamma i skolmiljö, menade BeO. Uppsala kommun framförde också att kommunen inte skulle påverkas preventivt oavsett vilket skadestånd som utdömdes, den enda funktion de menade att skadeståndet skulle ha för deras del var den kompensatoriska.²⁰⁹

Uppsala tingsrätt gjorde bedömningen att detta var ett fall av kränkande behandling enligt lagen och att eleven hade rätt till skadestånd. I skadestandsfrågan hänvisades till förarbeten till olika diskrimineringslagar där det framgår att brott mot diskrimineringslagstiftningen ska ses som en allvarlig kränkning och att kränkningens art och omfattning ska ligga till grund för skadestandsbeloppet. Vidare gjordes också en hänvisning till HD:s resonemang i NJA 2006 s 170 där det framgår att skadestånd vid diskriminering ska ligga på en högre nivå än skadestånd för kränkning på grund av brott men att nivåerna kan variera och att de inte ska fjärras alltför långt från övrig skadestandspraxis. Tingsrätten kom emellertid fram till att förarbetena inte ger stöd för en sådan tolkning när det gäller annan kränkande behandling som det var i detta fall. Ledning för skadestandsnivån kan endast finnas i SkL 5:6. Slutligen gick tingsrätten på kommunens linje och jämförde den kränkande behandlingen med ofredande enligt BrB 4:7 där skadestandspraxisen normalt ligger på 5000 kr. Tingsrätten ansåg, med tanke på handlingens inslag av våld och att det skedde inför andra klasskamrater, att detta belopp rimligen skulle dömas ut om läraren hade varit åtalad i ett brottmål för ofredande.

Domen har sedermera överklagats till Svea Hovrätt.²¹⁰

2.2.3.4 Övrig praxis i diskrimineringsmål

²⁰⁹ Förhandling Uppsala Tingsrätt 2007-10-04

²¹⁰ <http://www.skolverket.se/sb/d/1935/a/10311>

Utvecklingen av praxis för de olika diskrimineringslagarna går långsamt. Det finns många förklaringar till detta, som att många människor som utsätts för diskriminering inte vet vad de har för rättigheter eller de kanske väljer att inte anmäla. Även om fler människor blir medvetna om sina rättigheter och anmäler till facket eller ombudsmännen, händer det ofta att fallen läggs ner på grund av att diskriminering i många fall är svårt att bevisa. I de fall ombudsmän eller fack väljer att föra tvisten till domstol är det inte lätt att vinna på grund av bevissvårigheterna. Jag har tittat på de domar och förlikningar som AD och ombudsmännen presenterar och den utveckling som skett under 2004-2007, framför allt med tanke på hur NJA 2006 s 170 påverkat rättsläget.

2.2.3.4.1 Domar

Ombudsmännen presenterar ingen praxis där skadestånd på grund av diskriminering dömts ut i allmänna domstolar från år 2004 och 2005, däremot finns några exempel från AD. När det gäller skadestånd i arbetsrättsliga mål är det viktigt att komma ihåg att arbetstagare kan ha rätt till ekonomiskt skadestånd, vilket inte arbetssökande har. Vidare har i förarbeten och praxis fastslagits att allmänt skadestånd i arbetsrättsliga mål är högre än ideella skadestånd i allmän domstol. Dessutom sägs i förarbeten till de arbetsrättsliga diskrimineringslagarna att skadestånd för diskriminering ska ligga högre än i vanliga arbetsrättsliga mål.

I AD 2005 nr 22 utsattes en kvinna för sexuella trakasserier av en manlig kollega på arbetstid och även för en våldtäkt av samme kollega utanför arbetstid. Domstolen ansåg att arbetsgivaren inte hade vidtagit skäligen åtgärder för att förhindra detta och dömde arbetsgivaren att betala 50 000 kr i allmänt skadestånd till kvinnan. Ingen närmare utredning om kränkning gjordes i domen.

AD 2005 nr 32 handlade om en man som blev uppsagd strax efter att han fått besked om att han hade drabbats av multipel skleros. Domstolen ansåg att uppsägningen var felaktig och hade samband med mannens funktionshinder. Detta bedömdes vara en allvarlig kränkning av den skadelidande och domstolen framhöll att skadeståndet skulle hamna på en högre nivå än arbetsrättsliga skadestånd i allmänhet. Arbetsgivaren dömdes, förutom det ekonomiska skadeståndet, att betala 100 000 kr i allmänt skadestånd till mannen.

Ett fall som blev mycket uppmärksammat i media var AD 2005 nr 87, där en kvinna nekades anställning på Volvo på grund av sin kroppslängd. Domstolen

kom fram till att detta var ett fall av indirekt diskriminering av kvinnor och Volvo dömdes att betala 40 000 kr i allmänt skadestånd till kvinnan. Avgörande för bedömningen var bland annat att arbetsgivaren inte avsiktligt diskriminerat kvinnan, utan gjort en felbedömning av relevansen av det uppställda längdkravet. På vilket sätt kvinnan kränkts behandlades inte i domen.

I AD 2005 nr 92 dömdes en arbetsgivare för brott mot JämstL då denne inte tillämpat reglerna i Föräldradighetslagen²¹¹ korrekt gentemot en manlig arbetstagare. Det allmänna skadeståndet sattes till 100 000 kr och domstolen pekade på vikten av att tillämpa denna lag på rätt sätt. Inte heller här gick domstolen in på huruvida den skadelidande kränkts.

Efter det omtalade målet från HD, NJA 2006 s 170, där en restaurangägare dömdes att betala 15 000 kr i ideellt skadestånd till den lesbiska kvinnan som avvisades från restaurangen har ett antal mål avgjorts både i AD och i allmänna domstolar.

Bara ett par dagar efter att domen i NJA 2006 s 170 publicerats avgjordes ett mål i Nacka tingsrätt²¹² där en kennelägare hade vägrat sälja en hundvalp till en lesbisk kvinna. Käranden hade yrkat på 40 000 kr i skadestånd för kränkning. Domstolen konstaterade att både direkt diskriminering och trakasserier förekommit och att detta inneburit en allvarlig kränkning av den skadelidande. De hänvisade också till rättspraxis på området och beslutade att det inte fanns anledning att döma ut ett högre skadestånd än det som svaranden vitsordat, 20 000 kr. Domen har därefter överklagats till hovrätten.

Malmö tingsrätt dömde den tredje maj 2006²¹³ nattklubben Escape att utbetala 15 000 kr var till fyra män som inte släpptes in på klubben på grund av deras utländska utseende. Männens ombud hade yrkat att deras klienter skulle få 75 000 kr i skadestånd vardera. Att männen gått till klubben för att göra en så kallad ”situation testing” ansåg domstolen inte innebar att de inte blivit kränkta. Domen överklagades till Hovrätten för Skåne och Blekinge som fastställde tingsrättens

²¹¹ (1995:584)

²¹² Nacka TR 2006-03-30 Mål nr T 439-05

²¹³ Malmö TR 2006-05-03 Mål nr T 3562-05

dom.²¹⁴ HD beslutade i november i år att meddela prövningstillstånd för målet för att pröva skadeståndsskyldigheten och skadeståndets storlek.²¹⁵

I maj 2006 dömde Göteborgs tingsrätt²¹⁶ nattklubben Honey att betala skadestånd till en man som kränkts genom att inte släppas in på klubben på grund av sin etniska bakgrund. Skadeståndet bestämdes till 40 000 kr. Domen överklagades till hovrätten som fastställde tingsrättens dom.²¹⁷

I AD fälldes i september 2006²¹⁸ en arbetsgivare för att ha diskriminerat en funktionshindrad arbetstagare. På grund av en allergi nekades arbetstagaren en tjänst i Brasilien, vilken han i och för sig var bäst meriterad för. Kärandesidan krävde skadestånd på 120 000 kr. AD konstaterade att mannen utsatts för en kränkning i och med den direkta diskrimineringen och att det allmänna skadeståndet inte skulle bestämmas högre än till 50 000 kr.

Senare under 2006 fälldes nattklubben Honey återigen för etnisk diskriminering i Göteborgs tingsrätt.²¹⁹ Det var sex juridikstudenter som gått till klubben och filmat med kamera hur vakten först nekade personer med ”utländskt” utseende för att en stund senare släppa in en grupp killar med ”svenskt” utseende. Nattklubben erkände diskriminering och dömdes att betala 15 000 kr var till de kränkta studenterna.

I slutet av år 2006 kom den andra uppmärksammade domen från HD, den mot Uppsala universitet²²⁰. Universitetet dömdes, som ovan nämnt, att betala 75 000 kr var till de två studenter som inte blivit antagna till juristutbildningen på grund av sin etniska bakgrund. Skadeståndsbeloppen skiljer sig ganska markant från den tidigare domen från HD vilket visar på att beloppen kan variera mycket beroende på omständigheter i det enskilda fallet.

I mars 2007 nekades en grupp killar med utländskt utseende inträde på en krog i Stockholm och kräver ersättning i domstol med 50 000 kr vardera. Tingsrätten dömde²²¹ krogen att betala 40 000 kr i skadestånd till var och en av de kränkta personerna och framhöll skadeståndets dubbla funktion, att kompensera

²¹⁴ Hovrätten för Skåne och Blekinge 2007-04-24 Mål nr T 1358-06

²¹⁵ http://www.do.se/t/Page_____1505.aspx

²¹⁶ Göteborgs TR 2006-05-17 Mål nr T 9717-05

²¹⁷ Hovrätten för Västra Sverige 2007-01-08 Mål nr T 9717-05

²¹⁸ AD 2006 nr 97

²¹⁹ Göteborgs TR 2006-12-14 Mål nr T 4658-05

²²⁰ NJA 2006 s 683

²²¹ Huddinge TR 2007-03-02 Mål nr T 2688-05

de skadelidande och att avhålla från överträdelser. Vidare hänvisades till diskrimineringslagarnas förarbeten där det sägs att skadestånd vid diskriminering ska ligga på en högre nivå än skadestånd enligt SkL eftersom redan brott mot diskrimineringslagstiftningen ska ses som en allvarlig kränkning. Även de EG-direktiv som fastställt att sanktioner för diskrimineringsbrott ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande åberopas. Slutligen hänvisade domstolen till NJA 2006 s 170 och anförde att domen visserligen ägde rum i restaurangmiljö men att det inte kan förutsättas att alla diskrimineringsmål i restaurangmiljö ska föranleda samma skadeståndsbelopp utan att, som HD anført, de kan variera på grund av olika omständigheter. Skadeståndet ska heller inte sättas så lågt att syftet med sanktionen inte uppnås. Den samlade bedömningen blev att skadeståndet ska ge skälig ersättning till de drabbade samt vara så pass tilltaget att det har en avskräckande effekt för restaurangägare i allmänhet. Domen har överklagats till hovrätten.

Under hösten 2007 kom ytterligare en dom från Göteborgs tingsrätt²²² där ett bostadsbolag dömdes för diskriminering av en man med utländskt ursprung. Denne hade, till skillnad från två av sina svenskfödda kollegor, inte fått erbjudande om att komma på en visning för en lägenhet. Bolaget anförde att de ville ha en ”lämplig mix” av hyresgäster i området. Domstolen dömde bolaget att betala 40 000 kr i skadestånd till mannen.

De slutsatser man kan dra utifrån dessa domar är att skadestånden vanligtvis är högre i AD än i de allmänna domstolarna. Det är svårt att se i vilken utsträckning NJA 2006 s 170 påverkat den senare praxisen eftersom ingen relevant praxis från DFL presenteras från åren innan domen. Vad man kan se är att domstolarna ofta hänvisar till HD:s avgörande men skadeståndsbeloppen kan ändå sättas högre eftersom det uttalats att de kan variera med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall. Intressant är också att domstolen sällan går in på huruvida och på vilket sätt den diskriminerade personen blivit kränkt. Bedömningen är snarare objektiv är subjektiv och så snart diskriminering konstaterats hänvisar man till att detta är en allvarlig kränkning som ska leda till skadestånd.

2.2.3.4.2 Förlikningar

²²² Göteborgs TR 2007-11-06 Mål nr T 130077-05

Innan ombudsmän eller fack väljer att driva ett diskrimineringsfall till domstol försöker de i de flesta fall att komma fram till en förlikning mellan parterna, det vill säga en frivillig överenskommelse. Förlikningen kan innebära att motparten går med på att betala en ersättning till den som känner sig kränkt men det kan också innebära att personen i fråga får jobbet eller bostaden han tidigare nekats. I vissa fall ger motparten även löfte om att till exempel aktivt arbeta mot diskriminering i framtiden.²²³ Ombudsmännen presenterar en sammanställning av deras förlikningar, både inom arbetslivet och inom övriga samhällsområden. Jag har valt att belysa några exempel nedan.

Innan NJA 2006 s 170 har ett flertal förlikningar åstadkommit i restaurang- och krogsammanhang. I juli 2005 förlikades DO och en nattklubb i Göteborg att de skulle betala 50 000 kr i ersättning till var och en som utsatts för diskriminering genom att inte bli insläppta på klubben. Nattklubben åtog sig också att aktivt arbeta mot diskriminering i framtiden.²²⁴

Även nattklubben Etage i Malmö ingick år 2005 en förlikning om att utge 50 000 kr var till de studenter som inte blivit insläppta på klubben på grund av sitt etniska ursprung. De förband sig också att arbeta för att bekämpa diskriminering i framtiden.²²⁵

I början av år 2006 gick ytterligare en restaurang i Malmö med på att betala 50 000 kr i skadestånd till var och en av de fyra personer som nekats inträde till lokalen på grund av sitt utländska utseende.²²⁶

Romer har sedan länge varit en utsatt etnisk minoritet i Sverige och blivit diskriminerade i många sammanhang. Innan HD:s dom i restaurangmålet presenterar DO två förlikningar inom ramen för DFL som båda handlar om romska kvinnor som kränks i butiker. Den första förlikningen handlade om en finsk-romsk kvinna som nekades inträde på en bensinmack med argumentet att andra romer hade stulit där tidigare.²²⁷ Bolaget gick med på att betala 10 000 kr i ersättning till kvinnan.

²²³ http://www.do.se/t/Page____1028.aspx

²²⁴ DO 2005-07-14 Dnr 1135-2004

²²⁵ DO 2005-09-30 Dnr 1105-2004

²²⁶ DO 2006-01-31 Dnr 1499-2003

²²⁷ DO 2005-09-21 Dnr 1296-2003

I februari 2006 fick en annan finsk-romsk kvinna 65 000 kr i ersättning genom förlikning²²⁸ efter att hon upprepade gånger blivit kränkt i en matbutik. Kränkningarna bestod i att hon blev förföljd i affären, misstänkt för snatteri och utsatt för nedsättande kommentarer om hennes romska ursprung.

Dessa två förlikningar kan jämföras med en förlikning i oktober 2007²²⁹ där en romsk kvinna nekades tillträde till en butik på grund av hennes traditionella romska klädsel. Butiksinnehavaren menade att kvinnor med liknande klädsel tidigare stulit i butiken. Kvinnan fick 30 000 kr i ersättning.

²²⁸ DO 2006-02-08 Dnr 822-2005

²²⁹ DO 2007-10-22

3. Diskussion

Hela debatten om skadeståndsbeloppens storlek landar i en diskussion om skadeståndens olika funktioner. För att påstå att någonting är lågt måste det finnas en jämförelsevariabel, vilken i vissa skadeståndsdebatter är svår att urskilja. Min slutsats i denna skadeståndsdiskussion är att det finns en allmän uppfattning om att skadestånd i diskriminerings-sammanhang är låga i förhållande till de effekter sanktionen ska uppnå.

Bertil Bengtsson presenterade sin utredning Ds 2007:10 vid Arbetsrättsliga föreningen i Stockholm den 29 november 2007. Han pekade då framför allt på de olika särdragen i diskrimineringsrätt och skadeståndsrätt. Eftersom den svenska rätten, däribland SkL, utvecklades långt innan Sverige blev medlem i EG är det ibland svårt att anpassa den svenska rätten till de EG-direktiv som måste implementeras, på exempelvis diskrimineringsområdet. Bengtsson uttalade också att lagstiftare idag blir mer och mer förtjusta i ideella skadestånd och att kränkning har blivit ett populärt uttryck i samhället. Skadeståndsrätten och diskrimineringsrätten börjar idag komma in på varandras områden, vilket ibland kan leda till problem eftersom det finns stora skillnader i reglernas bakgrund och i grundläggande tankegångar kring de olika rättsområdena. Syftet med ersättning enligt SkL är i första hand att den ska leda till reparation för den skadelidande. Det preventiva syftet är inte så framträdande. Här kan en fördelning av risker göras genom försäkringar på den skadelidandes sida och genom ansvarsförsäkring hos den skadevällande. I diskrimineringslagstiftningen är det i första hand prevention som är syftet med skadestånden. Här krävs inte heller uppsåt eller oaktsamhet för att dömas till skadestånd, till och med omedveten, ofrivillig diskriminering kan leda till skadestånd. Bengtsson gav här domen mot Uppsala Universitet²³⁰ som exempel, där universitetet dömdes till skadestånd trots att de diskriminerat på grund av en rättsvillfarelse, de visste alltså inte att handlandet var straffbart. I diskrimineringslagstiftning finns alltså en typ av strikt ansvar, menade Bengtsson.

En person som flitigt debatterat frågan om skadestånd och diskriminering är Håkan Andersson, professor i civilrätt vid Uppsala Universitet. I en artikelserie under 2006 och 2007 recenserar han först det uppmärksammade målet från HD,

²³⁰ NJA 2006 s 683

NJA 2006 s 170²³¹, senare under året domen mot Uppsala universitet, NJA 2006 s 683²³² och slutligen berör han frågan om diskrimineringskadeståndens utveckling utifrån bland annat dessa två domar²³³.

Andersson tar upp problematiken kring allmän och speciell skadeståndsrätt, eftersom han anser att diskrimineringskadeståndsrätten kanske är på väg att bli en slags specialskadeståndsrätt på grund av sitt handlingsdirigerande och opinionsbildande syfte. Svårigheter med detta är emellertid att sammanfoga dessa rättspolitiska mål med de avvägningar och tillämpningar som måste göras i lagstiftning. Andersson berör här diskussionen om en begreppsförändring av skadestånd vid diskriminering till ”diskrimineringsersättning” men kommer fram till att problemet med skadeståndsbedömningen i enskilda fall ändå kvarstår.²³⁴ I det aktuella målet dömdes Uppsala Universitet att betala 75 000 kr vardera till de två studenterna som hade utsatts för diskriminering. Andersson menar att domen inte ger några tydliga riktlinjer för framtidens skadeståndsbedömningar men att den ändå visar på den grad av variation som domstolen pekade på i NJA 2006 s 170. I det tidigare fallet uttalade domstolen att diskrimineringen inte medfört några bestående effekter för den drabbade, något som i det senare avgörandet kan jämföras med att gå miste om en termins eller ett läsårs studietid. Författaren framhåller att skadeståndsberäkningen påverkas av om den skadelidande hindras från vissa förmåner, att utföra vissa sysslor eller på annat sätt berör den fortsatta livsföringen.²³⁵

Min fråga i den här debatten är vilka effekter som inte uppnås genom dagens sanktionssystem, reparationen, preventionen eller repressionen?

²³¹ Andersson, Håkan *Diskrimineringskadeståndsrätt (1) – bevisning av omständigheter och bevekelsegrunder* PointLex april 2006

²³² Andersson, Håkan *Diskrimineringskadeståndsrätt (2) – värdering av ”positivt” respektive ”negativt” särbehandlande åtgärder* PointLex januari 2007

²³³ Andersson, Håkan *Diskrimineringskadeståndsrätt (3) – den rättsliga och den politiska diskursen möts* PointLex, januari 2007

²³⁴ Andersson, Håkan *Diskrimineringskadeståndsrätt (2)* s 1-2

²³⁵ *Ibid.* s 17-18

Är skadestånden för låga för att den reparatoriska effekten ska uppnås?

Reparationsdiskussionen handlar om den skadelidandes kompensation och upprättelse och förs inom alla brottstyper.

När en person utsätts för ett brott kränks dennes integritet, självkänsla och person. Det uppstår en skada i personens medvetande som är svår att beskriva, sätta fingret på. Det handlar om känslor som sorg, ilska, skam och vanmakt som kan leda till att personen mår dåligt, inte klarar av att leva sitt vanliga liv eller gå tillbaka till sitt arbete. Alla människor är olika och reagerar olika i olika situationer och beskriver sina känslor på olika sätt. Därför är dessa skador så svåra att mäta och sätta in i olika fack. När någon utsätts för brott vill samhället att denne ska kompenseras och när dessa känslor ska föras in i juridiska sammanhang måste de sättas in i diskussionen om rättvisa. Juridik handlar om rättvisa och utgångspunkten är att alla människor ska behandlas rättvist. Den som begått brott ska få ett rättvist straff och den som drabbats ska få en rättvis kompensation. Den typ av kompensation vi har att tillgå är av det ekonomiska slaget. När det handlar om ekonomisk skada är det inte så svårt att värdera kompensation i pengar. Den skadelidande ska försättas i samma ekonomiska situation som innan händelsen för brottet. När det handlar om kränkning är bedömningen inte lika enkel. Det hade varit bra om det gick att försätta brottsdrabbade människor i samma emotionella situation som innan de utsatts för brott men det ligger i sakens natur att känslor inte kan värderas i pengar.

Vidare är det svårt att jämföra känslor med varandra. Blir man mer kränkt när någon stjälar ens plånbok eller när man blir utsatt för misshandel eller kanske när man inte blir insläppt på krogen på grund av sin hudfärg? Olika människor skulle nog ge olika svar på den frågan. Det är svårt att jämföra människor och deras upplevelser med varandra. Alla människor har olika bakgrunder och värderingar och beroende på vad vi bär med oss för erfarenheter tolkar vi omvärlden på olika sätt. Det som känns oerhört kränkande för en person kanske inte upplevs på samma sätt för någon annan.

Bertil Bengtsson framhöll i sin presentation att det vid diskriminering inte krävs att brott begåtts mot person, frid, frihet eller ära, såsom enligt SkL. Skadeståndet vid diskriminering är menat att ersätta ett faktiskt lidande men samtidigt

tar man vid diskriminering hänsyn till själva gärningen i sig. I domen mot Uppsala Universitet beaktade man till exempel inte alls studenternas upplevelse av kränkningen utan tittade bara på gärningen i sig. Samtidigt finns uttalanden om att den skadelidandes subjektiva upplevelser av handlingen är viktiga och att det är den utsatta personen som ska avgöra om denne blivit kränkt eller inte, vilket Bengtsson ansåg var ett konstigt resonemang. Han drog paralleller till skadestånd för personskada, där alltid konkreta fakta ligger till grund, även om man också kan ta hänsyn till att personen i det enskilda fallet var särskilt känslig. Bengtsson tyckte att det ibland var svårt att urskilja det verkliga orsakssambandet när det gällde diskriminering, så kallad adekvat kausalitet.

Det är denna utgångspunkt vi har när skadeståndsbelopp ska utdömas. Vi ska värdera människors känslor i pengar. I Sverige är det domstolarnas uppgift att göra denna värdering och de hämtar inte sällan uppgifter och inspiration från Brottsoffermyndigheten som har utarbetat en egen praxis för kränkningersättning till brottsoffer. Sverige har i alla tider försökt hålla nere skadeståndsnivåerna för ideella skadestånd för att de inte ska skena iväg alltför mycket och det är förståeligt att människor ibland upprörs över de skadeståndsbelopp som döms ut. Det i NJA 2006 s 170 utdömda skadeståndsbeloppet på 15 000 kr jämfördes i domen med ideellt skadestånd vid våldtäkt som av Brottsoffermyndigheten bedömts ligga kring 75 000 kr och vid mordförsök 100 000 kr. De brott som av myndigheten bedöms ligga kring 15 000 kr är exempelvis vissa grövre fall av sexuellt ofredande, som i ett fall där en man ofredade en berusad kvinna genom att flytta runt henne i olika positioner där hennes kön blottades så att han skulle kunna filma detta²³⁶, vissa fall av misshandel som till exempel där en kvinna misshandlats av sin make eller före detta med sparkar och slag, stryptag och mordhot som lett till näsbensfrakturer och andra lindrigare skador²³⁷ och ett fall där en pappa misshandlat sin son med en träpåk som ledde till lindrigare skador och blodvite²³⁸. En kvinna som oprovocerat överfölls och höggs i låret av en knivbeväpnad man när hon var ute och promenerade erhöll också 15 000 kr i ersättning för kränkning²³⁹ precis som en anställd på en bank som under ett rån fick en pistol riktad mot sitt

²³⁶ Brottsoffermyndighetens referatsamling s 45 Dnr 1768/05

²³⁷ Ibid. s 61 Dnr 5277/05, Dnr 11019/04

²³⁸ Ibid. s 71 Dnr 8793/05

²³⁹ Ibid. s 78 Dnr 2779/02

huvud²⁴⁰. En man blev rånad på gatan och tilldelades flera slag och sparkar mot huvud och kropp, även då han låg på marken. Tingsrätten utdömde skadestånd för kränkning till mannen på 15 000 kr.²⁴¹ Samma belopp har även utdömts i vissa fall av mordbrand²⁴², egenmäktighet med barn²⁴³ och olaga frihetsberövande²⁴⁴.

I NJA 2006 s 683 dömdes Uppsala universitet att betala 75 000 kr i skadestånd till de två studenterna. Detta belopp kan enligt Brottsoffermyndigheten jämföras med normalgraden för våldtäkt²⁴⁵, vissa fall av traffickingbrott²⁴⁶, sexuellt utnyttjande av underårig²⁴⁷, lindrigare fall av mordförsök där personen inte kommit till fysisk skada²⁴⁸ och grova fall av våld i nära relation²⁴⁹. Vid exempelvis rån, stöld och trafikbrott är det sällan kränkingsersättning kommer upp i så höga summor som 75 000 kr.

Enligt min mening är det omöjligt att jämföra dessa olika brott med varandra och med brott mot diskrimineringslagstiftningen som i NJA 2006 s 170. I de ovan nämnda brotten har det i de allra flesta fall handlat om brott mellan personer i en nära relation eller oprovocerade brott på en bank eller på öppen gata. Min bedömning är att dessa brott orsakat större rädsla och mer fysisk och psykisk smärta än i NJA 2006 s 170, där en kvinna avvisades från en restaurang. Vidare kan man diskutera motivet till brottet, i ett brott mot någon i en nära relation är brottet riktat mot offret som person, som individ, men i restaurangfallet och andra diskrimineringsfall riktas brottet mot personen som tillhörande en grupp individer, homosexuella, funktionshindrade, mörkhyade etc. Hur detta påverkar graden av kränkning är svårt att säga, men det finns här en skillnad i motiven till brotten. Givetvis kan det drabba en människa hårt att gång på gång dömas utifrån andras fördomar och att inte kunna nå dit man vill på grund av att man har fel kön, sexualitet, etnicitet eller funktionshinder. Jag menar inte att detta inte kan drabba en människa hårt i dennes vardag, kanske på samma sätt som en misshandel, jag menar bara att

²⁴⁰ Ibid. s 112 *Dnr 9433/05*

²⁴¹ Ibid. s 120 *Dnr 2614/05*

²⁴² Ibid. s 124 *Dnr 8021/05*

²⁴³ Ibid. s 126 *Dnr 4579/05*

²⁴⁴ Ibid. s 129 *Dnr 5837/05*

²⁴⁵ Ibid. s 30-40 *Dnr 7989/05, Dnr 6647/05, Dnr 8171/05*

²⁴⁶ Ibid. s 47 *Dnr 1701/05*

²⁴⁷ Ibid. s 50 *Dnr 9454/05, Dnr 4657/05*

²⁴⁸ Ibid. s 58 *Dnr 10232/04*

²⁴⁹ Ibid. s 63 *Dnr 2346/05*

olika typer av kränkningar är svåra att jämföra med varandra. Diskussionen om mänskliga rättigheter framhålls ibland som argument för att skadestånden vid diskriminering bör höjas, att det genom EG-domstolens dom i Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena²⁵⁰ fastslogs att det är en mänsklig rättighet att inte bli diskriminerad. Jag anser inte att argumentet kan användas uteslutande för skadeståndsdebatten i diskrimineringsammanhang eftersom mänskliga rättigheter även innebär var och ens rätt till liv, frihet och egendom²⁵¹ vilket medför att man inte ska behöva utsättas för någon typ av brott.

I NJA 2006 s 683 diskuterades överhuvudtaget inte på vilket sätt studenterna känt sig kränkta, beloppet motiverades snarare med att personerna gått miste om ett års studietid. Detta kan enligt mig inte motivera en allvarlig kränkning av dessa personer och definitivt inte i jämförelse med ovan nämnda brott där offren fått 75 000 kr i kränkningssättning. Att inte få möjlighet att studera under ett år framkallar knappast de känslor som man vanligtvis förknippar med kränkning som skam eller rädsla.

Jag kan hålla med om att skadestånd för kränkningar i allmänhet är låga och att det kan kännas som ett ytterligare hån att få 15 000 kr i ersättning för att ha blivit diskriminerad och förolämpad på grund av sin hudfärg eller sexuella läggning. Men om utgångspunkten är att ersättningar till skadelidande ska höjas bör detta ske inom alla områden där kränkningar förekommer. Alla kränkningssättningar är förhållandevis låga och det kan ifrågasättas om nivåerna är tillräckliga för att ge den skadelidande kompensation. Skadeståndet ska kunna ge möjlighet att förändra offrets livssituation och stärka dennes ställning. Detta handlar inte bara om kränkning vid diskriminering utan lika mycket om kränkning vid våldtäkt eller mordförsök. Jag tycker att kränkningssättningarna i största möjliga mån bör kunna jämföras med varandra och bedömas utifrån rådande samhällliga värderingar.

Håkan Andersson går in i debatten om ”höga” respektive ”låga” skadestånd utifrån bland annat de två avgörandena från HD och utredningen av Bertil Bengtsson²⁵². Andersson pekar i diskussionen om skadestånd vid diskriminering på att

²⁵⁰ Celex 61977J0149 Mål nr 149/77

²⁵¹ FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna art 3, 17

²⁵² Ds 2007:10

det är viktigt att kunna skilja den rättsliga diskussionen från andra ideologiska diskussioner. Olika ideologiska diskussioner kan visserligen påverka den rättsliga debatten men att göra gällande att rättstillämpningen inte fungerar utifrån enbart en ideologisk synvinkel är vanskligt. Andersson menar att det är felaktigt att låta politiska och mediala viljor styra över huruvida rättstillämpningen fungerar eller inte. Det är sådana ideologiska önskemål som har drivit fram Bengtssons utredning om skadeståndsfrågor vid kränkning och inte ett verkligt behov av att utreda rättstillämpningen.²⁵³

Jag tycker att det är svårt att se den generella utvecklingen för skadestånd i diskrimineringsmål. Debatten var som störst efter HD:s dom i NJA 2006 s 170 och ombudsmän har menat att ersättningsnivåerna efter denna dom sjunkit kraftigt och att viljan att förlikas till högre belopp har minskat.²⁵⁴ Jag anser att HD i NJA 2006 s 683 klargjorde att det tidigare avgörandet inte ska ses som ett fastställande av skadeståndsbelopp i diskrimineringsmål utan befäste här sin ståndpunkt att beloppen kan variera från fall till fall beroende på omständigheterna. Av de domar och förlikningar jag tittat på har jag svårt att dra samma slutsats som ombudsmännen vill visa på, att ersättningarna generellt sjunkit. Jag tycker att man kan se motsatta tendenser, som i domen från Huddinge tingsrätt²⁵⁵ eller domen från Göteborgs tingsrätt²⁵⁶ där skadestånd på 40 000 kr döms ut när personer nekats inträde på nattklubbar. I Huddinge tingsrätt förs dessutom en lång diskussion om skadeståndets storlek där HD:s uttalande om de varierande beloppen framhålls som en anledning till att just i detta fall döma ut ett högre belopp. Sammantaget måste det beaktas att praxisen på diskrimineringsområdet går långsamt framåt och att det är svårt att skönja tendenser i utvecklingen. Jag kan därför inte påstå att ombudsmännen har fel i sina bedömningar att ersättningsnivåerna sänkts, jag kan bara tycka att slutsatserna kanske dragits lite väl förhastat. Det kan även ännu en gång betonas att i ett rättssamhälle är det domstolarna som ska utveckla praxis, inte ombudsmän, medier eller andra samhällsorgan.

Min slutsats är att kränkingsersättning vid diskriminering inte bör höjas för att komma till rätta med skadeståndets reparativa och kompensatoriska funktion.

²⁵³ Andersson, Håkan *Diskrimineringskadeståndsrätt (3)* s. 2-4

²⁵⁴ Ds 2007:10 s 31

²⁵⁵ Mål nr T 2688-05

²⁵⁶ Mål nr T 9717-05

Även om en sådan höjning kanske bättre skulle överensstämja med det ”allmänna rättsmedvetandet”, alltså människors generella uppfattning om att skadestånd är för låga för att tillfredsställa de flesta. En höjning skulle i så fall innebära att alla skadestånd generellt skulle höjas, vilket inte verkar vara aktuellt enligt tidigare utredningar.²⁵⁷ Jag kan dock hålla med om att möjligheten att utfå ekonomiskt skadestånd bör kunna utvidgas. I exempelvis NJA 2006 s 683 skulle eventuellt ett ekonomiskt skadestånd ha varit en bättre kompensation på grund av den uteblivna studietiden då man kunnat visa på uteblivna studiemedel eller dylikt. Jag tycker att den diskussion som förs i förarbetena till den senaste diskrimineringslagen, BeL, om att utvecklingen till de ekonomiska skadestånden inte antas vålla några större problem är relevant i förhållande till alla diskrimineringsgrunder. Det bör inte heller vara några svårigheter att utvidga möjligheten till ekonomiskt skadestånd till arbetssökande vilket utredningen i SOU 2006:22 också visar på.

Är skadestånden för låga för att den preventiva och den repressiva effekten ska uppnås?

Även om arbetsgivare har rätt att anställa vem han eller hon vill måste det markeras att det fria valet inte får grundas på fördomar baserade på personers kön, sexualitet, funktionshinder, religion eller etniska tillhörighet. Helst av allt skulle valet vara helt sakligt och objektivt, enbart grundat på personens meriter och egenskaper som är lämpliga för tjänsten. Även inom andra samhällsområden vore det önskvärt om alla blev fördomsfritt bemötta i affärer, på skolor och av myndigheter.

Dagens samhälle är inte fördomsfritt men det är något vi måste arbeta med på alla plan. Det handlar om etik och moral. Det finns en tro på att man genom lagstiftning kan förändra samhället och människors medvetande och det är detta man vill uppnå med diskrimineringslagstiftningen. Det är denna förändring i samhället man vill sträva mot när man i EG-direktiven skriver att sanktionerna för brott mot lagstiftningen ska vara avskräckande och effektiva. Denna formulering är i första hand riktad mot dem som diskriminerar, inte deras offer. Att sanktio-

²⁵⁷ Se t.ex. Prop. 2000/01:68 där man inte fann några incitament för att generellt höja skadestånden.

nera ska vara avskräckande och effektiva innebär att man vill eftersträva prevention, man vill avhålla människor från att diskriminera. Den avskräckande effekten uppkommer när individualpreventionen uppnås och när allmänprevention åstadkoms verkar sanktionen moralbildande. Det är stora värden som ligger i fokus, mänskliga rättigheter, rätten att bemötas och behandlas för den man är. När det gäller diskriminering finns det omständigheter som talar för att sanktionerna ska ha en mer straffrättslig aspekt för att avhålla från diskriminerande handlingar. Formuleringen i diskrimineringslagstiftningens skadeståndsparagrafer att den som bryter mot lagen ska ”betala skadestånd”²⁵⁸ till skillnad från i SkL där den som kränker någon ska ”ersätta den skada”²⁵⁹ antyder diskrimineringslagstiftningens bestraffande syfte. Man vill alltså uppnå något mer med skadestånd enligt diskrimineringslagstiftningen än bara reparation.

Den prevention man vill uppnå består i att skydda de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna och i att bekämpa fördomar och rådande strukturer i samhället. Detta talar för att de skadevällande ska betala ett högt pris för den skada de orsakar samhället genom sitt diskriminerande handlande.

Håkan Andersson menar att skadestandsreglerna i diskrimineringslagstiftningen påminner om regeln i 2:3 SkL men formuleringen i diskrimineringslagstiftningen ”betala skadestånd” antyder att sanktionen här ska ha ett mer bestraffande syfte än SkL:s formulering ”ersätta den skada...” som mer syftar till skadan hos den skadelidande. Diskrimineringslagarna har alltså inte samma koppling till en konkret skada men lagstiftaren har ändå ansett att skadestånden för brott mot dessa lagar ska vara något högre än skadestånd enligt SkL. Detta tyder på att man med diskrimineringslagstiftningen vill uppnå något mer än bara reparation, som till exempel prevention, attitydförändringar och så vidare.²⁶⁰

Vad är det då som gör att prevention är så viktigt just när det gäller skadestånd vid diskriminering? När man, som i NJA 2006 s 170, jämför med brott enligt BrB måste man ha i åtanke att dessa brott har varit kriminaliserade sedan lång tid tillbaka och det är en självklarhet i människors medvetande att det är fel att mörda och våldta. Även om brott av detta slag fortfarande begås, finns inte

²⁵⁸ Se bl.a. FUDA 12 §

²⁵⁹ SkL 2:3

²⁶⁰ Andersson, Håkan *Diskrimineringslagstiftningens skadestånd* (1) s 1

samma behov av moralbildande verkan i sanktionerna för dessa brott. Jag tycker att det är viktigt att framhålla de skillnader som finns mellan kränkingsersättning vid diskriminering och kränkingsersättning vid andra brott. Vid brott enligt BrB är skadeståndet inte alls menat att vara en sanktion. Den funktionen uppfylls av böter eller fängelse och det är dessa sanktioner som är menade att ha den preventiva och repressiva funktionen. Skadeståndet är den civilrättsliga delen som ska uppfylla en helt annan funktion, alltså kompensation och reparation till offret. I diskriminerings-sammanhang är skadeståndet menat att ha en mycket större preventiv och repressiv funktion eftersom man där inte kan använda sig av sanktionerna böter eller fängelse. Detta är helt klart ett incitament för att skadestånden ska vara högre än vid andra typer av brott.

Sanktionerna för brott mot diskrimineringslagstiftningen ska vara moralbildande. Det är ett ganska högt ställt krav för ett skadestånd. Moralbildning i samhället anser jag i första hand ska göras genom information och utbildning, vilket även i diskriminerings-sammanhang är en viktig faktor. Men även höga skadestånd kan få människor att tänka efter en extra gång, varför gör jag på detta sätt, varför tar jag det här beslutet? Avskräckningen bör vara en varningsklocka som får människor att reflektera över sina åsikter och tankar om samhället och sina värderingar om människor. Eftertanken kan leda till att arbetsgivare och andra representanter i samhället kommer över sina fördomar och tar beslut de annars inte gjort.

Det är emellertid svårt att klargöra vad som menas med avskräckande, effektivt och proportionerligt enligt EG-direktiven. Varken i förarbetena till EG-direktiven²⁶¹ eller i förarbetena till den svenska lagstiftningen framgår på vilket sätt de avskräckande, effektiva och proportionerliga sanktionerna ska uppfyllas, bara att de ska uppfyllas. Gemenskapen har inte heller den kompetensen att besluta om vilka typer av sanktioner som ska införas till följd av direktiven, vilket i många fall vållar problem med tillämpningen. Förarbeten till EG-rättsakter har inte samma tolkningsvärde som svenska förarbeten, det är snarare EG-domstolens uppgift att klargöra och tolka gemenskapsrätten. Ett avgörande som försökt klar-

²⁶¹ Betänkande om tillämpning av direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung (2007/2094(INI)) s 16, Yttrande från Ekonomiska och sociala kommittén om KOM (1999) 564 slutlig, KOM (1999) ⁵⁶⁵ slutlig – 1999/0225 CNS, KOM(1999) 566 slutlig – 1999/0253 CNS och KOM(1999) 567 slutlig – 1999/0251 CNS s. 8

göra begreppen i EG-domstolen är det i målet mellan Nils Draehmpaehl mot Ura-
nia Imobilienservice OHG²⁶² där domstolen även påpekar att skadeståndet ska
vara kännbart och att ett rent symboliskt skadestånd inte uppfyller kraven. För att
klargöra vad som menas med avskräckande, effektivt och proportionerligt enligt
EG-direktiven vore det önskvärt om EG-domstolen förtydligade detta i ett mål
eller förhandsavgörande eller uppställde minimikrav på hur sanktionerna skulle
vara utformade. Först då skulle man kunna slå fast om Sverige och andra länder i
EU bryter mot EG-rätten genom att inte upprätta tillräckliga sanktioner mot
diskriminering.

Att domstolen uttalat sig i ett mål angående gemenskapens kompetens att
ställa krav på straffrättsliga påföljder i miljörettssammanhang²⁶³ kan i viss mån
anses klargöra att civilrättsliga sanktioner inte alltid är tillräckliga för att sanktio-
nens syfte ska uppnås. I domen framhålls att miljöfrågan är en viktig komponent i
gemenskapen varför det är viktigt att överträdelser av dessa beivras på ett av-
skräckande, effektivt och proportionerligt sätt. Härvid hänvisas bland annat till
EG-fördragets artikel 2 som dels handlar om gemenskapens uppgift att främja en
hållbar utveckling dels i fråga om miljöskydd och förbättring av miljöns kvalitet
men även jämställdhet mellan kvinnor och män är en viktig princip i denna por-
talparagraf. Liksom miljön är frågan om mänskliga rättigheter och likabehandling
grundläggande värden i den europeiska gemenskapen²⁶⁴, varför gemensamma mål
och minimikrav bör kunna sättas upp även på diskrimineringslagstiftningens om-
råde.

Vad som är kännbart och avskräckande skiljer sig från en skadevällande till
en annan. För att skadeståndet ska vara effektivt måste det innebära ett hårt eko-
nomiskt slag mot verksamheten, vilket är beroende på verksamhetens omsättning.
Vad som är kännbart för en mindre butik märks inte alls av i ett stort företag. En
restaurang omsätter vanligtvis runt 2-5 Mkr om året men vissa restauranger kan ha
en omsättning på upp till 20 Mkr per år.²⁶⁵ Beroende på restaurangens omsättning
kan ett skadestånd på 15 000 kr vara kännbart eller inte. Uppsala universitet har

²⁶² Celex 61995J0180

²⁶³ Mål C-176/03

²⁶⁴ Se EGF art 12, 13

²⁶⁵ <http://www.bolagsplatsen.se/ads/?t=6&bevaka=&login=&dc=&i=6&c=&m=&tma=&tmi=&pma=&pmi=&r=&ema=&emi=&ft=&entrant=1>

en årlig omsättning på 4000 Mkr²⁶⁶ varför man kan ana att 75 000 kr i skadestånd inte hade någon större inverkan på deras verksamhet.

Vid vissa brottstyper, där straffhotet inte är särskilt framträdande kan skadeståndet ha en större betydelse som avhållande faktor. Det finns exempel på att det går att bryta ut vissa skadestånd som specialskadestånd, ett exempel på det är det arbetsrättsliga allmänna skadeståndet. Jag tycker att det är intressant att arbetsrättsliga skadestånd har utvecklats på det sätt de har gjort. Det är få som verkar tycka att det är anmärkningsvärt att dessa skadestånd i allmänhet ligger märkbart högre än andra skadestånd. Det tycks vara allmänt accepterat att denna specialskadeståndsrätt utvecklat en helt egen praxis genom AD. Argumenten som ligger bakom denna särskiljning är att det allmänna skadeståndets funktioner inte är desamma som vid skadestånd vid brott. Det allmänna skadeståndets funktion är att parter i arbetslivet ska förstå vikten av att kollektivavtalsbestämmelser följs och skadeståndet har en slags straffrättslig prägel för att inskräpa respekt för dessa regler. Det framhålls att det inte ska vara lönsamt för en arbetstagarare att inskränka arbetstagarers rättigheter till förmån för andra intressen och den preventiva funktionen är framträdande.²⁶⁷ Hotet om en straffrättslig sanktion har oftast en större betydelse än risken att drabbas av skadeståndsskyldighet. Det allmänna skadeståndet kan närmast jämföras med en straffsanktion med den skillnaden att beloppet tillfaller den kränkte och inte staten. Redan i de tidigaste förarbetena till den arbetsrättsliga lagstiftningen framhölls vikten av att skadestånden skulle ha en preventiv effekt, alltså vara avskräckande och effektiva mot arbetsgivarna. Den historiska utveckling som arbetsrättsliga skadestånd haft har även haft effekt på diskrimineringsområdet, för de skadestånd som döms ut i AD för diskriminering i arbetslivet. Dessa skadestånd är högre än diskrimineringskadestånd enligt DFL. Det betyder emellertid inte att de har uppfyllt kraven på att vara avskräckande och effektiva. Att arbetsrättsliga skadestånd har hamnat på en högre nivå än vanliga skadestånd tyder emellertid på att dagens skadestånd i diskrimineringsmål inte är tillräckligt effektiva för näringsidkare som bryter mot diskrimineringslagstiftningen på områden utanför arbetsrätten. Det behövs effektivare ekonomiska sanktioner

²⁶⁶[http://info.uu.se/fakta.nsf/65463e7a0e56072ac125687800606510/c8e0f44a95dc0eafc1256f3b001e7e5a/\\$FILE/SvenskUU.pdf](http://info.uu.se/fakta.nsf/65463e7a0e56072ac125687800606510/c8e0f44a95dc0eafc1256f3b001e7e5a/$FILE/SvenskUU.pdf)

²⁶⁷ Prop. 1975/76:105 s. 302

för att vikten av människors lika rättigheter ska betonas i samhället och för att näringsidkare ska bli avskräckta från att diskriminera och tänka efter en extra gång. Argumenten om skyddandet av de mänskliga rättigheterna anser jag väger minst lika tungt som argumentet om vikten av att kollektivavtal upprätthålls. Dessa argument passar väl in i diskrimineringsdebatten och att även bryta ut diskrimineringsskadestånden från de vanliga skadestånden borde inte vara någon större svårighet. Dessa skadestånd skiljer sig på många sätt från vanliga skadestånd, speciellt när det gäller det preventiva och repressiva syftet, och för att uppnå dess syfte anser jag att något måste göras för att särskilja dem från andra skadestånd.

Jag tror att en ekonomisk sanktion kan ha en avskräckande verkan mot diskriminering, även om information och utbildning bör vara de grundläggande metoderna för att bekämpa fördomar. Jag anser att denna ekonomiska sanktion ska bestämmas beroende på den skadeskyldiges betalningsförmåga, omsättning, inkomst eller liknande. Med denna metod tror jag att EG-direktivens krav uppfylls på bästa sätt. Skadestånden ska hamna på en rimlig preventiv och repressiv nivå, jag menar inte att vi ska följa den skadeståndsutveckling som sker i exempelvis USA där summorna har nått orimliga proportioner.

Det är emellertid inte självklart att beloppet ska tillfalla den skadelidande i form av ett skadestånd. Jag tycker inte att ersättning till personer som utsatts för diskriminering ska vara beroende av vem som har diskriminerat, om det är ett stort företag eller en liten enskild näringsidkare.

Hur kan man komma till rätta med problemet?

Sverige går idag mot en ökad medvetenhet om likabehandling som en mänsklig rättighet och detta medför att vi måste ha avskräckande, effektiva och proportionerliga sanktioner för att komma till rätta med de fördomar som fortfarande finns i vårt samhälle. Brott mot diskrimineringslagstiftningen är en allvarlig kränkning av de mänskliga rättigheterna och brott mot EG-rättens allmänna principer. Det är därför sanktionerna mot dessa brott ska vara extra kännbara.

Det ska bli intressant att se om nivåerna för ersättning kommer att ändras i diskrimineringspraxisen efter förslaget till den nya diskrimineringslagen²⁶⁸ där Bertil Bengtssons förslag om ”diskrimineringsersättning” antagits. Förslaget är bra i de delar där det betonas att den preventiva funktionen måste stärkas och att kopplingen till SkL ska tas bort men att förslaget om den nya terminologin fått genomslag tycker jag är lite märkligt med tanke på den kritik mot förslaget som framkommit. Jag tror att förslaget kommer att innebära svårigheter i rättstillämpningen, speciellt inom arbetsrätten, eftersom en helt ny praxis återigen måste utarbetas. Om det avskräckande och effektiva syftet lyckas få genomslagskraft återstår att se, men det vore i varje fall en positiv utveckling i diskriminerings-sammanhang.

Det jag tycker är mest problematiskt med förslaget är hur ersättningsnivån bör bestämmas. I propositionen sägs att man ska utgå från bland annat allvaret i överträdelsen men även den drabbades intresse av att reglerna upprätthålls. Vidare sägs det att ersättningen kan komma att beräknas utefter en verksamhets omsättning för att överträdelser av lagen effektivt ska motverkas. För det första anser jag att det inte ligger i den enskildes intresse att lagregler upprätthålls, detta intresse bör förbehållas staten och det allmänna. För det andra tycker jag inte om lösningen att diskrimineringsersättningen kan bli olika hög för lika handlingar, det vill säga att en person som diskrimineras av ett stort bolag får högre ersättning än en person som utsätts för samma behandling av en mindre verksamhet. Här kommer det att uppstå en ny rättvisdebatt om skadeståndsbelopp, liknande den man i dagsläget vill komma ifrån.

Att lagrådsremissen väljer att inte anta förslaget om att utvidga rätten till ekonomiskt skadestånd är synd, men samtidigt har jag förståelse för deras argument och att denna typ av ersättning kan behöva utredas ytterligare.

Bertil Bengtsson ansåg i sin utredning att diskriminerings-skadeståndens relation till den allmänna skadeståndsrätten var problematisk. Han förstod emellertid HD:s resonemang i NJA 2006 s 170 där de jämförde dessa rättsområden men ansåg inte att det var en hållbar lösning i längden. Han kommenterade sitt förslag om en terminologisk ändring av skadestånd vid diskriminering till ”diskrimine-

²⁶⁸ Lagrådsremiss samt Proposition 2007/08:95– *Ett starkare skydd mot diskriminering*,

ringsersättning” med att han inte kommit på en bättre lösning för tillfället och att det inte var världens mest geniala lösning. Han förstod att diskrimineringsspecialister hade tyckt att förslaget var bra men att Justitiedepartementet inte var särskilt entusiastiskt. Han visste i dagsläget inte hur det skulle gå med förslaget, eftersom en ny regering tillträtt sedan arbetet påbörjades. Sammanfattningsvis framhöll Bengtsson skämtsamt att diskriminering borde förskjutas till ett avlägset rättsområde och inte blanda sig in i den allmänna skadeståndsrätten. Han bad dock om ursäkt för detta till eventuella diskrimineringsvänner. Bengtsson kommenterade också sitt förslag om en speciell avgift i stället för skadestånd vid diskriminering med att detta skulle vara önskvärt men att han inte hade haft tid att utreda denna lösning.²⁶⁹

När det gäller utredningens förslag att mynta uttrycket ”diskrimineringsersättning” menar Håkan Andersson att detta inte skulle leda till någon förändring. Begreppen ”ersättning” och ”skadestånd” är synonymer och används också om vartannat i olika sammanhang. Förslaget om att i diskrimineringslagstiftningen infoga ett stycke om att syftet att motverka diskriminering särskilt ska beaktas vid bestämmandet av diskrimineringsersättningen är även det onödigt enligt Andersson. Formuleringen uttrycker bara en grundläggande skadeståndsrättslig princip och kan anses självklar i alla skadeståndssammanhang. Andersson är på det hela taget kritisk till förslaget i sin helhet, att bryta ut skadestånd vid diskriminering från övrig skadeståndsrätt anser han skulle innebära problem för hela ersättnings-systemet. Han behandlar de olika argumenten emot en sådan separation var för sig.²⁷⁰ Det första argumentet som framförts för ett särskiljande av diskriminerings-skadestånden från den övriga skadeståndsrätten är att ersättningsnivåerna befaras sänkas efter NJA 2006 s 170. Andersson är kritisk till att reaktionerna uppkommit så snart efter domen offentliggjorts, fler domar, som till exempel NJA 2006 s 683 skulle kunna ha inväntats för att få en tydligare bild över praxisen. Dessutom menar han att redan problemformuleringen är tveksamt formulerad. En sänkning kan endast ställas i relation till något annat och eftersom NJA 2006 s 170 var HD:s första avgörande på området kan en jämförelse inte göras med an-

²⁶⁹ Bengtsson, Bertil, Föreläsning *Diskriminering och skadestånd*, 29 november 2007, Arbetsrättsliga föreningen, Stockholm

²⁷⁰ Andersson, Håkan *Diskriminerings-skadeståndsrätt (3)* s 2-4

nan praxis. Dessutom uttalar domstolen i målet att beloppen kan variera med hänsyn till omständigheterna i ett enskilt fall varför alltför förhastade slutsatser inte ännu bör dras. I det senare avgörandet NJA 2006 s 683 visade domstolen att högre belopp är möjliga att döma ut. Den sänkning kritiken handlar om utgår från de ersättningar ombudsmännen förhandlat sig till genom förlikningar. Andersson framhåller att ombudsmännen inte är ämnade att skapa praxis på skadeståndsområdet och att ersättningar vid förlikningar påverkas av många olika faktorer, att parterna litar på ombudsmännens anspråksbedömning eller att de befinner sig i en pressad situation.²⁷¹

Ett annat argument som används i sammanhanget är att skadeståndets preventiva effekt inte uppnås genom denna praxis. Andersson ifrågasätter för det första varför denna effekt tillmätts sådan vikt just när det gäller diskriminering och i den mån preventionen är extra viktig här, om den verkligen kan uppnås genom höga skadeståndsbelopp. Han anför att argumentet endast tycks vara ett retoriskt trick för att ansluta sig till den politiskt korrekta debatten. Andersson menar att om skadestånden skulle verka preventivt skulle de kunna hamna på de fantasi-summor som vi ser i amerikansk skadeståndsrätt och att opinionsbildning och attitydpåverkan troligen är mer framgångsrika sätt för att skapa förändring inom diskrimineringsområdet.²⁷²

Att mynta det föreslagna begreppet ”diskrimineringsersättning” tror Andersson inte skulle ha något syfte. Att allmänheten inte längre skulle uppfatta högre ersättningar vid diskriminering än vid brott som stötande tror Andersson är att underskatta allmänheten. Skadestånd och ersättning är synonymer och kommer att fortsätta vara det, även i allmänhetens öron.²⁷³

Slutligen behandlar Andersson argumentet att diskrimineringsområdet är ett så särpräglat område att det där behövs en särreglering. Andersson har svårt att se att diskrimineringsområdet utmärker sig så till den grad att det finns tillräcklig anledning att separera den från övrig skadeståndsrätt. Det skulle däremot vara materiellt olämpligt eftersom rättsområdena hela tiden utvecklas och diversifieras och det skulle bli ohållbart att separera alla olika områden från varandra bara för

²⁷¹ Ibid. s 5-8

²⁷² Ibid. s 9-10

²⁷³ Ibid. s 10-12

att de ansågs viktigare än något annat. Det finns ett mängd olika former av kränkningsformer som kan vara skadestandsgrundande och rättstillämpningen måste fortsätta att klargöra hur avvägningarna ska göras i olika fall, oavsett om det gäller diskriminering eller våldtäkt.²⁷⁴ Sammanfattningsvis menar Andersson att förslaget om särreglering när det gäller kränkingsersättning vid diskriminering ska avslås.²⁷⁵

Jag trodde inte att Bertil Bengtssons utredning om skadestandsfrågor vid kränkning²⁷⁶ skulle komma att påverka utvecklingen framåt. Jag tyckte att förslaget om att ändra terminologin till ”diskrimineringsersättning” kändes tafatt och inte så välarbetat som man hade kunnat hoppas, vilket även Bengtsson själv antydde när han presenterade utredningen. Jag tycker i och för sig att idén om att bryta ut diskrimineringskadestånden är bra men jag tror inte att en ändring i terminologin kommer att få något större förtroende hos allmänheten. Det kommer fortfarande att sticka i ögonen om ett diskrimineringsoffer får större ersättning än ett våldtäktsoffer. Hur denna ersättning skulle beräknas gick Bengtsson inte in på. Det framgick inte i utredningen hur ersättningen skulle sättas till ett belopp som vore avskräckande och kännbart för de skadevållande, i enlighet med EG-direktiven. Den svåra beloppsbedömningen i varje enskilt fall kvarstår fortfarande. Förutom denna kritik hade jag gärna sett en liknande utredning göras av en renodlad diskrimineringsrättare. Bengtssons önskemål verkade i stora drag gå ut på att avskilja diskrimineringskadestånden från den allmänna skadestandsrätten, inte att bekämpa diskriminering och främja mänskliga rättigheter.

Jag anser att sanktionerna för brott mot diskrimineringslagstiftningen måste ses över för att uppfylla den moralbildande och handlingsdirigerande effekt den syftar till. Det finns andra typer av sanktioner att tillgå, förutom fängelsestraff har vi till exempel bötesstraffet. Dagsböter är beroende av inkomst, försörjningsbörda och förmögenhetsförhållanden medan penningböter endast tar hänsyn till förseelsens art och hur allvarlig den var. Jag skulle gärna se att en annan typ av sanktion infördes på diskrimineringsrättens område, närmare bestämt en typ av sanktionsavgift.

²⁷⁴ Ibid. s 12-14

²⁷⁵ Ibid. s 15

²⁷⁶ Ds 2007:10

Sanktionsavgifter infördes för första gången i Sverige på 1970-talet för att bland annat avkriminalisera vissa typer av brott. Det har under åren införts sanktionsavgifter som till exempel skattetillägg, tulltillägg, och miljöskyddsavgift.²⁷⁷ Sanktionsavgifternas uppgift i rättssystemet är att ersätta eller komplettera straff eller andra rättsverkningar av brott och beloppet tillfaller staten. Jämfört med skadestånd har sanktionsavgifter en större repressiv funktion till skillnad från skadeståndets reparativa funktion.²⁷⁸ De motiv som legat bakom införandet av sanktionsavgifter har varit att effektivisera systemet och skapa en bättre efterlevnad av diverse rättsregler. Fördelen med dessa avgifter är vidare att de kan ”skräddarsys” efter varje enskilt område för att uppnå enskilda syften.²⁷⁹ Beloppen varierar kraftigt mellan olika rättsområden beroende på varje områdes speciella förhållanden.²⁸⁰ Vanligtvis tar man inte hänsyn till den skadevållandes betalningsförmåga, som man annars gör vid utdömande av böter. Det har konstaterats att Europakonventionens bestämmelse om förbud mot dubbelbestraffning, *ne bis in idem*, inte utgör något hinder för utdömande av straffrättsligt ansvar samtidigt som sanktionsavgift.²⁸¹

I förarbetena²⁸² till förverkansbestämmelsen²⁸³ i BrB talar man om att sanktionsavgifter kan vara ett lämpligt komplement till denna regel för att skapa en vinsteliminering funktion som påminner om förverkande. Avgiften ska användas på ett sätt som för tanken till straff på grund av sin preventiva verkan. Olika effekter kan uppnås med avgiften. Den kan dels verka vinstbegränsande då man vill dra in en vinst som ett företag annars otillbörligen kunnat få till följd av en överträdelse. Avgiften kan utdömas oavsett om företaget dragit in någon faktisk vinst eller inte, till skillnad från förverkansbestämmelsen.²⁸⁴ Dels kan avgiften utgöra en ersättning för, eller tillämpas parallellt med, straffbestämmelser. Avgiften kan

²⁷⁷ Warnling-Nerep, Wiweka *Sanktionsavgifter – särskilt vid olovlig byggande* Juristförlaget Stockholm 1987 s. 30

²⁷⁸ *Ibid.* s. 68

²⁷⁹ *Ibid.* s. 38

²⁸⁰ SOU 2006:58 s. 105

²⁸¹ *Ibid.* s. 109

²⁸² Prop. 1981/82:142

²⁸³ BrB 36:4

²⁸⁴ Prop. 1981/82:142 s. 23

även användas för att dra in ersättning till samhället för generella skadeverkningar.²⁸⁵

Ett exempel på sanktionsavgift är miljöskyddsavgiften. Den bestäms till ett belopp som antas motsvara värdet av de ekonomiska fördelar som uppstått till följd av en överträdelse och det finns schabloner och tabeller att följa när man beräknar beloppet. Det har inte heller någon betydelse om överträdelsen skett uppsåtligt eller av oaktsamhet, strikt ansvar kan åberopas om det inte är uppenbart oskäligt. Vid beräkandet av beloppet tas hänsyn till överträdelsens allvar (objektiva omständigheter som tid och omfattning) och betydelsen av bestämmelsen (vilket skyddsintresse som ligger bakom). Naturvårdsverket har varit positivt till sanktionsavgifterna då de är en extra tyngd i tillsynsarbetet och är en effektiv reaktion på regelbrott. De har sett att avgifterna har en stor preventiv effekt eftersom en minskning av överträdelser har konstaterats.²⁸⁶ Sanktionsavgifter är en användbar lösning på områden där regelbrott är vanliga. De kan användas i fall där den ekonomiska fördelen är liten men där det finns ett skyddsbehov i samhället för en viss typ av överträdelser.²⁸⁷

Sedan 2002 finns bestämmelser i LSS och SocTjL som innebär att kommuner och landsting kan åläggas sanktionsavgifter om de dröjer för länge med att verkställa domar angående insatser enligt dessa lagar.²⁸⁸ Det framhålls att sanktionsavgifter är en betydelsefull punktinsats för att komma tillrätta med vissa slag av överträdelser och att avgiften har en stor preventiv effekt.²⁸⁹

Under år 2006 gjordes en utredning om sanktionsavgifters införande på områdena för djurskydd, foder och livsmedel²⁹⁰ och även här hänvisades till bestämmelserna om miljöskyddsavgift. Avgiften förväntas leda till ökad efterlevnad av vissa regler och effektivisera systemet för att komma till rätta med överträdelser.²⁹¹ I en hänvisning till det betänkande som föregick propositionen till förverkansbestämmelsen i BrB framgår att avgiftsskyldigheten är tänkt att vara riktad mot fysiska och juridiska personer som måste antas ha kännedom om de aktuella

²⁸⁵ Ibid. s. 22

²⁸⁶ SOU 2006:58 s. 107-108

²⁸⁷ Ibid. s. 24

²⁸⁸ SOU 2004:118 s. 15

²⁸⁹ Ibid. s. 102

²⁹⁰ SOU 2006:58

²⁹¹ Ibid. s. 105

bestämmelserna och särskild anledning att övervaka att de inte överträds.²⁹² Utredningen hänvisar till EG-rättens krav, inom bland annat livsmedelsområdet, på att de sanktioner som utdöms till följd av överträdelser på dessa områden ska vara avskräckande, effektiva och proportionerliga och menar att sanktionsavgifter i större utsträckning uppfyller dessa krav.²⁹³

Miljöpartiet har haft olika förslag på hur krogdiskriminering skulle kunna motarbetas, bland annat föreslår de att alla krogar ska införa en typ av egenkontrollprogram när det gäller diskriminering. Redan idag finns dessa sorters program på livsmedelshanteringsområdet och programmet skulle kunna utökas med en rapport om hur krogen arbetar mot diskriminering. Utebliven rapport skulle precis som utebliven livsmedelsrapport medföra sanktionsavgift. Om rapporten inte sänds in efter påminnelse skulle serveringstillståndet kunna dras in.²⁹⁴

Jag tror inte att denna typ av kontrollprogram skulle vara något att eftersträva inom näringslivet på grund av alltför omfattande pappersexercis men jag tror att det skulle vara möjligt att införa någon typ av sanktionsavgift på diskrimineringsområdet. Även Bertil Bengtsson var i sin utredning inne på ett liknande förslag som han dessvärre inte hade tid att utreda.²⁹⁵ I utredningen framhåller han viss kritik mot en sådan lösning men under sin presentation av utredningen uttryckte han att en lösning med avgift hade varit önskvärd.

En diskrimineringsavgift tror jag bättre skulle uppfylla EG-direktivens krav på hur påföljder för brott mot diskrimineringslagstiftningen ska vara utformade. Avgiften skulle i första hand inte ha som syfte att vara vinstbegränsande, eftersom diskriminerande handlingar vanligtvis inte syftar till ekonomisk vinning. Avgiftens syfte skulle vara i första hand preventivt och repressivt och syfta till att skydda samhället mot oönskade beteenden från näringsidkares sida. Hur avgifterna ska beräknas bör vara reglerade i lag eller förordning och jag förmodar att det skulle vara möjligt att utdöma avgiften i samband med den domstolsprövning som idag görs vid överträdelser av diskrimineringslagstiftningen. Avgiften skulle kunna dömas ut så snart en överträdelse konstaterats, oavsett uppsåt eller oaktsamhet. Redan idag finns den bevisregel i diskrimineringslagstiftningen som gör att när-

²⁹² Ibid. s. 106

²⁹³ Ibid. s. 119

²⁹⁴ http://mp.se/templates/Mct_78.aspx?avdnr=12284&number=69146 (2008-01-15)

²⁹⁵ Ds 2007:10 s. 87

ingsidkare har i det närmaste ett strikt ansvar för att diskriminering inte sker inom deras verksamhet. Domstolarna går ofta inte heller in på hur den drabbade blivit kränkt och hur detta påverkat denne som person, skadestånd döms ut för den allvarliga kränkning som en överträdelse av diskrimineringsförbuden innebär. Jag skulle gärna se att avgiften beräknades utifrån varje verksamhets omsättning, med hjälp av vissa schabloner och riktlinjer, så att avgiften kunde få den avskräckande effekt den är menad att ha. Även om sanktionsavgifter vanligtvis inte brukar ta hänsyn till betalningsförmåga tror jag att ett sådant system bättre skulle fylla sitt avskräckande syfte. Det skulle jämförelsevis drabba ett stort företag lika hårt att bryta mot lagstiftningen som en mindre butik. Avgiften skulle inte vara avdragsgill vid inkomsttaxeringen. Till en början skulle det vara domstolens ansvar att utdöma diskrimineringsavgiften, senare skulle det kunna bli aktuellt att överlåta ansvaret på kontrollmyndigheterna, ombudsmännen. Avgiften skulle vara ett komplement till skadeståndet, som tilldelas offret för den kränkning personen utsatts för. Avgiften skulle emellertid tillfalla samhället och mitt förslag är att beloppet ska tillfalla en fond som har som syfte att främja de som bekämpar diskriminering och arbetar för mänskliga rättigheter. Detta skulle leda till största möjliga nytta för största möjliga antal då samhället skulle få mer resurser att uppfylla målet om alla människors lika värde.

REFERENSER

Offentligt tryck

Propositioner

- Proposition 1928:39 *Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om kollektivavtal och till lag om arbetsdomstol*
- Proposition 1973:129 *Förslag till lag om anställningsskydd m.m.*
- Proposition 1975/76:105 *Lag om medbestämmande i arbetslivet*
- Proposition 1981/82:142 *om ändring i brottsbalken (ekonomiska sanktioner vid brott i näringsverksamhet)*
- Proposition 1983/84:165 *om medbestämmande i arbetslivet m.m.*
- Proposition 1997/98:177 - *Ny lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet*
- Proposition 1997/98:179 - *Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder*
- Proposition 1997/98:180 - *Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning*
- Proposition 1999/2000:143 - *Ändringar i jämställdhetslagen m.m.*
- Proposition 2000/01:68 – *Ersättning för ideell skada*
- Proposition 2001/02:27 - *Likabehandling av studenter i högskolan*
- Proposition 2002/03:65 - *Ett utvidgat skydd mot diskriminering*
- Proposition 2005/06:38 - *Trygghet, respekt och ansvar – om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever*
- Proposition 2007/08:95 – *Ett starkare skydd mot diskriminering*

Statens offentliga utredningar

- SOU 1992:84 – *Ersättning för kränkning genom brott*
- SOU 2004:55 – *Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering*
- SOU 2004:118 – *Beviljats men inte fått*
- SOU 2006:22 – *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning*
- SOU 2006:58 – *Sanktionsavgift i stället för straff - områdena livsmedel, foder och djurskydd*

Lagrådsremisser

- Lagrådsremiss – *Ett starkare skydd mot diskriminering*

Departementsserien

- Ds 2007:10 – *Skadeståndsfrågor vid kränkning*

Yttranden och rekommendationer

- Advokatsamfundet R-2007/0507
- Betänkande om tillämpning av direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung (2007/2094(INI))
- Yttrande från Ekonomiska och sociala kommittén om KOM (1999) 564 slutlig, KOM (1999) 565 slutlig – 1999/0225 CNS, KOM(1999) 566 slutlig – 1999/0253 CNS och KOM(1999) 567 slutlig – 1999/0251 CNS
- Justitiekanslern Dnr 2639-07-80
- Justitiedepartementet Dnr 9.1:0435/07
- Svea Hovrätt Dnr 231/07
- SACO Rnr. 33.07

EG-förordningar och direktiv

- Direktiv (2000/78/EG) av den 27 november 2000 om inrättandet av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet
- Direktiv (2002/90/EG) av den 28 november 2002 om definition av hjälp till olaglig inresa, transitering och vistelse
- Prospektivdirektivet (2003/71/EG)
- Direktiv (2004/113/EG) av den 13 december 2004 om likabehandling av kvinnor och män i fråga om varor och tjänster
- Direktiv (76/207/EEG) av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor och
- Direktivet (2000/43/EG) av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung

- Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 882/2004 om offentlig kontroll för att säkerställa kontrollen av efterlevnaden av foder och livsmedelslagstiftningen samt bestämmelserna om djurhälsa och djurskydd
- Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om skydd för miljön genom strafflagstiftning, KOM (2001) 139 slutlig

Litteratur

- Eklund, Ronnie; Göransson, Håkan; Källström, Kent; Sigeman, Tore, *Facklig arbetsrätt*, reviderad upplaga 1997, Juristförlaget / Norstedts Juridik AB, Norstedts Tryckeri, Stockholm 1997
- Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, Studentlitteratur, Lund 2001
- Göransson, Håkan; Karlsson, Anders, *Diskrimineringslagarna- En praktisk kommentar*, 4 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006
- Hellner, Jan; Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt* 7e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006
- Warnling-Nerep, Wiweka *Sanktionsavgifter – särskilt vid olovlig byggande* Juristförlaget Stockholm 1987

Artiklar

- Andersson, Håkan, *Diskrimineringskadeståndsrätt (1) – bevisning av omständigheter och bevekelsegrunder*, Pointlex 2006
- Andersson, Håkan, *Diskrimineringskadeståndsrätt (2) – värdering av ”positivt” respektive ”negativt” särbehandlande åtgärder*, Pointlex 2007
- Andersson, Håkan, *Diskrimineringskadeståndsrätt (3) – den rättsliga och den politiska diskursen möts*, Pointlex 2007
- Dagens Nyheter 28 mars 2006, *HD sänker skadestånd till lesbisk kvinna*
<http://www.dn.se/DNet/road/Classic/article/0/jsp/print.jsp?&a=532598>
- Sydsvenskan 24 april 2007, *Escape fälldes för diskriminering*
<http://sydsvenskan.se/malmo/article233886.ece?context=print>

Internet

- http://217.71.145.20/TRIPviewer/temp/TUNNISTE_RP_52_2005_ru.html
(2007-12-21)
- http://mp.se/templates/Mct_78.aspx?avdnr=12284&number=69146 (2008-01-15)
- <http://www.bolagsplatsen.se/ads/?t=6&bevaka=&login=&dc=&i=6&c=&m=&tma=&tmi=&>
- <http://www.brottsoffermyndigheten.se/default.asp?id=1297>
- http://www.do.se/t/Page____1028.aspx
- http://www.do.se/t/Page____1505.aspx
- <http://www.skolverket.se/sb/d/1935/a/10311>
- [http://info.uu.se/fakta.nsf/65463e7a0e56072ac125687800606510/c8e0f44a95dc0eafc1256f3b001e7e5a/\\$FILE/SvenskUU.pdf](http://info.uu.se/fakta.nsf/65463e7a0e56072ac125687800606510/c8e0f44a95dc0eafc1256f3b001e7e5a/$FILE/SvenskUU.pdf)

Praxis

Svenska Domstolar

- AD 2005 nr 32
- AD 2006 nr 97

- Nacka TR 2006-03-30 Mål nr T 439-05
- Malmö TR 2006-05-03 Mål nr T 3562-05
- Göteborgs TR 2006-05-17 Mål nr T 9717-05
- Göteborgs TR 2006-12-14 Mål nr T 4658-05
- Huddinge TR 2007-03-02 Mål nr T 2688-05
- Uppsala TR 2007-10-23 Mål T 5528-06
- Göteborgs TR 2007-11-06 Mål nr T 130077-05

- Hovrätten för Västra Sverige 2007-01-08 Mål nr T 9717-05
- Hovrätten för Skåne och Blekinge 2007-04-24 Mål nr T 1358-06

- NJA 2006 s 170
- NJA 2006 s 683

EG-domstolen

- Celex 677J0149 Mål C-149/77
- Celex 61983J0014 Mål nr 14/83
- Celex 688J0068 Mål C-68/88
- Celex 61991J0271 Mål nr C-271/91
- Celex 61995J0180, Mål C-180/95
- Celex 688C0068 Förslag till avgörande Mål C-176/03
- Celex 603J0176 Mål C-176/03

Ombudsmännen

- DO 2005-07-14 Dnr 1135-2004
- DO 2005-09-21 Dnr 1296-2003
- DO 2005-09-30 Dnr 1105-2004
- DO 2006-01-31 Dnr 1499-2003
- DO 2006-02-08 Dnr 822-2005
- DO 2007-10-22
- HO Dnr 2007/0419

Övrigt

- Förhandling Uppsala Tingsrätt 2007-10-04
- Bengtsson, Bertil, Föreläsning *Diskriminering och skadestånd*, 29 november 2007, Arbetsrättsliga föreningen, Stockholm
- Bodin Löfgren, Teodor, Examensarbete, *Straffrätten i en europarättslig diskurs* Juridiska fakulteten vid Lunds universitet
- Brottsoffermyndighetens referatsamling 2006