



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Emelie Sandberg

Fetma och övervikt som diskriminerings- grund i arbetslivet

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Per Norberg

Termin för examen: period 1 HT2017

Innehållsförteckning

Förord

Summary

Sammanfattning

Förkortningar

1. Inledning.....	1
1.1. Bakgrund.....	1
1.2. Uppsatsens övergripande syfte och frågeställningar.....	4
1.3. Terminologi.....	4
1.4. Metod och perspektiv.....	5
1.5. Material och avgränsning.....	6
1.6. Forskningsläge.....	7
1.7. Uppsatsens disposition.....	8
2. Diskrimineringsbestämmelsernas källor.....	9
2.1. Internationell rätt.....	9
2.1.1. Europakonventionen.....	9
2.1.2. EU.....	9
2.1.3. FN-konventioner.....	11
2.2. Svensk rätt.....	12
2.2.1. Regeringsformen och LOA.....	12
2.2.2. Diskrimineringslagen.....	12
3. Diskrimineringskyddets utformning.....	15
3.1. Diskrimineringsgrunderna i gällande rätt.....	15
3.1.1. LOA och regeringsformen.....	15

3.1.2. EU-rätten.....	15
3.1.3. Diskrimineringslagen.....	21
3.1.4. Europakonventionen	21
3.2. Definition av funktionsnedsättning.....	23
3.2.1. Funktionsnedsättning enligt internationell rätt	23
3.2.2. Funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen	25
3.2.3. Framtida funktionsnedsättning.....	27
3.3. Direkt diskriminering	28
3.3.1. Rekvisitet någon.....	28
3.3.2. Rekvisitet missgynnande	29
3.3.3. Rekvisitet jämförbar situation.....	29
3.3.4. Rekvisitet orsakssamband.....	30
3.3.4.1. Arbetsgivaren behöver känna till funktionsnedsättningen	30
3.3.4.2. Flera samverkande orsaker	31
3.3.4.3. Orsakssamband i flera steg.....	32
3.3.4.4. Orsakssamband relaterar till grund, inte till person.....	32
3.3.4.5. Felaktigt antagande om funktionsnedsättningen	33
3.3.4.6. Statistisk diskriminering.....	34
3.4. Indirekt diskriminering	35
3.5. Bristande tillgänglighet	36
3.6. Trakasserier	38
3.7. Övriga bestämmelser i diskrimineringslagen.....	39
3.7.1. Instruktion att diskriminera.....	39
3.7.2. Bevisbörda	40

4. Analys.....	44
4.1. De lege lata.....	44
4.1.1. Möjlighet att skydda personer med övervikt genom att lägga till ny grund	44
4.1.1.1. EU-rätten	44
4.1.1.2. Europakonvention.....	47
4.1.1.3. Svensk rätt	48
4.1.1.4. FN-konventionen.....	49
4.1.1.5. Slutsats de lege lata om övervikt.....	50
4.1.2. Möjlighet att skydda personer med fetma mot diskriminering genom be- stämmelserna om funktionsnedsättning.....	50
4.1.2.1. När fetma är medicinskt problem här och nu	51
4.1.2.2. Möjlig statistisk diskriminering.....	54
4.1.2.3. Felaktigt antagande.....	57
4.1.2.4. Bevisbörda.....	58
4.1.2.5. Trakasserier	59
4.2. De lege ferenda	60
Källförteckning.....	65

Förord

Bortsett från min sista fördjupningskurs kan jag med blandade känslor skriva att juristprogrammet är till ända och att jag snart kan titulera mig jurist. Det har varit nio tuffa, växelvis sömnlösa, men underbara terminer. Självklart har tillvaron kantats av en hel del hårda perioder men jag kommer alltid minnas tillbaka på mina år i Lund som intensiva, roliga och lärorika.

Jag vill inledningsvis rikta ett stort tack till min handledare, Per Norberg, som med stort engagemang lagt ner mycket energi för att stödja mig i uppsatsskrivandet. Värdefulla tips och synpunkter har hjälpt mig undvika alla fallgropar man som student möter under en termin med uppsatsskrivande.

Även Tomas, Nadja och mamma har kommit med bra synpunkter på denna uppsats och kommit med hjälpsamma språkliga tips.

Jag vill tacka mina underbara vänner som alltid finns där när livet som uppsatsskrivande juriststudent inte alltid går som man tänkt sig. Ni är ovärderliga.

Avslutningsvis vill jag tack min pappa för alla sena kvällar strax innan inlämning när han fått agera korrekturläsare oavsett om han förstått vad uppsatser handlat om eller inte.

Det är lite sorgligt men samtidigt fantastiskt skönt att säga att livet som juriststudent snart är över. Nu vankas nya äventyr!

Lund, 3 januari 2018

Emelie

Summary

My first interest in the subject of discrimination against individuals who are overweight and obese was raised when an employer at my work in a restaurant denied a person interview exclusively due to her weight. I personally considered this to be wrong. The purpose of this essay is to investigate whether it is allowed to disadvantage a person entirely based on the person's weight. I will use a classic jurisprudence method and apply both a *de lege lata* and a *de lege ferenda* perspective. Does the law provide protection for employees who are overweight or obese, and if so how does this protection work? Finally, my personal opinion about how the protection should be instituted is provided.

Investigations from the area of discrimination indicate that the prejudices against overweight and obese people compared to normal-weighted people are even more severe compared to the prejudices against Arab Muslim men. However, there is an explicit protection against ethnic protection, which is lacking when it comes to overweight and obesity.

My essay deals with Swedish law, including the Instrument of Government, the public Employee Act and the Discrimination Act. International law, such as EU-law, the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, are also important sources of justice in the field of discrimination and, subsequently, for this essay.

My *de lege lata* conclusions are that, in cases where overweightness is only an aspect of bodily appearance, there is no protection for private sector employees. For employees in the public sector, there are requirements for objective reasons regarding all employment decisions, which means that employers cannot refrain from hiring an employee solely because of their bodily appearance.

There is protection for obesity, but it is only actualized in cases where the obesity has led to a disability at the time of the disadvantage. It is not clear how far the principles of obesity as a disability extend. For example, as for cases where the employer makes an incorrect assumption that the weight means that the employee has less discipline at work or will become more often sick compared to other employees?

With regard to disability, there are important EU-legal principles, such as statistical discrimination and how to deal with incorrect assumptions. However, it is not clear how far they extend and how far they can be applied to obesity. A clear answer to the question can only be obtained if the European Court of Justice or the Swedish Labour Court makes a clear ruling.

My *de lege ferenda* conclusions are that it is wrong that an employer who disadvantages an employee solely because of this person's bodily appearance can be sure that this way of acting is in accordance with the law. While the employer who, rightly or wrongly, believes that overweightness or obesity may affect the performance of the employee, is at risk of being accused of discrimination due to disability. Therefore, in my *de lege ferenda* argument I argue that obesity should be enacted as a separate protected ground in the Discrimination Act.

An employer can thus consciously and in accordance with the law choose not to hire a person who is overweight. If the employer defends his action based on that he does not consider the employee's bodily appearance to be appealing, the employer would go unpunished. If the employer on the other hand defends himself based on that he does not believe that the obese person can perform the work tasks to the extent required or that he or she may be sick more often due to the obesity, the court may under some conditions find the employer guilty of discrimination on the ground of disability. In my opinion, this causes strange and undesirable effects. An employer, who denies a person of a different ethnic origin to be interviewed based on the employer's belief that the ethnic appearance is not appealing, would not go unpunished. The opposite applies to bodily appearance. Despite the fact that it appears from the non-legal research that obese people are even more discriminated against, the rules for discrimination do not protect this vulnerable group.

The conclusion is therefore, that my experience from the restaurant may be entirely in accordance with the law and totally permissible, although I consider it completely wrong to deny a job seeking person an interview based on grounds that are anything but objective.

Sammanfattning

Mitt första intresse för ämnet diskriminering av övervikt och fetma väcktes när jag i ett restaurangkök hörde en arbetsgivare neka en person intervju endast på grund av hennes vikt. Jag ansåg personligen att detta var ett felaktigt handlande och syftet med denna uppsats är att undersöka om det är tillåtet att missgynna en person endast på grund av dennes vikt. Genom klassisk rättsvetenskaplig metod anläggs både ett de lege lata och ett de lege ferenda perspektiv. Uppsatsen besvarar frågorna om det finns ett skydd för personer med övervikt eller fetma, hur skyddet i så fall ser ut samt min personliga åsikt om hur skyddet borde se ut.

Det finns studier på diskrimineringsområdet som undersökt fördomar som finns mot personer från arabmuslimska länder och personer som lider av övervikt. De visar att fördomar föreligger mot överviktiga i förhållande till normalviktiga. Fördomar mot överviktiga kan förekomma i vidare mån än de fördomar som föreligger mot arabmuslimska män. Trots det innehåller rättskällorna ett uttryckligt diskrimineringskydd för etnicitet, vilket saknas för övervikt och fetma.

Min undersökning omfattar svensk rätt, innefattande regeringsformen, LOA samt diskrimineringslagen. Internationell rätt såsom EU-rätten, Europakonventionen och FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning är också viktiga rättskällor som omfattas.

Mina slutsatser de lege lata är att om övervikten endast är en utseendeaspekt saknas skydd för arbetstagare i privat sektor. För arbetstagare i offentlig anställning föreligger krav på sakliga grunder vid alla anställningsbeslut, vilket innebär att arbetsgivare inte kan underlåta att anställa en arbetstagare endast på grund av dennes utseende.

Det finns ett skydd för fetma även på den privata arbetsmarknaden, men skyddet aktualiseras endast i de fall fetman lett till en funktionsnedsättning vid tiden för missgynnandet. Det är inte helt klart hur långt principerna om fetma som funktionsnedsättning sträcker sig. Vad gäller exempelvis för de fall arbetsgivaren gör ett felaktigt antagande om att vikten gör att arbetstagaren har sämre disciplin på arbetet eller kommer att bli sjukskriven i vidare mån än andra arbetstagare?

När det gäller funktionsnedsättning finns det viktiga EU-rättsliga principer, exempelvis beträffande statistisk diskriminering och felaktiga antaganden. Det är emellertid inte helt klart om de går, och i så fall hur långt de går, att tillämpa på fetma. Ett klart svar på frågan kan endast erhållas genom att EU-domstolen eller Arbetsdomstolen gör tydliga ställningstaganden i nya rättsfall.

De lege ferenda anser jag att det är fel att en arbetsgivare, som missgynnar någon enbart på grund av personens utseende, kan vara helt säker på att handlandet är lagligt, samtidigt som den arbetsgivare som, med rätt eller fel, tror att övervikten eller fetman kan påverka arbetstagarens arbetsprestation löper en risk att bli fälld för diskriminering på grund av funktionsnedsättning. De lege ferenda argumenterar jag därför för att övervikt borde införas som en egen skyddad grund i diskrimineringslagen.

En arbetsgivare kan således medvetet och helt i enighet med lagen välja att inte anställa en person som är överviktig. Skulle arbetsgivaren försvara sitt handlande med att denne inte anser övervikt vara tilltalande skulle arbetsgivaren gå fri. Skulle arbetsgivaren istället försvara sig med att denne inte tror att personen med fetma kan prestera på arbetet i den mån som krävs eller att arbetstagaren kommer att vara sjukskriven i vidare mån än andra arbetstagare kan arbetsgivaren träffas av diskrimineringsbestämmelserna om funktionsnedsättning. Detta får enligt min uppfattning märkliga och oönskade effekter. En arbetsgivare som nekat en person med annat etniskt ursprung arbetsintervju på grund av att utländskt utseende inte är tilltalande hade aldrig kommit undan. Varför ska det motsatta gälla för överviktiga, trots att de enligt undersökningar missgynnas i vidare mån än arabmuslimska män?

Slutsatsen är således att den tidigare beskrivna händelsen i restaurangköket kan vara helt tillåten, även om jag ansåg det vara helt fel handlande av en arbetsgivare att neka en arbetssökande intervju på grunder som är allt annat än sakliga.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
DiskL	Diskrimineringslag (2008:567)
Ds	Departementsserie
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
EUF	Europeiska unionens fördrag (även benämnt EU-fördraget)
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN	Förenta nationerna
FRA	Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter
IFAU	Institutet för arbetsmarknads- och utbildningspolitisk utvärdering
JT	Juridisk Tidskrift
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LOA	Lag (1994:260) om offentlig anställning
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RF	Regeringsformen
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
WHO	World Health Organisation

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Mitt första intresse för ämnet diskriminering av personer med övervikt eller fetma väcktes när jag på en arbetsplats inom restaurangbranschen hörde en arbetsgivare neka en överviktig person att komma till intervju, endast på grund av dennes vikt. Moraliskt ansåg jag detta vara fel men ville ta reda på om det enligt gällande rätt kan anses vara diskriminering. Övervikt är inte en av de skyddade grunderna för diskriminering. Frågan är om det inte fordras ett skydd, såsom det finns för exempelvis ålder och etnicitet, även för personer med övervikt eller fetma för att uppnå alla människors lika värde och rättigheter.

Andelen överviktiga i Sverige och världen ökar ständigt.¹ Drygt hälften av svenskarna har idag övervikt eller fetma. BMI beräknas utifrån en persons längd och vikt, vikten divideras med längden i kvadrat.² En person vars BMI ligger mellan 25 och 29,9 har övervikt. Skulle personens BMI landa över 30 har personen fetma. Ett högt BMI hänger ihop med flera sjukdomar, och leder i många fall till reducerad livslängd.³ Ökningen av andelen personer som har fetma är större än ökningen av andelen personer som har övervikt.⁴

I tidningsartiklar och i undersökningar kan man läsa att personer med övervikt i hög omfattning väljs bort framför normalviktiga i anställningssituationer.⁵ Diskrimineringsbestämmelserna skapades för att värna om alla människors lika värde och rättigheter. Reglerna är grundläggande inom såväl svensk som internationell rätt. Detta innebär att ingen får behandlas sämre än någon annan, som är i jämförbar situation, om detta har samband med en av de stadgade diskrimineringsgrunderna.⁶

I en IFAU-studie som behandlar medvetna (explicita) och omedvetna (implicita) fördomar undersöks attityder mot arabmuslimska män jämfört med svenska infödda män samt övervik-

¹ Folkhälsomyndigheten: "Fler har fetma och övervikt", <<https://www.folkhalsomyndigheten.se/nyheter-och-press/nyhetsarkiv/2014/februari/fluor-har-fetma-och-overvikt/>>, hämtad 2017-09-16.

² 1177 Vårdguiden: "Så bedömer du din vikt", <<https://www.1177.se/Skane/Tema/Halsa/Livsstil---att-andra-en-vana/Sa-bedomer-du-din-vikt/>>, hämtad 2017-09-16.

³ Folkhälsomyndigheten: "Övervikt och fetma", <<https://www.folkhalsomyndigheten.se/folkhalsorapportering-statistik/folkhalsans-utveckling/levnadsvanor/overvikt-och-fetma/>>, hämtad 2017-09-23.

⁴ SVT nyheter: "Halva Sverige har övervikt eller fetma", <<https://www.svt.se/nyheter/inrikes/halva-sverige-har-overvikt-eller-fetma>>, hämtad 2017-09-16.

⁵ Svenska dagbladet: "Överviktiga och invandrare väljs bort", <<https://www.svd.se/overviktiga-och-invandrare-valjs-bort>>, hämtad 2017-11-14; IFAU, 2007:19, sida 14.

⁶ Prop. 2007/08:95, sida 79.

tiga jämfört med normalviktiga. Resultatet av studien visar att 90 % av arbetsgivarna hade medvetna eller omedvetna negativa attityder gentemot överviktiga. Motsvarande siffra beträffande arabmuslimska män var 78 %. Detta innebär att 90 % av arbetsgivarna medvetet eller omedvetet hade en tendens till minst en svag nedvärdering av överviktiga.⁷

Andelen arbetsgivare som medvetet och öppet föredrog att anställa normalviktiga framför överviktiga var 58 %. Motsvarande siffra för arabmuslimska män var 53 %. Detta mått kallades för det explicita anställningspreferensmättet.⁸ Mer än hälften av arbetsgivarna var således av uppfattningen att övervikt var ett skäl till att inte anställa en person som i övrigt var jämställd med andra arbetstagare.

Resultatet av det andra explicita måttet, prestationsmättet, visade att 25 % av arbetsgivarna trodde att överviktiga presterade sämre än normalviktiga. Motsvarande siffra för arabmuslimska män var 12 %.⁹

Resultatet från liknande studier kan variera beroende på utformningen av testerna.¹⁰ Även om procentsatser kan variera visar studien att den tidigare beskrivna händelsen från restaurangköket inte var en engångsföreteelse utan ett exempel på återkommande handlingsmönster.

Om en arbetsgivare, medvetet eller omedvetet, har negativa attityder mot arabmuslimska män och på denna grund inte kallar dem till arbetsintervju, är dessa personer skyddade enligt diskrimineringslagen eftersom även oavsiktlig diskriminering omfattas.¹¹ Om man tar skillnaden mellan alla som faktiskt har en tendens att välja bort en människa utifrån en bild eller ett namn (90 % gjorde det när bilden visade överviktig) och drar ifrån det explicita preferensmättet 58 %, så återstår 32 % av arbetsgivarna som är omedvetna eller åtminstone inte uppger

⁷ IFAU, 2007:19, sida 14.

⁸ IFAU, 2007:19, sida 14.

⁹ IFAU, 2007:19, sida 14.

¹⁰ Paralleller kan här dras till en annan undersökning, IFAU, 2007:31, Do anonymous job application procedures level the playing field?, där Göteborg i anställningsförfarandet anonymiserade arbetsansökningar. Informationen angående personens kön och etnicitet togs bort för att undersöka hur detta påverkade vem som kallades till intervju. Informationen arbetsgivare fick ta del av innan en eventuell intervju var utbildning, arbetslivserfarenhet, nuvarande anställning och annan relevant information. Undersökningen visade att anonyma ansökningar ledde till att kvinnors och personer med icke-västerländskt ursprungs möjlighet till intervju hade ökat markant; Oxford research, 2012, sida 13; Forskning och framsteg: "För fet för ett jobb", < <http://fof.se/tidning/2012/9/artikel/for-fet-for-ett-jobb>>, hämtad 2017-12-21; Kollega: "Diskriminering av feta kan bli förbjudet", < <https://www.kollega.se/diskriminering-av-feta-kan-bli-forbjudet#>>, hämtad 2017-12-21.

¹¹ AD 2005 nr. 98.

sina negativa preferenser.¹²

Det explicita prestationsmålet, 25 %, utgörs av arbetsgivare som tror att överviktiga är sämre på att utföra arbetet jämfört med normalviktiga. Motsvarande siffra för arabmuslimska var 12 %. Ett exempel på en tankestruktur som kan ligga bakom det explicita måttet är att en arbetsgivare antar att den överviktiga personen presterar sämre eftersom denne har högre sannolikhet att bli sjukskriven än en normalviktig person. Ett annat exempel på varför en arbetsgivare underlåter att anställa en överviktig person kan vara att de förutsätter att övervikten beror på dålig disciplin och att denna dåliga disciplin även kan visa sig på arbetsplatsen. Är sådana tankestrukturer fel så är det fördomar. Är de korrekta är det negativa stereotyper som är statistiskt belagda men som inte nödvändigtvis ger en arbetsgivare rätt att tillskriva en individ en egenskap även om den är sann för några eller många i gruppen (statistisk diskriminering).¹³

Att anställningspreferensmålet är så högt (58 %) när prestationsmålet är betydligt lägre (25 %) kan bero på att en arbetsgivare tror att kollegorna föredrar att arbeta med normalviktiga personer eller såsom i restaurangfallet möjligen att restaurangägaren kan tro att gäster föredrar att handla mat av en person som inte är överviktig. Det kan också vara så att arbetsgivaren själv inte vill arbeta med en överviktig person även om denne är duktig.

Det finns således både medvetna och omedvetna anledningar för en arbetsgivare att välja en svensk eller normalviktig person framför en person med annat etniskt ursprung eller övervikt. Arbetsgivarna i studien var i flera fall medvetna om att de hade dessa fördomar. Det är således inte ett dolt problem i arbetslivet.¹⁴ I mer än hälften av de fall (33 % av 58 %) som arbetsgivarna var medvetna om sina negativa attityder hade de dessa trots att de inte trodde att överviktiga presterade sämre. Detta visar på ett orättvist och medvetet handlingsmönster gentemot överviktiga då arbetsgivare tror att de presterar lika bra, men ändå väljer bort dem i anställningsprocessen.

Det finns många författare som anser att det fordras mer skydd för personer med fetma och övervikt då de diskrimineras i så vid mån.¹⁵ En fråga att ställa sig i sammanhanget är hur det kommer sig att det inte finns ett skydd för överviktiga när vetenskapliga undersökningar visar

¹² IFAU, 2007:19, sida 14.

¹³ Se nedan under 3.3.4.6.

¹⁴ IFAU, 2007:19, sida 15.

¹⁵ Se exempelvis Flint m.fl. (2016); Hosking (2015) sida 460ff; Brandon m.fl. (2009) sida 83.

att de skulle vara i minst lika stort behov av skydd som personer med annat etniskt ursprung, exempelvis arabmuslimska män? Eller finns det ett skydd, om än inte uttryckligen?

1.2 Uppsatsens övergripande syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka och analysera vilket skydd som finns, om det överhuvudtaget förekommer något skydd, för personer som har övervikt eller fetma.

Följande frågeställningar besvaras:

- Finns det möjlighet att i svensk eller internationell rätt skydda personer med övervikt eller fetma mot diskriminering på grund av deras utseende?
- Kan personer med fetma omfattas av diskrimineringsbestämmelserna om funktionsnedsättning?
- Är det lämpligt att ge ytterligare skydd för personer med övervikt eller fetma?

1.3 Terminologi

Funktionshinder och funktionsnedsättning används ofta i vardagligt språkbruk som synonyma begrepp. Det finns emellertid en skillnad. Funktionsnedsättning är den nedsättning en person har på grund av fysisk, psykisk eller intellektuell förmåga. Funktionshinder är den funktionsbegränsning nedsättningen innebär i förhållande till omgivningen. Funktionshindret uppkommer således på grund av samspelet med miljön.¹⁶ Uppsatsen beskriver personer som funktionsnedsatta, när författaren är fri att välja ord. Detta begrepp används även av de organisationer som företräder de personer som faller under skyddsgrunden samt av socialstyrelsen.¹⁷

Drygt hälften av Sveriges befolkning är idag överviktiga. För att använda en term som signalerar att det är ett problem för personen används termen fetma i detta arbete. Det är en term som kan anses negativt laddad. Fetma är ett ord som kan användas som skällsord, men som inom ramen för denna uppsats endast används för att beskriva människor som har mer än endast övervikt. Jag menar att det inte finns något mindre dåligt alternativ. Möjlighet finns att använda ett eget uttryck för hänvisning till dessa personer. Jag anser emellertid att framställningen blir tydligast om ett etablerat ord i samhället såsom fetma används.

¹⁶ Jyrwall (2015) sida 25.

¹⁷ Prop. 2013/14:198, sida 50.

Jag vill i uppsatsen skilja mellan de som har en övervikt som endast påverkar utseendet och de som har övervikt som kan föranleda medicinska problem. Det saknas ett begrepp som både signalerar medicinska problem och som präglas av positivt betraktelsesätt mot personer med fetma på det sätt ordet funktionsnedsättning gör. Kraftig övervikt skulle kunna användas, men det uppfattar jag som lika negativt som ordet fetma.

Enligt WHO är fetma ett BMI över 30, och som beskriver människor som kommit förbi gränsen för endast övervikt. BMI-resultatet kan emellertid ibland slå fel. En vältränad tyngdlyftare med mycket muskler skulle snabbt kunna komma upp på BMI över fetmagränsen, utan de risker som fetman enligt WHO tenderar att medföra.¹⁸ I ett sådant fall skulle personen enligt sin BMI-nivå vara överviktig eller lida av fetma, men trots detta vara i bra form. Det är således inte helt tydligt hur bedömningen för när personen är fet ska beräknas i termer av BMI-kvot.

När begreppet fetma används i uppsatsen betyder det alltid övervikt som kan utgöra ett medicinskt problem medan sådan övervikt som bara är en utseendeaspekt beskrivs som övervikt.

1.4 Metod och perspektiv

För att på bästa sätt besvara de två första frågeställningarna, beträffande vilket skydd personer med övervikt eller fetma har i dagens samhälle, används klassisk rättsvetenskaplig metod. Metoden används för att fastställa gällande rätt och innebär att de olika rättskällorna analyseras för att fastställa hur de ska appliceras i det konkreta fallet.¹⁹ Min moral återspeglas inte i utredningen av gällande rätt. I kapitel 2- 4.1.2.5 följs den rättsvetenskapliga metoden.

För min tredje frågeställning används ett de lege ferenda synsätt.²⁰ Min tredje frågeställning utgår från kritiska perspektiv på gällande rättsläget för personer med övervikt eller fetma. För denna del av analysen är jag inte bunden av rättskällorna och kan använda mig av annat material för att få en bild av hur rätten borde vara.²¹

¹⁸ Livsmedelsverket: ”Övervikt och fetma”, <<https://www.livsmedelsverket.se/matvanor-halsa--miljo/sjukdomar-allergier-och-halsa/overvikt-och-fetma>>, hämtad 2017-11-10.

¹⁹ Sandgren, TfR 2005, sida 649; Korling och Zamboni (2013) sida 22ff.

²⁰ Korling och Zamboni (2013) sida 23.

²¹ Sandgren, TfR 2005, sida 655f.

När det diskuteras hur lagen bör vara eller hur domstolen skulle kunna döma (tredje frågeställningen) är det en sådan de lege ferenda analys där det är förenligt med den klassiskt rättsvetenskapliga metoden att låta det egna perspektivet påverka analysen så länge de lege lata och de lege ferenda skiljs åt.²² I kapitel 4.2 görs en de lege ferenda analys.

Uppsatsen följer således den klassiskt rättsvetenskapliga metoden, där rättsdogmatiken används för att fastställa gällande rätt de lege lata för de första två frågorna och där en kritisk analys av hur lagen borde vara görs för den sista frågan, de lege ferenda.²³ Läsaren är tidigt införstådd i mitt moraliska ställningstagande i frågan och kan därför uppmärksamma om det slagit igenom även i uppsatsens de lege lata delar som ska vara helt opartiska.

1.5 Material och avgränsning

För att fastställa gällande rätt används lagtext, förarbeten, praxis och doktrin.²⁴ Det är samma källor som en domstol använder sig av vid sin rättstillämpning.²⁵ En viktig utgångspunkt för min uppsats har varit kommentaren till den svenska diskrimineringslagen av Susanne Fransson och Eberhard Stüber.

Diskriminering förekommer inom olika sektioner i samhället. För att definiera termer såsom direkt diskriminering kan praxis från andra områden än arbetslivet vara minst lika relevanta som arbetslivsrelaterad praxis. Såväl EU-rätten som den svenska nationella rätten bygger på att diskrimineringsbegreppet ska vara harmoniserat på alla områden.²⁶ I min de lege lata framställning är därför rättsfall från alla samhällsområden där diskrimineringslagen eller EU:s diskrimineringsdirektiv tillämpas av relevans.

²² Olsen, SvJT 2004, sida 122ff.

²³ Korling och Zamboni (2013) sida 423.

²⁴ Sandgren, TfR 2005, sida 651.

²⁵ Olsen, SvJT 2004, sida 114.

²⁶ Inom EU-rätten ges ett diskrimineringskydd enligt Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling; Rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet; Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung; Rådets direktiv 2004/113/EG av den 13 december 2004 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster. Alla direktiv bygger på samma grundläggande principer om mänskliga rättigheter. Fransson och Stüber (2015) sida 28f, därför är det märkligt om begrepp som exempelvis direkt diskriminering skulle tolkas mera extensivt eller restriktivt på ett område jämfört med ett annat; Malmberg, SvJT 2011, sida 433.

Beträffande fastställande av skäligen anpassningsåtgärder och begreppet funktionsnedsättning är det bara EU-rättsfall grundade på arbetslivsdirektivet och svenska rättsfall om funktionsnedsättning på arbetslivsområdet som är relevanta. Rättsfall såsom Navas och Kaltoft,²⁷ hänförliga till arbetslivsdirektivet, används för att ge en bild av hur begreppet funktionsnedsättning ska tolkas inom unionen.

EU-rätten och Europakonventionen behandlas då svensk domstol inte får döma i strid mot dessa källor. Sverige ratificerade 2008 FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning. Det är den senaste konventionen på området och den som har mest betydelse av de rättskällor på området som inte är ”hard law”. Det finns även tidigare konventioner från FN som behandlar detta ämne men faller rättighetsfrågan inte under denna senare konvention så faller den likaså inte under de tidigare. För att undvika onödiga upprepningar ryms därför endast denna senaste FN-konvention inom uppsatsen.

1.6 Forskningsläge

Diskrimineringsområdet är väl omskrivet, både internationellt och inom den svenska domstolens praxis och inom doktrinen. Det föreligger ett stort antal studier angående olika former av diskriminering, särskilt när det gäller arbetsmarknaden. Studier angående svensk diskrimineringsreglering och dess harmonisering av internationella rätten finns behandlad i vid mån.

Den diskriminering som förekommer av överviktiga är även den omtalad och studerad. Många av studierna som görs har sin utgångspunkt inom den amerikanska rätten och har inte stor inverkan på den svenska och europeiska rätten. Sedan Kaltoftdomen har emellertid en europeisk doktrin angående fetma som diskrimineringsgrund börjat ta form, och diskuterat gällande rätt utifrån Kaltoftfallet.²⁸

Den viktigaste icke-juridiska studien för uppsatsen är IFAU, 2007:19, Etnicitet och övervikt:

²⁷ C-13/05, Chacon Navas; C-354/13, Kaltoft.

²⁸ Utan någon intern rangordning har följande artiklar varit av betydelse för uppsatsen: Butler (2014) Obesity As A Disability: The Implications Or Non-Implications Of Kaltoft; Honeyball (2000) Pregnancy and sex discrimination; Hosking (2015) Fat rights claim rebuffed: Kaltoft v Municipality of Billund; Brandon (2009) 'Being fat': a conceptual analysis using three models of disability; McGlynn (2001) pregnancy discrimination in EU law; Flint (2016) obesity discrimination in the recruitment process: 'You're not hired!'; Wintemute (1998) When is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?

implicita arbetsrelaterade fördomar i Sverige.²⁹ Där sätts diskriminering av överviktiga i förhållande till diskriminering av arabmuslimska män och som med tydliga indikationer påvisar vilken omfattande diskriminering av överviktiga personer som föreligger i arbetslivet.

1.7 Uppsatsens disposition

Uppsatsens inleds med att läsaren i detta inledande kapitlet får förståelse för att diskriminering av personer med övervikt och fetma föreligger i vid mån i arbetslivet. Andra kapitlet beskriver de olika rättskällorna som finns och som skulle kunna föreskriva ett skydd för de personer som blir missgynnade för att de har övervikt eller fetma.

Tredje kapitlet går in på vad som utgör diskriminering, vilka rekvisit som ska vara uppfyllda för att en person ska anses ha diskriminerats och slutligen vilka grunder som skyddas. De olika diskrimineringsgrunderna varierar utifrån de olika källorna, vilket redogörs för i detta kapitel. Kapitlet fortsätter med att definiera hur diskriminering av funktionsnedsatta ska uppfattas. Det föreligger variation mellan de olika rättskällorna som uppmärksammas. Här beskrivs hur funktionsnedsättning har behandlats i praxis, och när skydd uppkommer, för att definitionen i sig inte är tillräcklig för att fastställa om en person omfattas av bestämmelserna eller inte. Vidare följer en genomgång av de olika former som finns för diskriminering, där direkt diskriminering är av stor betydelse och gås igenom ingående. Uppsatsen tar sedan upp vad indirekt diskriminering innebär och vilka åtgärder en arbetsgivare måste företa för att ha anpassat arbetsplatsen tillräckligt för att funktionsnedsatta ska ha möjlighet att arbeta där. Slutligen följer undantag från diskrimineringsförbuden samt bevisbördans placering i en eventuell diskrimineringsprocess.

Kapitel fyra består av en analys i tre delar där de inledande frågorna behandlas. De lege lata framställningen behandlar i sin första del huruvida övervikt som utseendegrund skulle kunna erhålla skydd utifrån de olika rättskällorna, för att därefter ta upp frågan om när bestämmelserna om funktionsnedsättning kan skydda arbetstagare med fetma. Uppsatsen avslutas sedan med en de lege ferenda diskussion där min personliga åsikt framgår samt min syn på lagstiftning kring övervikt och fetma för att skydda dessa grupper mot den omfattande diskriminering som föreligger.

²⁹ Även IFAU, 2007:31, Do anonymous job application procedures level the playing field? har varit användbar för förståelsen av hur diskrimineringen ser ut i praktiken.

2. Diskrimineringsbestämmelsernas källor

2.1 Internationell rätt

2.1.1 Europakonventionen

Europakonventionen bildades efter andra världskriget för att målen om mänskliga rättigheter och demokrati skulle främjas i medlemsländerna.³⁰

De tilläggsprotokoll som finns till Europakonventionen gäller endast i den omfattning staterna valt att ratificera dem.³¹ Europadomstolen prövar om nationella stater har kränkt rättigheter som tillkommer enskilda, grupper eller organisationer enligt konventionen. Domarna är folkrättsligt bindande för staten domen behandlar.³² Sverige har emellertid gått längre och i grundlagen stadgat att en svensk domare måste åsidosätta nationell rätt om den strider mot Europakonventionen.³³

2.1.2 EU

Alla stater som är medlemmar i EU är också anslutna till Europakonventionen.³⁴ EU-domstolen tillämpar Europakonventionen i sina domar för att säkerställa att den nationella tillämpningen av EU-rätten når upp till den skyddsnivå Europakonventionen kräver.³⁵

Till skillnad från Europakonventionen, som gäller för alla personer inom jurisdiktionen för den anslutande staten, gäller skyddet i EU-rätten endast för EU-medborgare.³⁶

Sveriges medlemskap i EU innebär att Sverige ska följa de bindande beslut som föreskrivs av EU.³⁷ EU-rätten är stark och har företräde framför den svenska rätten ifall de inte överensstämmer.³⁸

³⁰ FRA, 2010, sida 12.

³¹ Jyrwall (2015) sida 64.

³² Artikel 46 Europakonventionen; Jyrwall (2015) sida 65ff.

³³ 2 kap. 19 § RF.

³⁴ FRA, 2010, sida 17.

³⁵ FRA, 2010, sida 17.

³⁶ FRA, 2010, sida 58.

³⁷ Se lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

³⁸ Fransson och Stüber (2015) sida 55.

EU-fördraget är, liksom alla fördrag, primärrätt och föreskriver att vid genomförande av unionens politik och verksamhet ska diskriminering bekämpas.³⁹ Det ger EU möjligheter att motverka diskriminering, däribland diskrimineringsgrunden funktionshinder.⁴⁰

EU-stadgan är även den primärrätt. Stadgan är grundläggande och ska gälla i allt lagstiftningsarbete EU utformar. Stadgan är bindande när medlemsländerna tillämpar unionsrätten.⁴¹ Den utvidgar emellertid inte EU:s behörighet. Är nationella domstolar osäkra på hur EU-rätten ska tillämpas finns möjlighet att begära förhandsavgörande från EU-domstolen.⁴²

Den viktiga sekundärrätten i detta arbete är EU:s likabehandlingsdirektiv som förbjuder diskriminering på tre områden. Dessa är arbetslivet, välfärdssystemet samt varor, tjänster och bostäder.⁴³ Grundprincipen för likabehandlingsdirektiven är att begrepp såsom direkt och indirekt diskriminering ska tolkas på samma sätt inom alla direktiv.⁴⁴

Arbetslivsdirektivet ska fastställa en allmän ram för bekämpning av diskriminering i arbetslivet.⁴⁵ En arbetsgivare har en skyldighet att, inom rimliga gränser, anpassa arbetsplatsen eller utbildningen till personer med funktionsnedsättning.⁴⁶ Arbetslivsdirektivet är ett minimidirektiv. Medlemsstaterna kan således gå längre för att skydda sina medborgare i sin nationella lagstiftning.⁴⁷

EU-domstolen använder sig ofta av en ändamålsorienterad, teleologisk, tolkning för att tillgodoseda de mål som uppställs i rättsordningen. Detta medför att EU-domstolen ibland går utanför ordalydelsen av bestämmelserna vid sin bedömning. Detta är något svensk domstol inte brukar göra.⁴⁸

³⁹ Artikel 10 FEUF.

⁴⁰ Artikel 6.a FEUF; De möjligheterna infördes genom Amsterdamfördraget år 1999.

⁴¹ Artikel 51.1 EU-stadgan.

⁴² Artikel 267 EUF.

⁴³ Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling; Rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet; Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung; Rådets direktiv 2004/113/EG av den 13 december 2004 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män när det gäller tillgång till och tillhandahållande av varor och tjänster.

⁴⁴ Malmberg, SvJT 2011, sida 433.

⁴⁵ Artikel 1 arbetslivsdirektivet.

⁴⁶ Artikel 5 arbetslivsdirektivet.

⁴⁷ Prop. 2007/08:95, sida 63.

⁴⁸ Hettne och Eriksson (2011) sida 158.

2.1.3 FN-konventioner

FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna stadgar att ”var och en är berättigad till alla de rättigheter och friheter som uttalas i denna förklaring utan åtskillnad av något slag, såsom på grund av ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan uppfattning, nationellt eller socialt ursprung, egendom, börd eller ställning i övrigt”.⁴⁹ FN:s allmänna förklaring är inte juridiskt bindande. Vissa delar, exempelvis denna andra artikel ses emellertid som internationell sedvanerätt.⁵⁰

En ny konvention om rättigheter för funktionsnedsatta antogs 2006.⁵¹ Sverige tillträdde konventionen 2008 och den trädde i kraft 2009. Den stadgar principer som ska vara ledande i förhållande till personer som lider av en funktionsnedsättning.⁵² En stat som anslutit sig till konventionen är bunden av denna,⁵³ och ska rapportera de åtgärder som vidtagits i förhållande till konventionen.⁵⁴ Sverige medger individuell talerätt inför den s.k. kommittén för rättigheter för personer med funktionshinder, som kan uttala sig angående Sveriges uppfyllande av konventionen, i de fall inhemska rättsmedel är uttömda.⁵⁵ Skulle den svenska rätten i något fall vara oklar ska domstolen tolka lagen så att den överensstämmer med konventionen.⁵⁶

EU har undertecknat FN-konventionen för funktionsnedsatta.⁵⁷ Detta innebär, tillsammans med den omständighet att EU-domstolen citerat den i sina avgöranden, att den får större effekt än vad den annars skulle haft. Genom EU-rätten kan den bli bindande rättskälla i Sverige.⁵⁸

Det finns ett flertal andra FN- och ILO-konventioner som skyddar mot diskriminering.⁵⁹ Den ovan är emellertid den som har störst betydelse för denna uppsats vidkommande.

⁴⁹ Artikel 2 FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.

⁵⁰ Prop. 2007/08:95, sida 47; Fransson och Stüber (2015) sida 18.

⁵¹ FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.

⁵² Fransson och Stüber (2015) sida 20.

⁵³ Prop. 2008/09:28, sida 7.

⁵⁴ Artikel 35 FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.

⁵⁵ Prop. 2007/08:95, sida 52; Fransson och Stüber (2015) sida 21.

⁵⁶ Funktionsrättskonventionen, ”Använd konventionen i svensk rätt”,
<<https://funktionsrattskonventionen.se/konventionen-i-svensk-ratt/>>, hämtad 2017-11-10.

⁵⁷ Europeiska kommissionen, ”Personer med funktionsnedsättning”
<<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1137&langId=sv>>, hämtad 2017-12-10.

⁵⁸ Se nedan under 3.2.1.

⁵⁹ Se exempelvis internationell konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering, New York 7 mars 1966, konventionen trädde i kraft 4 januari 1969, SÖ 1971:40; internationell konvention om ekonomiska,

2.2 Svensk rätt

2.2.1 Regeringsformen och LOA

I Sverige finns det stadgat skydd för diskriminering i grundlagens regeringsform.⁶⁰ Regeringsformen är bindande för svenska staten men inte direkt bindande mellan medborgare.⁶¹

I LOA finns krav på att alla beslut inom det offentliga som rör ett anställningsförhållande ska ha saklig grund. Förtjänst och skicklighet är det avgörande för offentliga anställningar och all osaklig behandling är uttryckligen förbjuden.⁶²

2.2.2 Diskrimineringslagen

Diskrimineringslagen trädde i kraft den 1 januari 2009.⁶³ Nuvarande diskrimineringslag ersätter sju olika lagar på området.⁶⁴ Sveriges första diskrimineringslag var 1979 års jämställdhetslag. Syftet med lagen var främst att öka jämställdheten mellan kvinnor och män i arbetslivet.⁶⁵ Målet med nuvarande diskrimineringslag är att motverka diskriminering och understödja lika möjligheter och rättigheter för alla.⁶⁶ Även oavsiktligt missgynnande utgör diskriminering enligt lagen.⁶⁷

För att diskrimineringslagen ska få genomslag är lagen tvingande till förmån för den som anser sig ha blivit diskriminerad. Ett avtal som skulle kränka någons rättigheter enligt diskrimineringslagen är utan verkan.⁶⁸ Sådana diskriminerande avtal kan efter begäran av part ogiltigförklaras av domstol.⁶⁹ Det föreligger ingen skyldighet att följa ett avtal som skulle strida mot diskrimineringslagen.⁷⁰ Förmåner som innebär högre nivå än vad lagen kräver är möjliga i den mån det inte innebär att annan part missgynnas. Lagen är således av minimikaraktär.⁷¹

sociala och kulturella rättigheter, New York 1966, konventionen trädde i kraft 3 januari 1976, SÖ 1971:41; ILO-konvention om avskaffande av diskriminering i arbetslivet.

⁶⁰ 1 kap 2 § RF.

⁶¹ Jyrwall (2015) sida 22.

⁶² 4 § lag (1994:260) om offentlig anställning (LOA).

⁶³ Diskrimineringslag (2008:567) (DiskL).

⁶⁴ Fransson och Stüber (2015) sida 17.

⁶⁵ Fransson och Stüber (2015) sida 17.

⁶⁶ 1 kap. 1 § DiskL.

⁶⁷ Prop. 2002/03:65 sida 85.

⁶⁸ 1 kap. 3 § DiskL.

⁶⁹ 5 kap. 3 § DiskL; Prop. 2007/08:95, sida 416; Fransson och Stüber (2015) sida 54.

⁷⁰ Fransson och Stüber (2015) sida 54.

⁷¹ Prop. 2007/08:95, sida 485.

Diskrimineringslagen gäller på flera områden i samhället, till exempel inom arbetslivet,⁷² utbildningsområdet⁷³ och arbetsmarknadspolitisk verksamhet.⁷⁴ Diskrimineringsförbudet inom arbetslivet omfattar alla arbetstagare, arbetssökande, praktikanter, de som står till förfogande för att utföra arbete samt inhyrd arbetskraft.⁷⁵

Normkonflikt mellan de olika diskrimineringsgrunderna kan inte uppstå då dessa ska ses som delar av en enhet, och inte ha någon intern rangordning.⁷⁶ Den normkonflikt som kan uppstå är när diskrimineringslagens bestämmelser och andra lagar som har samma nivå i rättssystemet är tillämpliga samtidigt. För att fastställa vilken lag som i detta fall ska gälla får vanliga tolkningsprinciper tillämpas. Diskrimineringslagen kan, enligt *lex specialis*, erhålla företräde i dessa fall.⁷⁷

De mänskliga rättigheterna ska skyddas i Sverige eftersom Sverige är bundet av flera konventioner stadgande detta. Skulle svensk lag sakna bestämmelser om diskriminering måste svensk domstol ändå följa likabehandlingsprinciperna som följer av tvingande internationella bestämmelser.⁷⁸ Både EU-rätten och Europakonventionen kan ha företräde framför svensk rätt. Detta talar för att diskrimineringslagen har en särställning och för att bestämmelserna i vissa fall kan ha företräde enligt *lex superior* principen, nämligen då bestämmelserna implementerar tvingande internationell rätt.

Det finns även andra lagar på anställningsområdet för skydd av arbetstagare. En viktig bestämmelse i detta sammanhang är att grunden för uppsägning måste vara saklig. Kravet för att saklig grund ska föreligga är att det inte hos arbetsgivaren finns annat arbete som arbetstagaren kan utföra.⁷⁹ Uppsägning kan grundas på två orsaker: personliga skäl eller arbetsbrist. Arbetsbrist innebär att någon blir uppsagd på grund av omständigheter som inte är hänförliga till arbetstagarens personliga förhållande.⁸⁰ Det är upp till en arbetsgivare att avgöra huruvida arbetsbrist föreligger, domstolen ska normalt inte gå in och granska denna bedömning.⁸¹ I ett

⁷² 2 kap. 1 § DiskL.

⁷³ 2 kap. 5 § DiskL.

⁷⁴ 2 kap. 9 § DiskL.

⁷⁵ 2 kap. 1 § DiskL.

⁷⁶ Fransson och Stüber (2015) sida 58.

⁷⁷ Fransson och Stüber (2015) sida 58.

⁷⁸ Se ovan under 2.1.

⁷⁹ 7 § LAS.

⁸⁰ AD 2000 nr. 35.

⁸¹ Prop. 1981/82:71, sida 65.

fall av arbetsbrist kan emellertid en uppsägning vara att anse diskriminerande, om kraven för detta är uppfyllt.⁸² I uppsägningsfall kan således både anställningsskyddslagen och diskrimineringslagen användas för att ogiltigförklara en uppsägning.⁸³

⁸² AD 2005 nr. 32.

⁸³ AD 2015 nr. 57.

3. Diskrimineringsskyddets utformning

3.1 Diskrimineringsgrunderna i gällande rätt

3.1.1 LOA och regeringsformen

För offentliga anställningar ska ”avseende fästas endast vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet”.⁸⁴ Det finns således inte utrymme att väga in andra omständigheter, såsom utseende, vid statliga anställningar. Det strider mot lagen om offentlig anställning att missgynna någon på grunder som inte påverkar arbetsprestationen.⁸⁵

Regeringsformen inleder med ett allmänt stadgande om att ”det allmänna ska verka för att alla människor ska kunna uppnå delaktighet och jämlikhet i samhället och för att barns rätt tas till vara. Det allmänna ska motverka diskriminering av människor på grund av kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning, ålder eller andra omständigheter som gäller den enskilde som person”.⁸⁶ Stadgandet avslutas med ”eller andra omständigheter” vilket visar att skyddsgrunderna inte är uttömmande. Bestämmelsen är riktade mot det allmänna och gäller inte direkt mellan enskilda.⁸⁷ För regeringsformens vidkommande måste således en tolkning företas för att se vad som är jämförbart förhållande och vad som kan anses omfattas av andra omständigheter. Det blir en tolkningsfråga om övervikt kan anses som ett jämförbart förhållande och det är inte självklart att övervikt omfattas. Sådana tolkningar kan dessutom bara bli bindande för det allmänna, inte för privata arbetsgivare.

3.1.2 EU-rätten

EU-stadgan har en öppen lista över diskrimineringsgrunder som föreskriver att ”all diskriminering på grund av *bland annat* [min kursivering] kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, genetiska särdrag, språk, religion eller övertygelse, politisk eller annan åskådning, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning ska vara förbjuden”.⁸⁸ Orden ”bland annat” innebär att domstolen kan gå utanför de grunder som finns och föreskriva skydd även för andra grunder. Det finns emellertid en in-

⁸⁴ 4 § LOA.

⁸⁵ 12 kap. 5 § 2 st. RF; 4 § LOA.

⁸⁶ 1 kap. 2 § RF.

⁸⁷ Jyrwall (2015) sida 22.

⁸⁸ Artikel 21 EU-stadgan.

skränkning i unionens befogenhet enligt artikel 51.2 i EU-stadgan som föreskriver att ”denna stadga innebar inte någon utvidgning av tillämpningsområdet för unionsrätten utanför unionens befogenheter, medför varken någon ny befogenhet eller någon ny uppgift för unionen och ändrar heller inte de befogenheter och uppgifter som fastställs i fördragen”.⁸⁹ Huruvida EU-domstolen kan lägga till ett skydd för övervikt blir en fråga om tillåtenhet enligt artikel 21 i EU-stadgan eller otillåten utvidgning enligt artikel 51.2 i EU-stadgan.

I ett fall har EU-domstolen dömt med stöd av bland annat stadgan och föreskrivit skydd för diskriminering av ålder trots att stadgan vid tillfället inte var rättsligt bindande.⁹⁰ Ålder fanns stadgat i arbetslivsdirektivet men implementeringstiden hade inte gått ut, varför Tyskland vid prövningen inte var tvungna att ha skydd för ålder i sin nationella lagstiftning. EU-domstolen föreskrev skydd trots att tiden för införlivande inte var slut för att medlemsstaterna under denna tid inte får vidta åtgärder som allvarligt kan äventyra direktivets mål. Detta hade Tyskland gjort genom att i en ny lag föreskriva sämre skydd för äldre än tidigare lagar på samma område.⁹¹ EU-domstolen anförde att det är en allmän rättsprincip inom EU-rätten att ålder ska skyddas.⁹² EU-domstolen har gjort en stor poäng av att stöd fanns i sekundärrätt när den i senare domar klargjort gränsen för möjligheten att utsträcka diskrimineringskyddet med stöd av allmänna rättsprinciper.⁹³

Arbetslivsdirektivet har en stängd lista som föreskriver skydd för religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, för att principen om likabehandling skall kunna genomföras i medlemsstaterna.⁹⁴ Det saknas således möjlighet enligt denna konvention att lägga till en grund även för övervikt eller fetma.

I Kaltoftfallet har EU-domstolen enda gången hittills haft uppe frågan beträffande diskrimineringskydd för personer som lider av fetma.⁹⁵ Karsten Kaltoft hade anställning som dagbarnvårdare och tog emot barnen i sitt hem.⁹⁶ Han hade varit anställd i ungefär femton år, under

⁸⁹ Artikel 51.2. EU-stadgan.

⁹⁰ C-144/04, Mangold, stycke 65-66.

⁹¹ C-144/04, Mangold, stycke 67-70.

⁹² C-144/04, Mangold, stycke 75.

⁹³ Se till exempel C-354/13, Kaltoft, stycke 36-40.

⁹⁴ Artikel 1 Arbetslivsdirektivet.

⁹⁵ C-354/13, Kaltoft, generaladvokatens förslag till avgörande, stycke 1.

⁹⁶ C-354/13, Kaltoft, stycke 16.

vilken tid han ständigt led av fetma trots många försök att gå ner i vikt. Han blev uppsagd oavsett sin långa anställningstid.⁹⁷

Generaladvokaten i Kaltoftfallet anförde att EU-stadgans öppna lista talar för att det kan finnas allmänna principer om diskrimineringsförbud som omfattar grunder vilka inte uttryckligen nämns i artikel 21, som exempelvis utseende och vikt. Ett sådant förbud måste emellertid grunda sig på antingen en bestämmelse i EU-rätten, allmänna principer inom unionen på grund av konstitutionella traditioner i medlemsländerna eller på Europakonventionen.⁹⁸ Vid prövningen i Kaltoftfallet var det endast Frankrike som hade ett skydd för diskriminering av utseende i sin lagstiftning.⁹⁹ Det saknas således, enligt generaladvokaten, i detta fall möjlighet att lägga till en grund utanför de som finns inom unionsrätten.¹⁰⁰

Det måste således i detta fall finnas grund även i annan bestämmelse. Det räcker inte att EU-stadgan har möjlighet att tolka in andra diskrimineringsgrunder.¹⁰¹ Detta överensstämmer med tidigare praxis i fall då saken har rört en bestämmelse som finns i stadgan, men inte någon annan unionsrättslig bestämmelse.¹⁰² Det måste finnas en specifik nationell bestämmelse som faller inom samma område som en lika specifik unionsrättslig bestämmelse.¹⁰³ När Sverige i diskrimineringslagen skyddar exempelvis funktionsnedsatta mot diskriminering på området för varor, tjänster eller bostäder, trots att inte direktiv 2000/43 kräver det, kopplas även EU-rätten in när de svenska bestämmelserna ska tillämpas enligt generaladvokatens synsätt. Det kan vara en bestämmelse som finns i en rättsakt från unionen eller i stadgan. I fallet räcker det inte med en allmän princip om icke-diskriminering på arbetsmarknaden för att en ny diskrimineringsgrund ska kunna införas.

Att det finns vissa andra medlemsstater som har diskrimineringsgrunder som inte är uttömmande gör inte att det ska ses som en allmän princip inom unionen att även andra skyddsgrunder finns. Detta kan inte tvinga andra medlemsländer att skydda personer från diskriminering på andra grunder än de som nämns i fördrag eller annan unionsrätt, inte heller ett pro-

⁹⁷ C-354/13, Kaltoft, stycke 17-19.

⁹⁸ C-354/13, Kaltoft, generaladvokatens förslag till avgörande, stycke 17-18.

⁹⁹ Artikel L 1132-1 i code du travail.

¹⁰⁰ C-354/13, Kaltoft, generaladvokatens förslag till avgörande, stycke 22.

¹⁰¹ C-206/13, Siragusa, stycke 24.

¹⁰² C-265/13, Torralbo Marcos, stycke 33 och 43.

¹⁰³ C-354/13, Kaltoft, generaladvokatens förslag till avgörande, stycke 22.

tokoll till Europakonventionen kan anses utgöra en sådan allmän princip.¹⁰⁴ Generaladvokaten menar därför att fetma inte kan anses vara en diskrimineringsgrund.¹⁰⁵

EU-domstolen inleder domen med att konstatera att övervikt inte är en diskrimineringsgrund. Den uppräkningslista som finns i arbetslivsdirektivet är uttömmande och andra grunder såsom fetma skyddas inte.¹⁰⁶

Domstolen anför att det finns en allmän princip om icke-diskriminering på arbetsmarknaden, vilken nationella domstolar måste förhålla sig till när de prövar mål som omfattas av unionsbestämmelsernas tillämpningsområde.¹⁰⁷ Det saknas emellertid både i EU:s primär- och sekundärrätt bestämmelser om diskriminering på grund av fetma.¹⁰⁸ Inte heller bestämmelserna i EU-stadgan kan tillämpas i detta fall.¹⁰⁹ Det saknas således möjlighet att utöka skyddet enligt EU-rätten att omfatta övervikt.

Min uppfattning är att EU-domstolens sätt att resonera innebär en ännu mer stängd dörr, för att använda allmänna rättsprinciper i nationell rätt för att införa en ny grund, i jämförelse med generaladvokatens yttrande. Inte ens om det funnits bestämmelser om skydd för övervikt i en majoritet av EU:s stater hade en allmän rättsprincip varit möjlig som en enda grund för att skapa ett EU-rättsligt skydd.

EU-domstolen anser att artikel 19 i FEUF inte skyddar diskriminering av fetma och kan därför inte användas som grund för att bekämpa sådan diskriminering.¹¹⁰ Arbetslivsdirektivet ska inte genom en analog tolkning anses omfatta andra än de uppräknade diskrimineringsgrunderna. Fetma kan därför inte anses vara en egen diskrimineringsgrund.¹¹¹ Uppsägning på grund av fetma faller inte inom unionens tillämpningsområde, och därför är inte heller EU-stadgan tillämplig i detta fall.¹¹²

¹⁰⁴ C-354/13, Kaltoft, generaladvokatens förslag till avgörande, stycke 26.

¹⁰⁵ C-354/13, Kaltoft, generaladvokatens förslag till avgörande, stycke 24-27.

¹⁰⁶ C-354/13, Kaltoft, stycke 33, 35 och 36.

¹⁰⁷ C-354/13, Kaltoft, stycke 32.

¹⁰⁸ C-354/13, Kaltoft, stycke 33 och 35.

¹⁰⁹ C-354/13, Kaltoft, stycke 33-39; Jmf. C-617/10, Åkerberg Fransson, stycke 23 där EU-domstolen angett att bestämmelserna i stadgan inte ska utöka unionens befogenheter.

¹¹⁰ C-354/13, Kaltoft, stycke 34.

¹¹¹ C-354/13, Kaltoft, stycke 35-36.

¹¹² C-354/13, Kaltoft, stycke 37-40.

Damamme tolkar det så att grunderna som är utanför listan i artikel 21 i EU-stadgan skyddas inte.¹¹³ Bestämmelser som skyddas enligt EU-stadgan men inte enligt FEUF skyddas som huvudregel inte heller.¹¹⁴ Detta stämmer emellertid inte i alla fall enligt Damamme. När EU prövar sin kompetens i frågan kan det bli annorlunda, då kan stadgan bli bindande internt inom EU. Det stadgas skydd för genetiska särdrag i staff regulations of officials of the European Communities art 1d. Detta skyddas enligt stadgan men inte enligt FEUF. En EU-agent hade således varit skyddad mot diskriminering på grund av genetiska särdrag. Det faller således utanför skyddet fram till dess att EU har stiftat andra unionsbestämmelser som skyddar det.¹¹⁵ Så även om det saknas skydd för genetiska särdrag i FEUF så är det skyddat. Detta gäller emellertid endast i relationen mellan EU och dess egna anställda, inte medlemsländernas skyldighet mot sina medborgare.

Ett annat fall där grunderna diskuterats i EU-domstolen är Dekker. Hon ansökte om en tjänst som lärare och meddelade i samband med anställningsprocessen att hon var gravid. Skälet till att hon inte erhöll anställningen var att arbetsgivaren inte skulle få ersättning för den dagsättning de skulle behöva betala ut för hennes mammaledighet. Dekkers frånvaro skulle därför föranleda ekonomiska förluster för företaget.¹¹⁶ EU-domstolen konstaterade inledningsvis att det endast är kvinnor som kan bli gravida, och således endast kvinnor som kan nekas anställning på denna grund. EU-domstolen kom därefter fram till att det var direkt diskriminering av kvinnor att inte anställa Dekker på dessa grunder.¹¹⁷

Det kan ifrågasättas om det är direkt diskriminering när det inte finns en grund för graviditet och det är denna grund Dekker missgynnas i förhållande till. EU-domstolen gick i Dekkerfallet på direkt diskriminering. Det finns emellertid författare som menar att det inte är direkt, utan indirekt diskriminering av kön. Honeyball menar att kvinnor inte blir diskriminerade på grund av att de är gravida, utan på grund av de effekter som graviditeten för med sig. Kvinnor som varit gravida har mer arbetsfrånvaro och kan ha reducerad arbetskapacitet.¹¹⁸ Han menar därför att EU-domstolen kunde sett det som indirekt diskriminering. Arbetsgivaren hade uttalat att anledningen till att han inte anställde henne var att han inte skulle kunna få ersättning

¹¹³ Damamme (2015) sida 155.

¹¹⁴ Vilket överensstämmer med generaladvokatens tolkning i C-354/13, Kaltoft, generaladvokatens förslag till avgörande, stycke 17-20.

¹¹⁵ Damamme (2015) sida 155.

¹¹⁶ C-177/88, Dekker, stycke 2-4.

¹¹⁷ C-177/88, Dekker, stycke 12-14.

¹¹⁸ Honeyball (2000) sida 44.

för den dagersättning som han skulle vara tvungen att betala Dekker under föräldraledigheten.¹¹⁹

Wintemute menar att i vissa fall bör man se det som direkt diskriminering och ibland som indirekt diskriminering.¹²⁰

Grunden till varför det skulle kunna vara indirekt diskriminering enligt McGlynn är att det är ett neutralt kriterium som framförallt påverkar kvinnor. Det är då lättare att förklara det som indirekt diskriminering.¹²¹ Hon kommer emellertid fram till att den bästa lösningen ändå är att beteckna det som direkt diskriminering.¹²² Anledningen till att domstolen kommer fram till att det är direkt diskriminering följer enligt Honeyball av ”but-for-testet”. Detta innebär att diskriminering på grund av kön inte hade skett om hon inte varit kvinna.¹²³ ”But-for-testet” innebär i praktiken att eftersom alla gravida är kvinnor kan graviditet kopplas till kön. Om Dekker inte hade varit kvinna hade hon inte kunnat vara gravid. En svagare koppling än 100 % medför att ”but-for-testen” resulterar i icke direkt diskriminering.¹²⁴

För att kunna diskrimineras krävs det att personerna har olika förhållande till en diskrimineringsgrund. Om två personer är av samma kön, ålder eller ursprung etc. och en gynnas och en missgynnas är utgångspunkten således inte diskriminering.¹²⁵ Ett mål från Arbetsdomstolen behandlade två kvinnor som sökt anställning som barnmorska. Arbetstagaren som inte erhöll arbetet var gravid men hade bättre meriter än kvinnan som erhöll arbetet.¹²⁶ Arbetsdomstolen gjorde sin bedömning utifrån EU-domstolens utgång i målet Dekker.¹²⁷ Arbetsdomstolen slog därför fast att diskrimineringslagen skyddar även diskriminering av gravida kvinnor och därför ansågs de vara i en jämförbar situation.¹²⁸ Den missgynnade gruppen är 100 % kvinnor. Gynnade gruppen är blandat kvinnor och män. ”But-for-testet” kräver alltså inte en jämförelseperson av andra könet.

¹¹⁹ C-177/88, Dekker, stycke 11.

¹²⁰ Wintemute (1998) sida 24.

¹²¹ McGlynn (2001) sida 206.

¹²² Numhauser-Henning (2001) sida 9f.

¹²³ Honeyball (2000) sida 45.

¹²⁴ Legal Information Institute: ”But-for test”, <https://www.law.cornell.edu/wex/but-for_test>, hämtad 2017-12-21.

¹²⁵ Fransson och Stüber (2015) sida 65.

¹²⁶ AD 2002 nr. 45.

¹²⁷ C-177/88, Dekker.

¹²⁸ AD 2002 nr. 45.

3.1.3 Diskrimineringslagen

Diskrimineringslagen innehåller sju diskrimineringsgrunder, som avgör vilka personer som omfattas av lagens skyddsbestämmelser. För att diskriminering ska föreligga fordras att missgynnandet sker med koppling till minst en av de lagstadgade diskrimineringsgrunderna.¹²⁹ De sju diskrimineringsgrunderna är kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning och ålder.¹³⁰ Denna lista är uttömmande och andra grunder kan således inte skyddas enligt diskrimineringslagen.¹³¹ En anledning till att lagstiftaren valt en stängd lista är att det för en arbetsgivare klart ska framgå vad som är olagligt. Det är principer som rättssäkerhet och förutsebarhet som får företräde. Att listan är stängd talar för att Sverige inte valt att gå längre än EU-rätten, vilket inte heller finns indikerat i förarbetena till lagen. Även den omständigheten att Sverige har ett bra skydd för arbetstagare enligt arbetsskyddslagar spelar in i bedömningen. En svensk domstol är således begränsad till de grunder som stadgas i diskrimineringslagen.¹³²

Att man i diskrimineringslagen valt dessa grupper grundar sig i att dessa har utsatt ställning i samhället.¹³³ Diskrimineringslagen kompletteras med skydd för diskriminering av deltidsarbetande, tidsbegränsat anställda och föräldralediga.¹³⁴

3.1.4 Europakonventionen

De diskrimineringsgrunder som uttryckligen stadgas i Europakonventionen är ”kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt”.¹³⁵ Att stadgandet avslutas med ”ställning i övrigt” innebär att även andra grunder kan skyddas enligt konventionen.¹³⁶ Listan i Europakonventionen ska ses som en öppen lista.¹³⁷ Även om det saknas uttryckligt stadgande om grunderna i Europakonventionen har Europadomstolen tolkat in funk-

¹²⁹ 1 kap. 1 § DiskL.

¹³⁰ 1 kap. 1 § DiskL.

¹³¹ SOU 2006:22, sida 223; Fransson och Stüber (2015) sida 52.

¹³² Prop. 2007/08:95, sida 110f; SOU 2006:22, sida 224.

¹³³ Prop. 2001/02:72, sida 49.

¹³⁴ Lag (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning; Föräldraledighetslag (1995:584).

¹³⁵ Artikel 14 Europakonventionen.

¹³⁶ Jyrwall (2015) sida 224.

¹³⁷ SOU 2006:22, sida 222.

tionsnedsättning och sexuell läggning som skyddsgrund under ”ställning i övrigt”.¹³⁸ Anledningen till att funktionsnedsättning kunde erhålla skydd utifrån Europakonventionen trots avsaknad av uttrycklig grund var för att domstolen ”also considers that there is a European and worldwide consensus on the need to protect people with disabilities from discriminatory treatment”.¹³⁹

Att Europadomstolen valt att lägga till sexuell läggning är inte samma självklarhet som att funktionsnedsättning skulle kunna läggas till. Fallet där sexuell läggning gavs skydd dömdes 2003 i Europadomstolen.¹⁴⁰ Vid denna tid fanns det många länder som ännu inte tillät samkönade äktenskap eller registrerade partnerskap. Det kan med säkerhet konstateras att i vart fall Estland, Cypern, Kroatien, Malta, Österrike, Ungern och Tjeckien 2003 saknade detta.¹⁴¹ Det finns flera länder som är medlemmar i Europarådet men inte i EU som är mer restriktiva mot annan sexuell läggning än de som är med i EU, och situationen i dessa länder var ännu mer restriktiv när fallet dömdes 2003 än vad den är idag.¹⁴² Detta innebär att Europadomstolen valt att föreskriva ett skydd trots att det tydligt fanns en avsaknad av konsensus mellan medlemsländerna.¹⁴³

Övervikt som grund har än så länge inte prövats av Europadomstolen.¹⁴⁴ Huruvida även utseende och fetma hade kunnat skyddas enligt ställning i övrigt återkommer jag till i min de lege lata analys.

¹³⁸ Glor mot Schweiz, no. 13444/04, ECHR 2009-1, punkt 80; L. And V. mot Österrike, no. 39392/98, ECHR 2003-1, punkt 36; FRA (2010) sida 101; Jyrwall (2015) sida 224.

¹³⁹ Glor mot Schweiz, no. 13444/04, ECHR 2009-1, punkt 53.

¹⁴⁰ L. And V. mot Österrike, no. 39392/98, ECHR 2003-1.

¹⁴¹ Än idag saknar dessa länder lagstadgad rätt till samkönade äktenskap, även om vissa i nuläget tillåter registrerade partnerskap, Europaportalen: ”Cypern tillåter registrerade partnerskap”, <<https://www.europaportalen.se/2015/11/cypern-tillater-registrerade-partnerskap>>, hämtad 2017-12-11.

¹⁴² Än idag finns det många länder medlemmar i Europarådet som inte skyddsregler beträffande sexuell läggning, här kan exempelvis nämnas Ryssland, Vitryssland, Ukraina, Turkiet, Moldavien, Armenien och Azerbajjan, ILGA Europe: ”Rainbow Europe 2017” <<https://www.ilga-europe.org/resources/rainbow-europe/rainbow-europe-2017>>, hämtad 2017-12-21.

¹⁴³ SVT nyheter: ”Tidslinje: Samkönade äktenskap är nu lagligt i 25 länder – Så här gick det till”, <<https://www.svt.se/nyheter/utrikes/tidslinje-samkonade-aktenskap-ar-nu-lagligt-i-23-lander-sa-har-gick-det-till>>, hämtad 2017-12-04.

¹⁴⁴ Jag sökte på ’hudoc’ på obesity samt obesity i kombination med article 14 och fick inga relevanta träffar, Hudoc, European Court of Human Rights, <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["obesity%20article%2014"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, hämtad 2017-12-10.

3.2 Definition av funktionsnedsättning

3.2.1 Funktionsnedsättning enligt internationell rätt

Funktionshinder finns inte definierat i arbetslivsdirektivet. EU-domstolen definierar funktionshinder i Navasfallet som ”en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador som hindrar den berörda personen att delta i arbetslivet”.¹⁴⁵ För att det ska vara ett funktionshinder ska det vara en nedsättning som påverkar personen under en lång tid.¹⁴⁶ Från tidpunkten då det är troligt att nedsättningen kommer vara långvarig kan personen falla under begreppet funktionshinder.¹⁴⁷

Sjukdom kan, men behöver inte, vara en funktionsnedsättning. EU-domstolen har emellertid uttalat att man valt att använda begreppet funktionsnedsättning för att dessa begrepp inte ska likställas.¹⁴⁸ Lider en person enbart av sjukdom omfattas personen inte av skyddsbestämmelserna, om sjukdomen inte är så pass långvarig att den kan vara att anse som en funktionsnedsättning.¹⁴⁹

FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning,¹⁵⁰ vilken även EU undertecknat,¹⁵¹ stadgar att:

”Denna konventions syfte är att främja, skydda och säkerställa det fulla och lika åtnjutandet av alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter för alla personer med funktionsnedsättning och att främja respekten för deras inneboende värde. Personer med funktionsnedsättning innefattar bl.a. personer med varaktiga fysiska, psykiska, intellektuella eller sensoriska funktionsnedsättningar, *vilka i samspel med olika hinder* [min kursivering] kan motverka deras fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra”.¹⁵²

Vidare stadgas att diskriminering på grund av funktionsnedsättning betyder:

”Varje åtskillnad, undantag eller inskränkning på grund av funktionsnedsättning som har till syfte eller verkan att inskränka eller omintetgöra erkännande, åtnjutande eller utövande på lika villkor som andra av alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter på det politiska, eko-

¹⁴⁵ C-13/05, Chacon Navas, stycke 43.

¹⁴⁶ C-13/05, Chacon Navas, stycke 45.

¹⁴⁷ C-13/05, Chacon Navas, stycke 45.

¹⁴⁸ C-13/05, Chacon Navas, stycke 44.

¹⁴⁹ C-13/05, Chacon Navas, stycke 52.

¹⁵⁰ FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.

¹⁵¹ European Commission, ”EU ratificerar FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning”, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-4_sv.htm>, hämtad 2017-10-29.

¹⁵² Artikel 1 FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.

nomiska, sociala, kulturella och civila området eller på andra områden. Det omfattar alla former av diskriminering, inklusive underlåtenhet att göra skälig anpassning”.¹⁵³

Den skillnad som föreligger mellan FN-konventionen och den EU- och svenskstadgade definitionen är att konventionen betonar sambandet med miljön på ett sätt som inte görs i Navasfallet eller diskrimineringslagen.

EU-domstolen har i Ring¹⁵⁴ utgått från den definition av funktionshinder som stadgas i FN-konventionen. Detta innebär att EU-domstolen förskjutit en del av prövningen från att endast omfatta personen till hur samspelet med hinder ser ut.¹⁵⁵ I Ring talade EU-domstolen om skador som ”vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare, och denna begränsning kommer att bestå under lång tid”.¹⁵⁶ Detta är helt i överensstämmelse med den definition som används i FN-konventionen och som i domen nämns inte mindre än sju gånger.¹⁵⁷

Domstolen gick i Kaltoftfallet in på bedömningen om fetma kunde falla under diskrimineringsgrunden funktionshinder. De anförde att ”begreppet funktionshinder ska förstås så, att det inte endast avser en omöjlighet att utöva yrkesverksamhet utan även svårigheter att utöva sådan verksamhet”.¹⁵⁸ Generaladvokaten anförde i sitt förslag till avgörande att funktionsnedsättningen inte behöver hindra arbetet för att falla under skyddsgrunden. Kaltoft hade fortsatt möjlighet att fortsätta sin verksamhet som dagbarnvårdare.¹⁵⁹ Orsaken till funktionshindret ska inte vara avgörande. Det spelar således ingen roll om personen själv bidragit till sitt funktionshinder.¹⁶⁰ Domstolen fastslog i Ring att det skulle strida mot direktivets syfte om direktivets tillämpning berodde på orsaken av funktionsnedsättningen och inte på begränsningen i sig.¹⁶¹

Fetman som sådan är inte ett funktionshinder, då den inte nödvändigtvis måste leda till någon begränsning i arbetslivet.¹⁶² För att fetma ska falla under begreppet funktionshinder ska ”det fall en arbetstagares fetma, under givna omständigheter, medför en begränsning till följd av

¹⁵³ Artikel 2 FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.

¹⁵⁴ C-335/11 och C-337/11, Ring (också känt som HK Danmark).

¹⁵⁵ C-335/11, Ring, stycke 37-39.

¹⁵⁶ C-335/11, Ring, stycke 47.

¹⁵⁷ C-335/11, Ring, stycke 3, 30, 31, 37, 39, 53 och 55.

¹⁵⁸ C-354/13, Kaltoft, stycke 54.

¹⁵⁹ C-354/13, Kaltoft, generaladvokatens förslag till avgörande, stycke 43.

¹⁶⁰ C-354/13, Kaltoft, stycke 55-56; Se även Butler (2014).

¹⁶¹ C-335/11, Ring, stycke 40.

¹⁶² C-354/13, Kaltoft, stycke 58.

bland annat fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare, och denna begränsning pågår under en lång tid”.¹⁶³ Detta är samma definition som används i Ring och som EU-domstolen utläser från FN-konventionen.¹⁶⁴ Det föreskrivs i Kaltoftfallet även att ”så vore fallet bland annat om arbetstagarens fetma motverkar hans eller hennes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare på grund av begränsad rörlighet eller på grund av ett sjukdomstillstånd som hindrar honom eller henne från att utföra sitt arbete eller som gör det svårt att utöva yrkesverksamhet”.¹⁶⁵ Huruvida Kaltoft uppfyller kraven för funktionshinder besvarar inte EU-domstolen, utan erinrar endast om att möjligheten finns och att det är upp till den nationella domstolen att göra bedömningen.¹⁶⁶

3.2.2 Funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen

Det begrepp som tidigare användes i Sverige för att beskriva personer som led av en funktionsnedsättning var funktionshindrad person. Begreppet ändrades 2015 till funktionsnedsatt.¹⁶⁷ Trots begreppsändringen ska inte skillnad ske i hur bedömningen av personen går till.¹⁶⁸

Regeringsformen saknar definition av funktionsnedsättning. När den svenska diskrimineringslagen infördes var lagstiftaren noga med att den skulle överensstämma med den definition som förelåg i Navasdomen.¹⁶⁹

I diskrimineringslagen beskrivs funktionsnedsättningar som ”varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller en sjukdom fanns vid födelsen, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå”.¹⁷⁰ Denna diskrimineringsgrund skiljer sig från de andra grunderna, förutom könsöverskridande identitet eller uttryck, på det sätt att alla inte faller under bestämmelsen. Det är inte alla som

¹⁶³ C-354/13, Kaltoft, stycke 59.

¹⁶⁴ C-335/11, Ring, stycke 37f.

¹⁶⁵ C-354/13, Kaltoft, stycke 59-60.

¹⁶⁶ C-354/13, Kaltoft, stycke 64.

¹⁶⁷ SFS 2014:958, sida 1.

¹⁶⁸ Prop. 2013/14:198, sida 50.

¹⁶⁹ Prop. 2007/08:95, sida 123; SOU 2006:22, sida 26.

¹⁷⁰ 1 kap. 5 § 4 p. DiskL.

har en funktionsnedsättning, men alla har ett kön, en ålder, ett etniskt ursprung eller sexuell läggning.¹⁷¹

I den svenska definitionen finns inget stadgande om att nedsättningen ska påverka arbetsförmågan. I Sverige är det en nedsättning och den ska vara varaktig.¹⁷² Arbetsdomstolen måste ändå bedöma om funktionsnedsättningen påverkar arbetsförmågan. Domstolen har att undersöka om arbetstagaren kan utföra de mest väsentliga arbetsuppgifterna. Påverkar funktionsnedsättningen inte arbetsförmågan innebär ett missgynnande att personen har diskriminerats. Försämrar funktionsnedsättningen arbetsförmågan saknas jämförbar situation och diskriminering är då uteslutet, om arbetsgivaren företagit de stöd- och anpassningsåtgärder som krävs.¹⁷³

Funktionsnedsättningen kan vara på grund av en skada, en sjukdom eller vara medfödd.¹⁷⁴ För att omfattas av grunden funktionsnedsättning krävs det inte någon diagnos, även diskriminering av en arbetstagare som arbetsgivaren förmodar vara funktionsnedsatt når upp till kraven.¹⁷⁵ Exempel från praxis på funktionsnedsättning är diabetes,¹⁷⁶ nack- och axelskada,¹⁷⁷ Multipel skleros (MS)¹⁷⁸ och allergi.¹⁷⁹

Ett annat rekvisit som ska vara uppfyllt är att funktionsnedsättningen ska vara varaktig. Det finns inte någon angiven tidsram för vad som är att anse som varaktigt. Vissa författare menar att 12 månader är en lagom tidsram för bedömningen.¹⁸⁰ En person kan vara funktionsnedsatt i mer än 12 månader men sedan upphöra att vara funktionsnedsatt, då försvinner även skyddet för personen.¹⁸¹

Arbetsdomstolen har i tidigare fall fastställt att ADHD och dyslexi är att anse som funktionsnedsättningar enligt diskrimineringslagen. Beträffande narkolepsi var det inte lika klart. I det

¹⁷¹ Fransson och Stüber (2015) sida 109.

¹⁷² 1 kap. 5 § 4 p. DiskL.

¹⁷³ Fransson och Stüber (2015) sida 112. Det kan även diskuteras om detta gör att den svenska definitionen inte helt överensstämmer med den internationella, Delaktighet Handlingskraft Rörelsefrihet: "FNs övervakningskommitté kritiserar Sverige" <<https://dhr.se/blog/fns-overvakningskommitte-kritiserar-sverige/>>. hämtad 2017-11-15; Även i Ds 2008:23, sida 118 diskuteras om det fanns mer att göra för att Sverige skulle uppfylla alla FN-konventionens krav; se nedan under 4.1.1.

¹⁷⁴ 1 kap. 5 § 4 p. DiskL.

¹⁷⁵ SOU 1997:176, sida 107.

¹⁷⁶ AD 2003 nr. 47.

¹⁷⁷ AD 2003 nr. 76.

¹⁷⁸ AD 2005 nr. 32.

¹⁷⁹ AD 2006 nr. 97.

¹⁸⁰ Fransson och Stüber (2015) sida 112.

¹⁸¹ Fransson och Stüber (2015) sida 112.

fallet fanns inte utredning som visade på hur narkolepsi påverkade arbetstagarens funktionsförmåga. Arbetsdomstolen fastställer i fallet att narkolepsi framstår som en sjukdom som omfattas av funktionsnedsättning, men går inte närmre in på frågan.¹⁸² Ett annat fall från Arbetsdomstolen behandlade en busschaufför som fick en stroke. Efter stroke hade han ökat behov av sömn samt problem med huvudvärk. Han fick medicin mot huvudvärken och hade efter det inte haft samma problem. Han hade emellertid vid hög arbetsbelastning fått huvudvärk igen. Parterna var i fallet överens om att detta skulle ses som en funktionsnedsättning.¹⁸³

3.2.3 Framtida funktionsnedsättning

Det kan vara att anse som diskriminering även om personens förmåga inte är nedsatt i ögonblicket när den diskriminerande handlingen företas. Kraven på samband mellan den felaktiga föreställningen om funktionsnedsättning och missgynnandet måste vara uppfyllt för att skyddsbestämmelserna ska gälla.¹⁸⁴

Ett exempel på fall där arbetsgivaren inte visste när funktionsnedsättning skulle uppstå är AD 2005 nr. 32. Mannen i fallet hade fått diagnosen MS. Diagnosen i sig innebar ingen nedsättning för arbetstagaren, men även begränsningar som kan uppkomma senare omfattas av begreppet funktionsnedsättning. En arbetsgivare får inte missgynna en arbetstagare för att denne till följd av sjukdom i framtiden sannolikt kommer att bli funktionsnedsatt.¹⁸⁵ Det framgår av lagens ordalydelse ”sjukdom fanns vid födelsen, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå”.¹⁸⁶

Bedömningen ska ske utifrån vad personen klarar vid provningstillfället och vid detta tillfälle var mannen helt frisk. Arbetsgivaren anförde att det var arbetsbristuppsägning och turordning som föranledde att just mannen med MS sades upp. Det ansågs vara diskriminerande uppsägning trots att lagregleringen tillåter att nyckelpersoner behålls oavsett deras kortare arbetstid. Arbetsgivaren skulle visa att de två personer som togs ut som nyckelpersoner skulle ha tagits ut även om mannen inte haft MS. Arbetsgivaren lyckades inte nå upp till sin bevisbörda och ålades att betala skadestånd.¹⁸⁷

¹⁸² AD 2015 nr. 57.

¹⁸³ AD 2013 nr. 78.

¹⁸⁴ Fransson och Stüber (2015) sida 113.

¹⁸⁵ AD 2005 nr. 32.

¹⁸⁶ I kap. 5 § 4 p. DiskL; SOU 1997:176, sida 107.

¹⁸⁷ AD 2005 nr. 32; Läs med om bevisbördan nedan under 3.7.2.

3.3 Direkt diskriminering

Enligt diskrimineringslagen innebär direkt diskriminering att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med någon av diskrimineringsgrunderna.¹⁸⁸

När det är fråga om direkt diskriminering finns det inget krav på uppsåt eller oaktsamhet.¹⁸⁹ För att någon ska anses ha blivit direkt diskriminerad finns tre rekvisit som ska vara uppfyllda.¹⁹⁰ Dessa rekvisit är att någon missgynnats, som är i en jämförbar situation och missgynnandet har samband med någon av diskrimineringsgrunderna.¹⁹¹

3.3.1 Rekvisitet någon

Första kriteriet för att direkt diskriminering ska föreligga är att någon har blivit missgynnad. Att det ska vara *någon* innebär att det endast är fysiska personer som är skyddade av bestämmelsen.¹⁹²

EU-domstolen har i praxis emellertid även ansett att direkt diskriminering förelagat trots avsaknad på fysisk person som missgynnats. Fallet behandlade ett belgiskt bolag vars direktör offentligt uttalade att de endast anställde personer med belgiskt ursprung. Nationella domstolen ansåg i fallet att det inte var någon som blivit missgynnad, då ingen med utländskt ursprung hade sökt tjänsten, och avslog talan.¹⁹³ EU-domstolen menade i fallet att avsaknaden av fysisk person som missgynnats inte gör att det inte är fråga om diskriminering.¹⁹⁴ EU-domstolen poängterade att ett syfte bakom direktiv 2000/43/EG om likabehandling oavsett etnisk tillhörighet är utvecklandet av social integration på arbetsmarknaden.¹⁹⁵ EU-domstolen ansåg att uttalandet kunde leda till att personer med utländskt ursprung underlät att söka tjänsten och det utgjorde därför direkt diskriminering.¹⁹⁶ Den svenska ordalydelsen, *någon*, är således inte helt i överensstämmelse med EU-domstolens praxis.

¹⁸⁸ 1 kap. 4 § DiskL.

¹⁸⁹ Fransson och Stüber (2015) sida 63.

¹⁹⁰ 1 kap. 4 § 1 p. DiskL.

¹⁹¹ 1 kap. 4 § 1 p. DiskL.

¹⁹² Prop. 2007/08:95, sida 90.

¹⁹³ C-54/07, Firma Feryn, stycke 15-17.

¹⁹⁴ C-54/07, Firma Feryn, stycke 25.

¹⁹⁵ C-54/07, Firma Feryn, stycke 23.

¹⁹⁶ C-54/07, Firma Feryn, stycke 25.

I fallet gick EU-domstolen utanför den ordalydelse som föreskrivs i arbetslivsdirektivet genom att ”någon behandlas” utsträcks till att även gälla för de fall då det inte finns någon som i ifrågavarande fall sökt anställningen. EU-domstolen använde sig här av den teleologiska tolkningen och tolkade om direktivet för att syftet bakom ska uppfyllas.¹⁹⁷ Svenska domstolar måste på samma sätt tolka rekvisitet någon utanför ordalydelsen.¹⁹⁸

3.3.2 Rekvisitet missgynnande

För att diskriminering ska föreligga fordras att någon som uppfyller en diskrimineringsgrund missgynnats. Exempel på personer som kan missgynnas är arbetstagare eller arbetssökande.¹⁹⁹ För att ett missgynnande ska ha skett måste skada eller negativ effekt uppstått för den enskilde.²⁰⁰ Underlåter någon att handla kan detta också leda till att direkt diskriminering föreligger, om underlåtenheten i sin tur leder till ett missgynnande.²⁰¹ Underlåtenhet innebär att en åtgärd inte vidtagits alls eller inte i tillräcklig mån har vidtagits för att en person ska försättas i jämförbar situation.²⁰²

3.3.3 Rekvisitet jämförbar situation

Det andra kriteriet som ska vara uppfyllt för att direkt diskriminering ska föreligga är att personen som anser sig ha blivit diskriminerad är i jämförbar situation. För att bedöma om missgynnande har skett bedömer man hur någon annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha blivit behandlad i en jämförbar situation.²⁰³ För att kunna jämföra förutsätts jämförelsepersonen ha annan etnisk bakgrund, annan ålder eller kön osv.²⁰⁴

Det ska, för att jämförelse ska kunna ske, vara personer som befinner sig i likartade situationer.²⁰⁵ Jämförelsen behöver inte ske mot en fysisk person, även jämförelse med en fiktiv person kan föranleda att direkt diskriminering anses föreligga.²⁰⁶ Jämförelsen kan också ske mot

¹⁹⁷ C-54/07, Firma Feryn, stycke 25; Se ovan under 2.1.2.

¹⁹⁸ Se mer om svensk rätts förhållande till EU-rätten ovan under 2.2.

¹⁹⁹ Fransson och Stüber (2015) sida 64.

²⁰⁰ Fransson och Stüber (2015) sida 64.

²⁰¹ Fransson och Stüber (2015) sida 64.

²⁰² Jyrwall (2015) sida 269.

²⁰³ 1 kap. 4 § 1 p. DiskL.

²⁰⁴ Fransson och Stüber (2015) sida 65.

²⁰⁵ Prop. 2007/08:95, sida 487.

²⁰⁶ AD 2002 nr 45; AD 2011 nr 2.

hur en person tidigare blivit behandlad i samma situation.²⁰⁷ Olika situationer föranleder olika krav på vad som anses som jämförbara situationer. Enligt förarbetena är det inte en jämförbar situation om två personer som söker ett arbete har helt olika meriter, varav endast den ena uppfyller kraven på kvalifikationerna som krävs för att erhålla arbetet. Skiljer kvalifikationerna mellan personerna kraftigt åt anses dessa inte vara i en jämförbar situation, och den person som inte erhåller arbetet kan inte anses ha diskriminerats.²⁰⁸

För att en funktionsnedsatt person ska anses vara i en jämförbar situation krävs det att personen kan utföra de väsentligaste arbetsuppgifterna.²⁰⁹ Påverkar funktionsnedsättningen inte personens arbetsförmåga och kompetensen i övrigt är likvärdig, då kan en likartad situation anses föreligga och diskriminering kan komma i fråga.²¹⁰ Ett exempel som tas upp i förarbetena är att en blind person inte är diskriminerad på grund av att personen inte får anställning som chaufför på grund av sin funktionsnedsättning. Det saknas sakliga förutsättningar för att kunna utföra arbetet och det är således inte diskriminering, då det brister i kriteriet *jämförbar situation*.²¹¹

En person som har en funktionsnedsättning kan anses vara i en jämförbar situation genom de anpassningsåtgärderna en arbetsgivare har att företa. Detta innebär en skillnad mot diskrimineringsgrunden etnicitet på det sätt att arbetsgivaren kan behöva ta på sig en kostnad för att den funktionsnedsatte ska kunna hamna i jämförbar situation med andra arbetstagare. Kan en funktionsnedsatt prestera på nästintill samma nivå som en fullt frisk person kan de ses som i jämförbar situation, vilket inte är fallet beträffande personer av annat etniskt ursprung.²¹²

3.3.4 Rekvisitet orsakssamband

3.3.4.1 Arbetsgivaren behöver känna till funktionsnedsättningen

Det sista kriteriet för att direkt diskriminering ska föreligga är att det finns ett orsakssamband mellan handlingen eller underlåtenheten och grunden för diskriminering. Den som anklagas för att ha diskriminerat någon kan således endast göra detta om personen kände till att motparten föll under diskrimineringsgrunden, exempelvis att den lider av en funktionsnedsätt-

²⁰⁷ Göta hovrätt mål nr T 3330-09.

²⁰⁸ Prop. 2007/08:95, sida 487.

²⁰⁹ AD 2006 nr. 97.

²¹⁰ AD 2006 nr. 97.

²¹¹ Prop. 1997/98:179, sida 41.

²¹² Se mer om bristande tillgänglighet under 3.5.

ning. Kände personen inte till detta saknas orsakssamband och diskriminering har inte förekommit på den grunden.²¹³

Tiden som förflutet från att kännedom om att diskrimineringsgrunden uppkommit till att missgynnandet sker kan få betydelse. En bedömning får göras från fall till fall. I AD 2005 nr. 32 var fyra månader inte för lång tid för att samband skulle föreligga mellan handlingen, att arbetstagaren berättade för arbetsgivaren att han led av MS, och konsekvensen uppsägning för att uppsägningen skulle antas ha samband med diskrimineringsgrunden och direkt diskriminering föreligga.²¹⁴ När det gäller en funktionsnedsättning som är synlig för arbetsgivaren hade det i Kaltoftfallet ingen betydelse att det dröjde flera år innan han sades upp.²¹⁵

3.3.4.2 Flera samverkande orsaker

Koppling mellan personen och funktionshindret behöver inte vara starkt för att diskriminering ska föreligga. Det räcker med att funktionsnedsättningen är en bidragande faktor så länge som den också är nödvändig för utgången.²¹⁶

När Kaltoft efter ett års tjänstledighet återgick till sitt arbete besökte chefen honom oväntat flera gånger för att höra hur viktnedgången fortgick.²¹⁷ Barnomsorgsansvariga inom kommunen fick uppmaning att minska antalet anställda med en person och valde då Kaltoft.²¹⁸ Det råder oenighet om det var fetman som var orsaken, men det är ostridigt att det diskuterades under uppsägningen.²¹⁹ Kaltoft menade att han sades upp på grund av sin fetma, kommunen menade istället att det var på grund av rådande arbetsbrist.²²⁰

Det kan vara riktigt att arbetsbrist förelåg, men om fetman är funktionsnedsättning och detta var grunden till att just Kaltoft var den arbetstagare som sades upp, är det tillräckligt för att det svaga orsakssambandet som fordras enligt EU-rätten ska vara uppfyllt.²²¹

²¹³ Svea hovrätt mål nr T 7752-08.

²¹⁴ AD 2005 nr. 32.

²¹⁵ C-354/13, Kaltoft, stycke 17 och 61-64.

²¹⁶ Prop. 2007/08:95, sida 489; Se även exempelvis AD 2005 nr. 32 och C-354/13, Kaltoft, stycke 62-63.

²¹⁷ C-354/13, Kaltoft, stycke 20.

²¹⁸ C-354/13, Kaltoft, stycke 22.

²¹⁹ C-354/13, Kaltoft, stycke 24.

²²⁰ C-354/13, Kaltoft, stycke 26-27.

²²¹ C-354/13, Kaltoft, stycke 26 och 64.

Detta framgår även av arbetsbristen som förelåg i fallet AD 2005 nr. 32 med arbetstagaren som hade MS. Arbetsgivaren hade undantagit två personer och den MS-sjuka blev då den med kortast arbetstid. Hade det inte varit arbetsbrist hade han inte blivit uppsagd. Samtidigt menade Arbetsdomstolen att om arbetstagaren inte haft MS skulle arbetsgivaren inte undantagit de två senare anställda och att uppsägningen därför hade samband med hans sjukdom. Att välja just personen med MS var diskriminerande.²²² I både Kaltoftfallet och AD 2005 nr. 32 var det en koppling till en diskrimineringsgrund och orsakssamband mellan grunden och att just de personerna sades upp som innebar att det inte föranledde någon skillnad om arbetsbrist verkligen förelåg.

3.3.4.3 Orsakssamband i flera steg

Att det föreligger en diskrimineringsgrund i botten är inte alltid direkt synligt. Ibland är det flera steg mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. Även orsakssamband som sker i flera steg är att anse som diskriminering. Ett tydligt exempel på detta är Dekkerfallet som blev direkt diskriminerad på grund av kön då hon inte fick anställning beroende på hennes graviditet. Anledningen var främst att arbetsgivaren inte skulle erhålla ersättning för den betalningsskyldighet som skulle uppstå på grund av hennes frånvaro. Den försäkring som återbetalade sjukskrivningskostnader undantog graviditet och föräldraledighet. Trots att det därför skulle kunna bli stora ekonomiska förluster för bolaget ansågs detta diskriminerande.²²³ Alla dessa steg ledde ändå till slut fram till att om hon inte varit kvinna hade hon inte varit gravid och då hade arbetsgivaren inte gjort någon förlust om hon anställdes. Alltså fanns ett direkt samband mellan att hon inte anställdes och hennes kön.²²⁴

3.3.4.4 Orsakssamband relaterar till grund, inte till person

För att skyddas enligt diskrimineringsbestämmelserna är det viktigt att arbetstagaren har en koppling till en diskrimineringsgrund. Ett fall som illustrerar att det är diskrimineringsgrunden som är det viktiga är Coleman. Arbetstagaren led inte av någon funktionsnedsättning, men hade en son som gjorde det.²²⁵ Coleman stämde sin arbetsgivare och förde talan om provocerad uppsägning. Hon menade att hon blev provocerad att säga upp sig på grund av sin funktionsnedsatta son. Arbetsgivaren menade att hon inte blev det. EU-domstolen fastslår

²²² AD 2005 nr. 32.

²²³ C-177/88, Dekker, stycke 12-14.

²²⁴ C-177/88, Dekker, stycke 12-14.

²²⁵ C-303/06, Coleman, stycke 20.

inledningsvis att det är upp till den nationella domstolen att avgöra om det är fråga om en provocerad uppsägning.²²⁶ Hon kan inte bli provocerad genom arbetsgivarens underlåtenhet att vidta skäligen anpassningsåtgärder, då detta endast gäller för personer som själv lider av funktionsnedsättning.²²⁷

EU-domstolen kom sedan fram till att skyddet enligt direktivet inte är begränsat endast till personer som har ett funktionshinder. Är ett missgynnande grundat i att arbetstagaren har en funktionsnedsättning som är det enligt EU-domstolen diskriminering.²²⁸ Syftet med direktivet är att alla former av diskriminering i arbetslivet som har sin grund i funktionshinder ska skyddas. Det är grunden som avgör, inte vilken personkategori personen tillhör.²²⁹

Det finns emellertid specialbestämmelser i direktivet som endast kan tillämpas mot den arbetstagare som själv lider av en funktionsnedsättning, till exempel bestämmelser om skäligen anpassningsåtgärder.²³⁰

3.3.4.5 Felaktigt antagande om funktionsnedsättningen

En annan situation blir det om en person felaktigt tror att någon uppfyller grunden för diskriminering och därför missgynnar personen, även om det visar sig felaktigt i efterhand.²³¹ Skulle en arbetsgivare felaktigt anta att någon lider av en funktionsnedsättning och missgynna personen på grund av detta kan således diskriminering föreligga, trots personens avsaknad av funktionsnedsättning.²³²

Ett svenskt exempel angående felaktigt antagande om funktionsnedsättning behandlar ett par vars barn omhändertogs på den grund att socialnämnden ansett att föräldrarnas funktionsnedsättningar påverkade dem i sådan grad att de inte kunde ta hand om sitt barn. Domstolen kom fram till att utredningen inte visade att det förelåg sådan risk. Hovrätten anförde att det är förutfattade meningar om funktionsnedsättningar som gjort att omhändertagandet företagits. Mammans funktionsnedsättning var mindre än socialtjänsten trodde och pappan led inte alls av funktionsnedsättning och båda kunde ta hand om barnet. Även pappan till barnet fick dis-

²²⁶ C-303/06, Coleman, stycke 51.

²²⁷ C-303/06, Coleman, stycke 43.

²²⁸ C-303/06, Coleman, stycke 56.

²²⁹ C-303/06, Coleman, stycke 38.

²³⁰ Se artikel 5 Arbetslivsdirektivet angående anpassningsåtgärder; C-303/06, Coleman, stycke 39.

²³¹ Prop. 2005/06:38, sida 143.

²³² Prop. 2007/08:95, sida 123.

krimineringsersättning trots att han var frisk. Det räcker således att någon felaktigt tror att en person lider av funktionsnedsättning och på den grunden fattar ett missgynnande beslut för att ersättning ska betalas ut. Såväl mamman, pappan som barnet erhöll lika hög ersättning i fallet.²³³

3.3.4.6 Statistisk diskriminering

Även om en arbetsgivare har rätt i att personer med övervikt har högre risk för att slita kroppen till gränsen för sjukskrivning, kan det vara diskriminerande att ta hänsyn till detta. Att statistisk diskriminering som huvudregel inte är tillåtet kan utläsas av fallet som behandlats ovan beträffande arbetstagaren som fick MS. Även om sjukdomen i det fallet inte hade gett symtom tog arbetsgivaren hänsyn till de symtom som ofta uppstår för personer med samma sjukdom. Det spelade inte någon roll hur stor sannolikhet som förelåg för att personen i framtiden skulle bli sjuk, missgynnande får inte förekomma. En arbetsgivare har istället att vänta på att funktionsnedsättningen brutit ut innan hänsyn till sjukdomen får tas. Att ta hänsyn till omständigheter som talar för att det i framtiden kan uppstå funktionsnedsättning innebär diskriminering. Även om det är sant får man inte särbehandla förrän problem väl uppstått.²³⁴ I Sverige framgår det av lagens ordalydelse ”kan förväntas uppstå”.²³⁵

Ett tydligt fall av statistisk diskriminering har behandlats i EU-domstolen. Fallet gällde försäkringspremier som var olika höga beroende på om det var män eller kvinnor som köpte försäkring. Försäkringsbolagen hade i direktiv 2004/113/EG artikel 5.2 fått tillåtelse att ”trots vad som anges i punkt 1, får medlemsstaterna besluta att före den 21 december 2007 tillåta proportionerliga skillnader i enskilda personers premier och ersättningar om användningen av kön är en avgörande faktor vid en riskbedömning som grundas på relevanta och korrekta försäkringstekniska och statistiska uppgifter”.²³⁶ Artikel 5.1 i direktivet stadgade vidare att ”dessa medlemsstater skall se över sitt beslut fem år efter den 21 december 2007 med beaktande av den rapport från kommissionen som nämns i artikel 16, och skall översända resultaten av denna översyn till kommissionen”.²³⁷

²³³ RH 2014:20.

²³⁴ AD 2005 nr. 32.

²³⁵ 1 kap 5 § 4 p. DiskL.

²³⁶ C-236/09, Test-Achats, stycke 25.

²³⁷ C-236/09, Test-Achats, stycke 32-34.

Prövningen inför EU-domstolen gällde huruvida detta undantag från likabehandling av kvinnor och män var tillåtet enligt unionsrätten.²³⁸ Huvudregeln föreskriver att all diskriminering på grund av kön är förbjuden inom unionen.²³⁹ Det undantag som fick göras skulle bygga på statistiska uppgifter.²⁴⁰ EU-domstolen kom emellertid fram till att den likabehandling av kvinnor och män som ska föreligga i samhället kan gå förlorad om premierna fastställs beroende på kön. EU-domstolen ogiltigförklarade bestämmelsen i direktivet och följaktligen är det diskriminerande att tillämpa en fastställelse av premie endast på statistiska uppgifter utifrån kön.²⁴¹ För att premien ska få sättas högre för mannen måste försäkringsbolaget kunna visa på att just den individuella mannen i fråga kör sämre bil.²⁴² Förbudet mot att använda vetenskaplig korrekt statistik är således diskriminering och så pass starkt att inte ens för de fall det föreligger ett stöd i EU-rättslig sekundärrätt är tillåtet annat än under en kort övergångstid.

3.4 Indirekt diskriminering

Bestämmelserna med indirekt diskriminerande effekt tillämpas, liksom vid direkt diskriminering, oavsett om det är en ensidigt bestämd regel, eller om regeln stadgas i ett kollektivavtal eller en lag.²⁴³

Enligt diskrimineringslagen innebär indirekt diskriminering ”att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer”²⁴⁴ som uppfyller någon av diskrimineringsgrunderna, ”såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet”.²⁴⁵

Även beträffande indirekt diskriminering är det tre rekvisit som ska vara uppfyllda, särskilt missgynnande, jämförelse och intresseavvägning. För missgynnandet och jämförelsen måste det finnas ett orsakssamband med någon av diskrimineringsgrunderna.²⁴⁶ Till skillnad från direkt diskriminering saknas emellertid det orsakssamband mellan diskrimineringsgrunden

²³⁸ C-236/09, Test-Achats, stycke 13.

²³⁹ Artikel 21 och 23 i EU-stadgan; C-236/09, Test-Achats, stycke 17.

²⁴⁰ C-236/09, Test-Achats, stycke 25.

²⁴¹ C-236/09, Test-Achats, stycke 32-34.

²⁴² C-236/09, Test-Achats, stycke 32.

²⁴³ Fransson och Stüber (2015) sida 75.

²⁴⁴ 1 kap. 4 § 2 p. DiskL.

²⁴⁵ 1 kap. 4 § 2 p. DiskL.

²⁴⁶ Fransson och Stüber (2015) sida 73.

och missgynnandet. Handlingarna i indirekt diskriminering framstår som neutrala, men har diskriminerande effekt. Ett exempel är att ha längdkrav som kriterie för att erhålla ett visst arbete. Detta framstår inte som diskriminering, men indirekt blir effekten att kvinnor inte i lika stor omfattning har möjlighet att erhålla anställningen.²⁴⁷

Vid indirekt diskriminering måste en faktisk jämförelsegrupp av personer finnas. Det finns inte möjlighet, som vid direkt diskriminering, att jämföra med en fiktiv person.²⁴⁸ EU-domstolen har fastställt att det är upp till nationella domstolar att bedöma om det är en jämförbar situation.²⁴⁹

Indirekt diskriminering innefattar en intresseavvägning.²⁵⁰ Enligt proportionalitetsprincipen görs en bedömning av om det finns ett berättigat syfte med handlingen och om det är en nödvändig och lämplig handling.²⁵¹ Ett berättigat syfte är ett syfte som är godtagbart rent objektivt och tillräckligt viktigt för att missgynnandet ska få ske.²⁵² Att handlingen ska vara nödvändig och lämplig innebär i sin tur att det inte finns mindre missgynnande handlingar eller kriterier som kan användas för att nå syftet. Slutligen måste nyttan av handlingen väga tyngre än den diskriminerande effekten.²⁵³

I uttalanden kring jämställdhetslagens instiftande anfördes att en korrekt tillämpning av lagen om anställningsskydd beträffande exempelvis turordningsregler vid uppsägning inte innebär diskriminering när hänsyn tas till hur lång anställningstid personen har, oavsett kön eller ålder. Nyttan av de bestämmelserna väger tyngre än den indirekt missgynnande effekt de kan få för vissa grupper.²⁵⁴

3.5 Bristande tillgänglighet

År 2015 infördes bristande tillgänglighet som en självständig diskrimineringsgrund med syfte att uppnå mer delaktighet och jämlikhet för funktionsnedsatta i samhället.²⁵⁵ Bristande tillgänglighet innebär ”att en person med en funktionsnedsättning missgynnas genom att sådana

²⁴⁷ AD 2005 nr 87.

²⁴⁸ Fransson och Stüber (2015) sida 75f.

²⁴⁹ C-147/08, Jürgen Römer, stycke 42.

²⁵⁰ Fransson och Stüber (2015) sida 76f.

²⁵¹ Se recastdirektivet (2006/54/EG).

²⁵² Prop. 2007/08:95, sida 491.

²⁵³ Fransson och Stüber (2015) sida 77.

²⁵⁴ Lunning och Toijer (2010) sida 93.

²⁵⁵ Prop. 2013/14:198, sida 51.

åtgärder för tillgänglighet inte har vidtagits för att den personen ska komma i en jämförbar situation med personer utan denna funktionsnedsättning som är skäligen utifrån krav på tillgänglighet i lag och annan författning”.²⁵⁶ Undantaget arbetsökande gäller bestämmelsen för hela arbetslivet.²⁵⁷

Begreppet bristande tillgänglighet innebär att arbetsgivare och andra ansvariga personer ska vidta rimliga åtgärder för att anpassa arbets- eller utbildningsplatsen till personer som har funktionsnedsättning.²⁵⁸ Arbetsgivare och ansvariga för utbildning har även tidigare haft skyldigheter att anpassa platsen, dessa skyldigheter finns kvar men faller nu under denna nya bestämmelse.²⁵⁹ Rekvisiten som ska vara uppfyllda enligt bestämmelsen är att någon missgynnats²⁶⁰ och att ansvarig person ska ha underlåtit att anpassa tillgängligheten i rimlig utsträckning så att personen med funktionsnedsättning försätts i en jämförbar situation. Förutsättningarna för att bristande tillgänglighet ska uppnås är att övriga krav för viss verksamhet uppnås av den funktionsnedsatta.²⁶¹

De som skyddas genom bestämmelsen bristande tillgänglighet är personer med funktionsnedsättning. Vid direkt diskriminering kan även föräldrar till barn med funktionsnedsättning omfattas,²⁶² så är inte fallet vid bristande tillgänglighet.²⁶³

Även här gäller att en fiktiv jämförelseperson får användas vid avsaknad av faktisk jämförelseperson. Jämförelsen blir då med hur en person som inte har funktionsnedsättningen hade behandlats i liknande situation.²⁶⁴ Den ansvariga för verksamheten där bristande tillgängligheten finns kan dömas för diskriminering.²⁶⁵ En avvägning med skäligheten får göras i varje enskilt fall för att se om ansvarig gjort vad som är skäligt. Krav som ställs är sådana som finns i annan lagstiftning.²⁶⁶ Uppfylls dessa krav bör ansvarig inte dömas för diskriminering.²⁶⁷ Vad som vidare är skäligt att kräva beror på vilka ekonomiska förutsättningar som föreligger.

²⁵⁶ 1 kap. 4 § 3 p. DiskL.

²⁵⁷ 2 kap 1 § 2 st. DiskL.

²⁵⁸ Prop. 2013/14:198, sida 59.

²⁵⁹ Jyrwall (2015) sida 267.

²⁶⁰ Se ovan under 3.3.2.

²⁶¹ Prop. 2013/14:198, sida 64.

²⁶² C-303/06, Coleman, stycke 50.

²⁶³ Prop. 2013/14:198, sida 62.

²⁶⁴ Jmf. AD 2006 nr. 97.

²⁶⁵ Prop. 2013/14:198, sida 62.

²⁶⁶ Se exempelvis arbetsmiljölagen (1977:1160).

²⁶⁷ Prop. 2013/14:198, sida 65.

Längden av relationen mellan exempelvis en arbetsgivare och arbetstagare kan spela in i bedömningen.²⁶⁸ Enligt lagtexten ska rimlighetsbedömningen göras utifrån ”de ekonomiska och praktiska förutsättningarna, varaktigheten och omfattningen av förhållandet eller kontakten mellan verksamhetsutövaren och den enskilde, samt andra omständigheter av betydelse”.²⁶⁹

3.6 Trakasserier

Trakasserier enligt diskrimineringslagen föreligger i två former, trakasserier och sexuella trakasserier.²⁷⁰ Trakasserier innebär att personens värdighet i någon form kränks. Vad som krävs för att det ska vara trakasserier framgår inte av lagtexten. Av förarbetet kan man utläsa att trakasserier ”anses vara diskriminering när ett oönskat beteende som har samband med någon av de grunder som anges i direktiven syftar till eller leder till att en persons värdighet kränks och att en hotfull, fientlig, förnedrande, förödmjukande eller kränkande stämning skapas”.²⁷¹

För trakasserier krävs det inte en jämförelseperson.²⁷² Trakasserier kan ske mot alla personer som uppfyller någon av diskrimineringsgrunderna.²⁷³ Föreligger trakasserier finns det även för bland annat arbetsgivare en skyldighet att utreda och åtgärda händelserna.²⁷⁴

För att trakasserier ska föreligga fordras att någon fysiskt, verbalt eller på annat sätt kränker en annan persons värdighet. Trakasserier kan ske mot enskilda personer eller mot hela grupper. För att vara trakasserier måste någon i gruppen tydligt visa att det är kränkande.²⁷⁵ Det får inte vara för bagatellartat, det måste således vara en kränkning av viss dignitet.²⁷⁶ Avsikten behöver inte vara att kränka någon för att trakasserier ska komma i fråga, det är effekten av ett oönskat handlande som avgör om det anses vara trakasserier.²⁷⁷ Den som anser sig blivit trakasserad har bäst möjlighet att bestämma om handlingen varit kränkande och oönskad. För att fastställa om någon känner sig trakasserad görs därför en subjektiv bedömning.²⁷⁸

²⁶⁸ Prop. 2013/14:198, sida 61.

²⁶⁹ 1 kap. 4 § 3 p. DiskL.

²⁷⁰ 1 kap. 4 § 1 st. 3-4 p. DiskL.

²⁷¹ Prop. 2007/08:95, sida 105.

²⁷² Prop. 2007/08:95, sida 491.

²⁷³ Prop. 2007/08:95, sida 105.

²⁷⁴ 2 kap. 3, 7 och 16 §§ DiskL.

²⁷⁵ AD 2011 nr. 13, där ”öststadsflickor” ansågs trakasserande enligt grunden etnisk tillhörighet.

²⁷⁶ RH 2008:62.

²⁷⁷ Prop. 2007/08:95, sida 492f.

²⁷⁸ AD 2013 nr. 29.

En person kan inte dömas för trakasserier om personen saknat insikt om att handlandet innebär en kränkning för någon annan. Anser en person att denne blir trakasserad finns således ett ansvar om att informera om detta,²⁷⁹ om inte omständigheterna är sådana att det står helt klart.²⁸⁰

Slutligen måste det finnas ett samband med någon av diskrimineringsgrunderna och handlingen från den ansvariga. Saknas detta samband, att personen som trakasserade inte visste om diskrimineringsgrunden, är inte orsakssambandet uppfyllt och personen kan inte anklagas för trakasserier. Även missuppfattning av någons förhållande till en diskrimineringsgrund kan föranleda trakasserier. Tror någon felaktigt att en person har en funktionsnedsättning eller är av en viss etnisk tillhörighet och kränker denne av det skälet så är det trakasserier.²⁸¹

3.7 Övriga bestämmelser i diskrimineringslagen

3.7.1 Instruktion att diskriminera

Bestämmelsen om instruktion att diskriminera hänger ihop med de ovan anförda bestämmelserna om direkt diskriminering, indirekt diskriminering, bristande tillgänglighet och trakasserier.²⁸² Vad som ovan anförts angående de andra punkterna gäller således även i denna form.²⁸³

Anvisningen att diskriminera innebär en ”order eller instruktion att diskriminera någon [...] och lämnas åt någon som står i lydnds- eller beroendeförhållande till den som lämnar ordern eller instruktionen eller som gentemot denna åtagit sig att fullgöra ett uppdrag”.²⁸⁴ Ett typexempel är en arbetsgivare som instruerar en arbetstagare att diskriminera en annan arbetstagare. Ett annat exempel är att Arbetsförmedlingen får i uppdrag att endast hänvisa arbetstagare med viss hudfärg till arbetsgivaren.²⁸⁵ Som huvudregel krävs även att den diskriminerade personen eller gruppen blir missgynnad.²⁸⁶ Skulle den anvisade personen inte fullfölja instruktionen kan diskrimineringen emellertid likväl anses föreligga, gruppen eller personen kan

²⁷⁹ AD 2009 nr. 87.

²⁸⁰ Prop. 2007/08:95, sida 493.

²⁸¹ Fransson och Stüber (2015) sida 86.

²⁸² 1 kap. 4 § 6 p. DiskL.

²⁸³ Fransson och Stüber (2015) sida 88.

²⁸⁴ 1 kap. 4 § 6 p. DiskL.

²⁸⁵ Prop. 2007/08:95, sida 494f.

²⁸⁶ Prop. 2007/08:95, sida 494f.

anses kränkt om den fått kännedom om instruktionen.²⁸⁷ Bestämmelsen finns till för att skydda personen som i slutändan kan komma att diskrimineras, inte personen som får instruktionen.²⁸⁸

3.7.2 Bevisbörda

Huvudregeln beträffande bevisning är att den som påstår något har att bevisa detta. I bedömningen av bevisbördan kan även spela in vilken av parterna som har lättast att säkra bevisning angående det omtvistade momentet. Bevisbördan framgår oftast inte av lagtexten om det inte finns anledning att undantag stadgas.²⁸⁹ Även stadgande om hur högt beviskraven ställs brukar saknas i lagtext. Huvudregeln är här att det ska vara styrkt. Det kan i vissa bestämmelser stadgas exempelvis att göra sannolikt eller antagligt.²⁹⁰ För att underlätta att målen med diskrimineringsförbuden uppfylls har undantag från huvudregeln gjorts beträffande diskrimineringsmål.²⁹¹

Om en person som anser sig vara diskriminerad ”visar omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon blivit diskriminerad [...], är det svaranden som ska visa att diskriminering [...] inte har förekommit”.²⁹² Bevisbördan har samma placering inom den svenska rätten som inom EU-rätten.²⁹³ Huvudregel för tvistemål är att den som begär skadestånd grundat på motpartens handling ska styrka att denna rätt föreligger. Den stadgade bevisbörderegeln i diskrimineringslagen är således en undantagsbestämmelse. Den som anser sig ha blivit diskriminerad har bevislätnader enligt lagen.²⁹⁴ Kan käranden visa på att missgynnande skett samt att arbetstagaren är i jämförbar situation, ska det presumeras föreligga orsakssamband till grunden.²⁹⁵ Svaranden får i sin tur bryta presumptionen för att inte anses ha diskriminerat käranden.²⁹⁶ Svaranden kan bryta denna presumtion genom att exempelvis visa på en tillämplig undantagsregel i diskrimineringslagen eller visa på andra omständigheter som föranlett miss-

²⁸⁷ Prop. 2007/08:95, sida 495.

²⁸⁸ Fransson och Stüber (2015) sida 89.

²⁸⁹ Samuelsson och Melander (2003) sida 107.

²⁹⁰ Samuelsson och Melander (2003) sida 108.

²⁹¹ 6 kap. 3 § DiskL.

²⁹² 6 kap. 3 § DiskL.

²⁹³ Artikel 10.1 Arbetslivsdirektivet.

²⁹⁴ Fransson och Stüber (2015) sida 533.

²⁹⁵ Fransson och Stüber (2015) sida 533.

²⁹⁶ 6 kap. 3 § DiskL.

gynnandet.²⁹⁷ Skulle svaranden i ett sådant fall kunna visa på att insikt om diskrimineringsgrunden saknas, kan även detta föranleda att presumptionen för diskrimineringen bryts.²⁹⁸

När det gäller indirekt diskriminering har tidigare anförts att det är en proportionalitetsbedömning som ska ske.²⁹⁹ Käranden ska i ett fall av indirekt diskriminering bevisa missgynnandet som skett genom faktiska jämförelsen. Svaranden ska sedan invända med vad den haft för skäl för sina handlingar. Svaranden måste visa att det inte finns mindre ingripande åtgärder, samt att det är objektivt motiverat.³⁰⁰ Det är därefter upp till domstolen att göra en proportionalitetsbedömning för att se om svaranden gått utöver vad som är tillåtet.³⁰¹

Arbetslivsdirektivets bevisbörderegler stadgar att ”när personer som anser sig kränkta [...] lägger fram fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering, skall åligga svaranden att bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling”.³⁰² Efterföljande bestämmelse stadgar att medlemsstaterna inte är förhindrade att stadga mer för käranden fördelaktiga bestämmelser.³⁰³

Ordalydelsen i den svenska bestämmelsen skiljer sig från den ordalydelse som stadgas i arbetslivsdirektivet, ”lägger fram fakta”³⁰⁴ i direktivet har ändrats till ”visar på omständigheter”.³⁰⁵ Den svenska lagtextens utformning har valts för att utgöra en enhetlig bevisbörderegler för diskrimineringen. Det är därmed inte avsett att det ska föreligga någon skillnad mellan direktivens och den svenska lagens bevisbörderegler.³⁰⁶

I svensk praxis har käranden kunnat visa ett samband mellan missgynnande och arbetsgivarens insikt om grunden för diskriminering, som inte är alltför långt ifrån varandra i tid. Detta nära tidssamband har uppfyllt kravet på ”ge anledning att anta” att det finns ett samband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. Bevisbördan läggs då över på arbetsgivaren som har att visa att diskriminering inte skett.³⁰⁷ Att käranden kan visa på ett nära tidssamband mellan en insikt om diskrimineringsgrund och ett missgynnande är emellertid inte alltid till-

²⁹⁷ Fransson och Stüber (2015) sida 535.

²⁹⁸ Svea hovrätt mål nr T 7752-08.

²⁹⁹ Se ovan under 3.4.

³⁰⁰ Fransson och Stüber (2015) sida 535.

³⁰¹ Fransson och Stüber (2015) sida 535.

³⁰² Artikel 10.1 Arbetslivsdirektivet.

³⁰³ Artikel 10.2 Arbetslivsdirektivet.

³⁰⁴ Artikel 10.1 Arbetslivsdirektivet.

³⁰⁵ 6 kap. 3 § DiskL.

³⁰⁶ Fransson och Stüber (2015) sida 546f.

³⁰⁷ AD 2005 nr. 32.

räckligt för att presumtion för diskriminering ska föreligga. Käranden kan behöva lägga fram fler omständigheter för att bevisbördan ska vara uppfylld.³⁰⁸

I AD 2003 nr. 47 ansågs det diskriminerande då funktionsnedsättningen förelåg vid tidpunkten då arbetstagaren sökte tjänsten som han inte erhöll. Fallet behandlade en man som ansågs lämplig till en tjänst, men som inte erhöll denna efter en hälsoundersökning där hans diabetes diskuterades. Företaget ansåg att det innebar hälsorisker för arbetstagare med diabetes att arbeta tider som var förlagda under nattetid, någon Arbetsdomstolen inte instämde med. Arbetsgivaren misslyckades, sedan bevisbördan gått över på denne, med att visa att just denne persons diabetes innebar någon särskild hälsorisk.³⁰⁹

I AD 2005 nr. 32 kunde inte bolaget styrka att missgynnandet helt saknade samband med funktionsnedsättningen hos arbetstagaren som sades upp på grund av arbetsbrist. Arbetstagaren sades upp inom fyra månader efter att arbetsgivaren fått kännedom om sjukdomen. Arbetsgivaren var tvungen att bevisa att de två arbetstagarna som undantogs skulle ha blivit undantagna även om arbetstagaren som sades upp inte haft MS. Arbetsgivaren klarade inte sin bevisbörda och diskriminering ansågs föreligga.³¹⁰

Huvudregeln beträffande bevisbördan är således att någon ska visa på omständigheter om missgynnande samt att de var i jämförbar situation.³¹¹ Det finns emellertid ett undantag i EU-domstolens praxis som framgår i fallet Enderby.³¹² Där uttalar EU-domstolen att normala beviskravet kan behöva sänkas, och bevisbördan flyttas, även om arbetstagare inte nått upp till normala beviskravet i diskrimineringsmål. Detta om det ”är nödvändigt för att inte frånta arbetstagaren som är utsatt för en tydlig diskriminering varje effektivt medel för att upprätthålla respekten för likalönsprincipen”.³¹³

Att sänka beviskravet på detta sätt har aldrig skett i Sverige.³¹⁴ Malmberg menar att oviljan i den svenska domstolen att tillämpa denna undantagsregel innebär att svensk rätt kan anses strida mot unionsrätten. Malmberg anser att den svenska bevisbörderegeln kan komma att

³⁰⁸ AD 2010 nr. 14.

³⁰⁹ AD 2003 nr. 47.

³¹⁰ AD 2005 nr. 32.

³¹¹ C-381/99, Brunnhofer, stycke 60; C-127/92, Enderby, stycke 13.

³¹² C-127/92, Enderby, stycke 14.

³¹³ C-127/92, Enderby, stycke 14.

³¹⁴ Malmberg, JT 2001/02, sida 812f.

strida mot de krav direktiven om diskriminering föreskriver för medlemsländerna. Han menar att bevispresumtionen som föreskrivs i den svenska lagen gäller beträffande orsakssambandet, men inte för de andra rekvisiten i bestämmelsen. Däremot framhäver han att hans åsikt inte är att svenska lagen inte är förenlig med unionsrätten då ingressen till bevisbördedirektivet föreskriver att det är nationella institutioners uppgift att bedöma bevisningen. Det krav som ställs utifrån unionsrätten är att bevislättnader ska föreskrivas i de fall det kan riskera att äventyra effekten av diskrimineringsbestämmelsen om inte lättnaden erhöles för den utsatta.³¹⁵

Arbetsgivaren har två möjligheter att bryta presumtionen. Ett sätt är att visa att klaganden inte befinner sig i en jämförbar situation eller att särbehandlingen inte beror på den diskrimineringsgrund kändan anför. Kan presumtionen inte brytas genom detta, får arbetsgivaren försöka bevisa att det är en objektivt motiverad särbehandling som är proportionerlig i förhållande till syftet.³¹⁶

³¹⁵ Malmberg, JT 2001/02, sida 812f.

³¹⁶ FRA, 2010, sida 128.

4. Analys

4.1 De lege lata

4.1.1 Möjlighet att skydda personer med övervikt genom att lägga till ny grund

Enligt den i uppsatsens inledande kapitel redovisade undersökningen hade 90 % av arbetsgivarna medvetna eller omedvetna negativa attityder mot överviktiga. I 58 % av fallen angav arbetsgivarna att de hellre anställde normalviktiga än överviktiga, men endast 25 % av arbetsgivarna trodde att överviktiga presterade sämre än normalviktiga. En stor andel av arbetsgivarna valde således bort överviktiga på andra grunder än inställningen om hur de presterar.³¹⁷

4.1.1.1. EU-rätten

Den teleologiska tolkning som EU-domstolen använder sig av i sina avgöranden innebär att den ser till målen med de tillämpliga bestämmelserna.³¹⁸ Den är inte lika kopplad till ordalydelsen av lagtexten och kan därför komma till slutsatsen att syftet bakom en bestämmelse skulle kunna vara att även diskriminering av överviktiga ska skyddas. I Firma Ferynfallet var det en tolkning av begreppet *någon* som gjordes.³¹⁹ Huruvida EU-domstolen skulle använda samma tolkningsmetod beträffande ny diskrimineringsgrund har besvarats genom praxis. Arbetslivsdirektivet innehåller fem diskrimineringsgrunder. Att lägga till en ny diskrimineringsgrund är inte något EU-domstolen gjort i tidigare praxis och att övervikt skulle bli en egen diskrimineringsgrund genom en teleologisk tolkning är föga troligt.

I Navasdomen, vilken dömdes 2006, fastslog EU-domstolen att det inte var möjligt att lägga till sjukdom som diskrimineringsgrund.³²⁰ Den öppna lista som framgår av EU-stadgan förelåg när Navasdomen dömdes men den hade inte blivit rättsligt bindande.³²¹

Den möjlighet som finns att anse övervikt som diskrimineringsgrund är utifrån den öppna listan i EU-stadgan. Artikel 21 innehåller en uppräkningslista av diskrimineringsgrunder, som inleds med *bland annat*, vilket talar för att det inte är en uttömmande lista. Det skulle därför kunna

³¹⁷ IFAU, 2007:19, sida 14.

³¹⁸ Hettne och Eriksson (2011) sida 158; Se även ovan under 2.1.2.

³¹⁹ Se ovan under 3.3.1.

³²⁰ C-13/05, Chacon Navas, stycke 52.

³²¹ Artikel 21 EU-stadgan.

innefatta även övervikt. Det finns emellertid en kompetensinskränkning i EU:s rätt att lägga sig i diskrimineringsituationer.³²² EU-domstolen kan inte genom EU-stadgan utvidga tillämpningsområdet för unionsrätten och det är idag de fem grunderna i arbetslivsdirektivet, ras- och etnicitetsdirektivet samt kön i recastdirektivet som omfattas.³²³

EU-domstolen erkänner i princip möjligheten att införa grunder med stöd av allmänna rättsprinciper. I Mangoldfallet var omständigheterna sådana att det fanns direktiv med skydd för ålder men tiden för implementering hade inte gått ut.³²⁴ Det fanns således ett skydd i sekundärrätten för diskrimineringsgrunden, något som saknas i ett fall som Kaltoft.³²⁵ Det var denna omständighet som gjorde att EU-domstolen i Mangoldfallet kunde anse att skydda ålder vara en allmän princip inom EU-rätten och därför tillämpa stadgan för att upprätthålla detta skydd.³²⁶ Detta gör att man i ett fall såsom Kaltoft, där det saknas skydd i sekundärrätt, inte kan utsträcka skyddet till andra grunder, såsom övervikt.³²⁷

Under fransk lag är missgynnande på grund av utseende diskriminering.³²⁸ Det räcker emellertid inte för att generaladvokaten i Kaltoftfallet skulle se det som en allmän princip inom unionsstaterna.³²⁹ EU-domstolen nämner emellertid inte huruvida medlemsstaternas lagstiftning föreskriver skydd för utseende utan konstaterar endast att det saknas direktiv och annan unionsrättslig reglering som har skydd för utseende. Skulle grunden utseende skyddas enligt annan unionsbestämmelse skulle det kunna vara möjligt att stadga ett skydd för detta, men idag saknas en sådan möjlighet.³³⁰ EU-domstolen verkar alltså ha tagit en något mer restriktiv ståndpunkt till möjligheten att härleda en allmän rättsprincip enbart ut nationell rätt, jämfört med generaladvokatens yttrande.

³²² Artikel 6.1 EUF.

³²³ Artikel 51.2. EU-stadgan.

³²⁴ C-144/04, Mangold, stycke 67ff.

³²⁵ C-354/13, Kaltoft, stycke 33, 35 och 36.

³²⁶ Detta stadgar domstolen i flera avgörande, se bland annat C-354/13, Kaltoft, stycke 33ff, C-13/05, Chacon Navas, stycke 44, C 144/04, Mangold, stycke 67ff.

³²⁷ Damamme menar att utsträckning kan ske när det gäller EU:s skyldighet mot sina egna anställda, men inte medlemsstatens skyldighet att skydda sina medborgare mot diskriminering, Damamme (2015) sida 157.

³²⁸ Artikel L 1132-1 i code du travail; Damamme (2015) sida 157.

³²⁹ C-354/13, Kaltoft, generaladvokatens förslag till avgörande, stycke 26. Generaladvokaten anför att om det skulle ses som en allmän konstitutionell princip som är gemensamma inom medlemsländerna eller Europakonventionen skulle det kunna föranleda att det faller inom unionens tillämpningsområde.

³³⁰ C-354/13, Kaltoft, stycke 33-38.

Dekker anställdes inte för att arbetsgivaren inte kunde få kompensation för den ersättning som han skulle bli skyldig att betala henne till följd av hennes graviditet.³³¹ EU-domstolen ansåg att det var direkt diskriminering av kvinnor eftersom kvinnor är de enda som kan bli gravida.³³² Om någon missgynnas på grund av graviditet är det således direkt diskriminering av kön enligt EU-domstolen.³³³

Diskussioner kring Dekkerdomen har förts i två riktningarna i litteraturen. I den ena argumenteras för att domstolen gjorde rätt som betecknade det som direkt diskriminering. Den andra riktningen innebär att även graviditet uppfattas som en börda på grund av de effekter som följer med ett barn. Skulle kvinnor ta mer av den bördan skulle det kunna vara att anse indirekt diskriminering av kön istället.³³⁴

Jag förstår båda uppfattningarna kring Dekkerdomen som förmedlas. Att inte anställa någon som är gravid är ett krav som indirekt endast leder till att det är kvinnor som kan avvisas på denna grund, indirekt diskriminering.³³⁵ Det är emellertid inte alla kvinnor som kan nekas anställning på denna grund. Kvinnor som inte är gravida kan anställas. Det är därför tveksamt om det inte egentligen är graviditeten som skyddas och inte könet.

Domstolen har inte gått på denna linje, de har valt att kalla det direkt könsdiskriminering istället för att lägga till en grund för graviditet. Min bedömning är att Honeyball har rätt och att de lege lata är det ”but-for-testet” som blir avgörande för bedömning huruvida det är direkt diskriminering av kön.³³⁶ Hade Dekker inte varit kvinna hade hon inte varit gravid och inte blivit diskriminerad. En man hade inte kunnat bli diskriminerad på denna grund. Denna koppling saknas mellan fetma eller övervikt och funktionsnedsatta. En del som har övervikt lider även av en funktionsnedsättning, men inte alla. Övervikt eller fetma klarar inte ”but-for-testet” som bäst beskriver hur starkt sambandet måste vara om någonting ska bli en del av en annan diskrimineringsgrund på det sätt som graviditetsdiskriminering blev en del av förbudet mot könsdiskriminering.³³⁷

³³¹ C-177/88, Dekker, stycke 11.

³³² C-177/88, Dekker, stycke 12.

³³³ C-177/88, Dekker, stycke 12.

³³⁴ Se ovan under 3.1.2.

³³⁵ Se ovan under 3.1.2.

³³⁶ Honeyball (2000) sida 45; se ovan under 3.1.2.

³³⁷ Se ovan under 3.1.2.

Arbetslivsdirektivets lista är uttömmande samtidigt som EU-stadgans lista är öppen. Det finns emellertid direktiv med skydd för gravida i unionsrätten,³³⁸ vilket talar för att det finns en vidare möjlighet att lägga till en grund utifrån EU-stadgan i detta fall. Ett skydd för graviditet behöver inte utvidga EU-rättens tillämpningsområde enligt artikel 51.2 i EU-stadgan. Liknande omständigheter förelåg i Mangoldfallet, där även ålder blev skyddat trots att implementeringstiden inte gått ut, där EU-stadgan inte var bindande men arbetslivsdirektivet gav stöd för skyddet.³³⁹ Ett skydd för övervikt saknar helt stöd i dagens EU-rätt och därmed skulle det enligt EU-domstolen bli en otillåten utvidgning. Övervikt klarar inte ”but-for-testet” och saknar stöd i sekundärrätten. En utvidgande tolkning är därmed inte möjlig enligt den praxis som EU-domstolen hittills tillämpat.

4.1.1.2 Europakonventionen

Europadomstolen har i tidigare praxis fastslagit att den omständighet att Europakonventionen inte är uttömmande ger möjlighet att skydda även grunder som inte uttryckligen finns i konventionen. Sexuell läggning och funktionshinder är två grunder som tidigare skyddats men som inte stadgas i konventionen.³⁴⁰ Till skillnad från EU-domstolens praxis finns det här således en möjlighet att skydda även grunder som saknas i konventionstexten. Enligt Europakonventionen skulle det därför kanske finnas möjlighet att utsträcka skyddet att även omfatta utseende utifrån stadgandet om ställning i övrigt som föreskrivs i konventionen.

Anledningen till att Europadomstolen ansåg funktionsnedsättning vara en grund som kunde erhålla skydd enligt konventionen var att domstolen ”also considers that there is a European and worldwide consensus on the need to protect people with disabilities from discriminatory treatment”.³⁴¹

³³⁸ Se artikel 2 i direktiv 2006/54/EG om genomförande av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet; Se direktiv 92/85/EEG, om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar; Se direktiv 2010/18/EU om genomförandet av det ändrade ramavtalet om föräldraledighet som ingåtts av BUSINESSEUROPE, UEAPME, ECPE och EFS och om upphävande av direktiv 96/34/EG. Detta direktiv kom visserligen efter Dekkerfallet.

³³⁹ C-144/04, Mangold, stycke 65-66.

³⁴⁰ Glor mot Schweiz, no. 13444/04, ECHR 2009-1, punkt 80; L. And V. mot Österrike, no. 39392/98, ECHR 2003-1, punkt 36.

³⁴¹ Glor mot Schweiz, no. 13444/04, ECHR 2009-1, punkt 53.

Både nationella rättssystem, såsom exempelvis Sveriges och EU-rätten innehåller bestämmelser som skyddar mot diskriminering av funktionsnedsatta.³⁴² Det finns således en tradition inom alla medlemsländerna, även de som inte är med i EU, att skydda denna grund. Som tidigare diskuterats är det endast under fransk lag som det finns ett stadgat skydd för diskriminering av utseende inom Europa.³⁴³ Jag tror att detta föranleder domstolen att tolka det som avsaknad av ”worldwide consensus”. Det argument som används för att föreskriva skydd för funktionsnedsättning är just den tradition som föreligger och som saknas beträffande utseende. Hade fler länder valt att stifta diskrimineringskydd för utseende hade detta kunnat föranleda en annan tolkning hos Europadomstolen.

När det gäller sexuell läggning saknas ett ”worldwide consensus”. En del länder tillåter samkönade äktenskap, eller närliggande varianter såsom registrerat partnerskap, och andra förbjuder dem. Det har inte hindrat Europadomstolen från att införa sexuell läggning som en skyddsgrund fastän så många vid tiden för prövning inte tillät det.³⁴⁴ Det är alltså svårt att veta hur långt nationell lagstiftningen om skydd för diskriminering på grund av utseende måste ha kommit för att Europadomstolen ska anse att den kan införa en sådan grund enligt artikel 14. Att ett land har lagstadgat skydd är emellertid inte tillräckligt. Jag har därför svårt att se att Europadomstolen skulle vara redo att utsträcka Europakonventionen att omfatta skydd även för detta.

4.1.1.3 Svensk rätt

I uppsägningssituationer innebär diskriminering av överviktiga inte samma problematik som vid andra arbetslivssituationer. I uppsägningssituationer finns redan skydd för diskriminerande uppsägning genom krav på saklig grund för att säga upp någon utifrån personliga skäl. En sjuk arbetstagare ska inte producera arbete i någon väsentlig betydelse för att det ska finnas rätt att säga upp personen. Beträffande arbetsbristsituationer finns skydd i form av turordningslistor och arbetstidens längd som ska vara avgörande. Det finns således inte möjlighet att säga upp en person endast på grund av att personen har övervikt eller fetma. Det innebär att skyddet enligt diskrimineringslagen många gånger inte går längre än skyddet enligt LAS. Det starka skyddet i LAS om saklig grund för uppsägning hade kunnat leda till att ett fall som

³⁴² Se ovan under 3.1.

³⁴³ Artikel L 1132-1 i code du travail; Se även ovan under 3.1.2.

³⁴⁴ L. And V. mot Österrike, no. 39392/98, ECHR 2003-1; Se ovan under 3.1.4 för redogörelse över vilka länder som inte tillät annan sexuell läggning i deras lagstiftning.

Kaltoft fått annan utgång om det skett i Sverige. Antingen hade Kaltoft aldrig fått sparken, eller så hade arbetsgivaren blivit dömd för turordningsbrott. I ett kollektivavtal hade emellertid Kaltoft kunnat placeras sist på grund av övervikten.³⁴⁵

EU-rättens diskrimineringsbestämmelser är av minimikaraktär, vilket innebär att även om det saknas skydd för övervikt för EU-rättens vidkommande har Sverige möjlighet att gå längre för att upprätthålla likabehandling på arbetsmarknaden och införa ett diskrimineringsförbud på grund av vikt. Det är den tillämpliga bestämmelsen som går längst och innebär bäst skydd för arbetstagaren som kommer vara den arbetsgivaren och slutligen Arbetsdomstolen har att förhålla sig till. Sverige har emellertid för närvarande valt att inte gå längre än EU-rätten.³⁴⁶

Möjlighet finns att omfatta fler skyddsgrunder enligt regeringsformen, men det är i förhållande till det allmänna. För statligt anställdas vidkommande kan således fler grunder läggas till.

Det finns krav på sakliga grunder när det gäller alla anställningsbeslut avseende offentligt anställda.³⁴⁷ Det innebär att vid statliga anställningar får en arbetsgivare inte ta i bedömning att en arbetssökande lider av övervikt, om det endast är en utseendeaspekt. Om staten hade varit arbetsgivare hade det som hände på restaurangen, som framgick i min inledning, varit klart stridande mot LOA. Statliga arbetssökande och anställda är således skyddade både i anställnings- och uppsägningssituationer.

4.1.1.4 FN-konventionen

Om en arbetstagare har en övervikt som endast påverkar utseende, och inte innebär några medicinska konsekvenser, men arbetsgivaren har negativa stereotypa föreställningar mot överviktiga och därför diskriminerar, kan det då vara ett funktionshinder till just den arbetsplatsen? Fransson och Stüber menar att det i svensk rätt är en självklarhet att funktionsnedsättning samspelar med hinder på arbetsmarknaden.³⁴⁸ Detta talar för att en överviktig också skulle

³⁴⁵ AD 2005 nr. 32 är ett exempel på att Sverige måste tillämpa diskrimineringslagen, inklusive dess EU-rättsliga bakgrund, om en funktionsnedsättning föreligger och detta begrepp måste tolkas mot EU-rättens minimibestämmelser; Trixandet med nyckelpersoner i AD 2005 nr. 32 är en annan möjlighet att placera Kaltoft sist om det finns högst 10 anställda och han har kortare arbetstid än två av dem.

³⁴⁶ Prop. 2007/08:95 saknar indikationer på att svensk rätt skulle gå längre och ge mer förmånliga bestämmelser för arbetstagare än de som följer av EU-rätten.

³⁴⁷ 4 § LOA; Se ovan under 3.1.1.

³⁴⁸ Se ovan under 3.2.2.

kunna vara funktionshindrad på en arbetsplats om hinder föreligger. Kan i så fall negativa stereotyper hos arbetsgivare utgöra ett hinder i arbetslivet? Resonemanget kan anses långsökt men FN-konventionen är inte uppbyggd på samma sätt som svensk rätt. FN-konventionens uppbyggnad innebär att det finns en teoretisk möjlighet att övervakningskommittén någon gång i framtiden skulle kunna fälla Sverige för att vi inte skyddar överviktiga på detta sätt. Skulle kommittén komma fram till detta måste EU följa denna tolkning av FN-konventionen och den skulle då bli bindande även för Sverige.³⁴⁹ Att denna konstruktion föreligger med möjlighet för konventionen att bli EU-rättsligt bindande medför att det finns starka skäl att driva frågor inför kommittén. Troligen är det osannolikt och långsökt att detta skulle vara gällande rätt redan idag.

4.1.1.5 Slutsats de lege lata om övervikt

Det saknas möjlighet att lägga till diskrimineringsgrund för övervikt, vilket innebär att såväl medvetna som omedvetna negativa attityder till överviktiga saknar skydd i EU-rätten, Europakonventionen, FN-konventionen och diskrimineringslagen. Slutsatsen blir således att de personer som inte erhåller anställning på grund av utseendepreferenser hos arbetsgivaren inte är skyddade om det sker inom privata sektorn.

För att en överviktig person ska skyddas mot att arbetsgivaren underlåter att anställa en person på grund av dennes övervikt, men inte på grund av att de tror att personen arbetar sämre av något annat skäl, torde krävas ett skydd för utseendeaspekten av övervikt. Idag finns endast ett skydd för funktionsnedsättning. För att det skall kunna tillämpas måste arbetsgivaren med rätt eller fel tro att arbetstagaren redan idag är funktionsnedsatt eller kan komma att bli det i framtiden. Den rena utseendediskrimineringen av överviktiga är alltid tillåten på den privata arbetsmarknaden.

4.1.2 Möjlighet att skydda personer med fetma mot diskriminering genom bestämmelserna om funktionsnedsättning

För övervikts vidkommande följs samma mönster som för övrig funktionsnedsättning. Det innebär att en undersökning får i varje enskilt fall företas för att se om det skulle kunna vara en del av diskrimineringsgrunden.

³⁴⁹ Se ovan under 2.1.3.

En övervikt som endast påverkar utseendet och inte funktionen hos en person är inte en grund som kan skyddas enligt diskrimineringsbestämmelserna. De arbetsgivare som inte vill anställa en person med övervikt för att antingen den själv inte vill arbeta med överviktiga personer eller tror att kollegorna föredrar att arbeta med normalviktiga, och detta endast beror på utseende och inte på deras prestationer, har således möjlighet att missgynna överviktiga personer.

Prestationsmålet, föreställningen om att den överviktiga eller personen med fetma inte är lika duglig på arbetsplatsen, blir avgörande för om personen ska kunna erhålla skydd utifrån reglerna eller om missgynnande mot personen ska anses tillåtet i förhållande till diskrimineringsbestämmelserna.

Som studien visade var 25 % av arbetsgivarna av uppfattningen att överviktiga presterade sämre. Följande kapitel kommer behandla de från kapitel ett upptagna situationerna som kan föranleda att en arbetsgivare skulle välja en normalviktig framför en person med fetma.³⁵⁰

4.1.2.1 När fetma är medicinskt problem här och nu

När fetma diskuteras i diskrimineringsammanhang är det effekterna av fetman som diskuteras. Orsakerna till varför en person är överviktig eller har fetma är irrelevant.³⁵¹ Denna funktionsnedsättning kan då prövas mot bestämmelserna om diskriminering av funktionsnedsatta, utan hänsyn tagen till fetman.³⁵²

I Navasfallet anförde EU-domstolen att det inte är diskriminering av funktionsnedsatta att missgynna en person endast om den lider av en sjukdom. För att sjukdomen ska övergå till att anses vara en funktionsnedsättning fordras det varaktighet.³⁵³ Tillfällig nedsättning på grund av en sjukdom är således inte att anse som en funktionsnedsättning. Sedermera borde en tillfällig fetma inte vara att anse som en funktionsnedsättning. Det är emellertid svårt att förutse hur länge en person kommer att ha fetma eller om till exempel problem med värk i leder och knän skulle varaktigt bestå även om personen blev normalviktig.

³⁵⁰ IFAU, 2007:19, sida 14.

³⁵¹ Butler (2014); Se ovan under 3.2.1.

³⁵² Butler (2014).

³⁵³ C-13/05, Chacon Navas, stycke 44.

Miljön har betydelse i funktionsnedsättningshänseende.³⁵⁴ I Ringdomen går EU-domstolen på FN-konventionens definition och anför att långvariga nedsättningar orsakade av en sjukdom kan, tillsammans med hinder i samhället, ge upphov till lagens skydd.³⁵⁵

En fråga att ställa sig i sammanhanget är huruvida svensk rätt överensstämmer med de krav och definitioner som finns i unionsrätten.³⁵⁶ När diskrimineringslagen stiftades var det ingen tvekan om att den svenska nationella rätten stämde överens med de krav som fanns enligt EU-rättens likabehandlingsdirektiv och som fastställdes genom EU-domstolens tolkning i Navas-fallet.³⁵⁷ Svensk rätt föreskriver att det ska vara nedsättning och att denna ska vara varaktig. Det finns inget i den svenska rätten som föreskriver att det ska vara i samband med hinder på arbetsplatsen.³⁵⁸ Detta gör att svensk rätt kanske inte når upp till den definition som EU-domstolen använder sig av i Ringdomen, där de går på FN-konventionens definition och anför att nedsättning som i samspel med olika hinder kan motverka deras fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra innebär funktionsnedsättning.³⁵⁹ Ringdomen avgjordes efter diskrimineringslagen stiftades, varför lagstiftaren inte kunde ta hänsyn till detta vid instiftandet. Den tyngd EU-domstolen ger FN-konventionen genom att i Ringdomen hänvisa inte mindre än sju gånger till FN-konventionen föranleder att för att Sverige ska anses uppfylla EU-rätten måste de även uppfylla den definition som finns i denna konvention. Även den omständighet att EU ratificerat FN-konventionen³⁶⁰ innebär att EU ska se till att den efterlevs, vilket de gjort genom att hänvisa till den i sina domar så att även medlemsländerna måste uppfylla den.

Huruvida Sverige uppfyller den definition av funktionsnedsättning som föreskrivs i konventionen nämns inte i de tidigare anförda diskussionerna.³⁶¹ Det nämns emellertid att kommittén är orolig över att arbetslösheten är stor bland personer med funktionsnedsättning, vilket skulle kunna hänga ihop med att definitionen inte överensstämmer och diskrimineringsbestämmelserna inte gäller i förhållandet till funktionsnedsatta på det sätt som föreskrivs internation-

³⁵⁴ C-335/11, Ring, stycke 47.

³⁵⁵ C-335/11, Ring, stycke 41-42.

³⁵⁶ Det har diskuterats i olika källor huruvida så skulle vara fallet. I Ds 2008:23, sida 118 var slutsatsen att det fanns mer att göra för att Sverige skulle uppfylla alla FN-konventionens krav; Delaktighet Handlingskraft Rörelsefrihet: "FNs övervakningskommitté kritiserar Sverige" <<https://dhr.se/blog/fns-overvakningskommitté-kritiserar-sverige/>>. hämtad 2017-11-15.

³⁵⁷ Se ovan under 3.2.2.

³⁵⁸ 1 kap. 5 § 4 p. DiskL.

³⁵⁹ Se ovan under 3.2.1.

³⁶⁰ Se ovan under 2.1.3.

³⁶¹ Se ovan under 3.2.2.

ellt.³⁶² Det enda som skrivits på denna punkt är att ”kommittén rekommenderar också regeringen att värdera och utvärdera effekten av begreppet ’personer med nedsatt arbetsförmåga’ enligt icke-diskrimineringsprincipen”.³⁶³ Det är således inte helt klart huruvida Sverige uppfyller den definition som finns stadgad i FN-konventionen; det är emellertid klart att Sverige måste uppfylla den för att kunna uppfylla EU-rätten. Skulle fetma i samspel med olika hinder motverka personens fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra så ska det vara en funktionsnedsättning och personen ska då vara skyddad.

Utifrån de olika definitionerna som föreligger i de olika rättskällorna kan fastställas att fetma faller under diskrimineringsbestämmelserna om ”arbetstagares fetma utgör ett funktionshinder i den mening som avses i direktivet, när detta tillstånd medför en begränsning till följd av bland annat varaktiga fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare”.³⁶⁴ I Kaltoftfallet fastslår EU-domstolen att fetma kan falla under funktionsnedsättningsbegreppet.³⁶⁵

I AD 2005 nr. 32 fastställer Arbetsdomstolen att sjukdom som kan ge framtida problem är funktionsnedsättning. Utifrån detta skulle man kunna tro att framtida problem utifrån fetma skulle skyddas. Fetma har emellertid inte skyddats på samma sätt som sjukdom enligt svensk praxis, då fetma inte blivit prövad. En person med sjukdom är funktionsnedsatt även om en nedsättning med sannolikhet kan uppstå senare.³⁶⁶ Det är emellertid inte fastslaget att fetma är funktionsnedsättning om den ännu inte uppstått. I svenska lagen står det sjukdom eller skada, fetma nämns inte. Att domstolen skulle gå på MS-fallet och skydda personer med fetma som ännu ej fått en funktionsnedsättning anser jag därför föga troligt. Jag tror för min del inte att begreppet funktionsnedsättning går lika långt beträffande fetma som för sjukdomar.

I fallet med Kaltoft hade arbetsgivaren ansträngt sig för att hjälpa Kaltoft med de medicinska problem som uppstått på grund av hans fetma. Domstolen fastslog då att var fetma ett medi-

³⁶² Delaktighet Handlingskraft Rörelsefrihet: ”FNs övervakningskommitté kritiserar Sverige” <<https://dhr.se/blog/fns-overvakningskommitte-kritiserar-sverige/>>. hämtad 2017-11-15.

³⁶³ Delaktighet Handlingskraft Rörelsefrihet: ”FNs övervakningskommitté kritiserar Sverige” <<https://dhr.se/blog/fns-overvakningskommitte-kritiserar-sverige/>>. hämtad 2017-11-15.

³⁶⁴ Se ovan under 3.2; Se även C-354/13, Kaltoft, stycke 59, där domstolen även hänvisar till C-335/11, Ring, som även måste följas i svensk rättstillämpning.

³⁶⁵ Se ovan under 3.2.1.

³⁶⁶ AD 2005 nr. 32.

cinskt problem, som var varaktigt, kunde det falla under funktionsnedsättning.³⁶⁷ Vi vet inte hur EU-domstolen skulle ha dömt om Kaltofts fetma endast varit ett möjligt framtida problem och han ändå blivit uppsagd.

Det är uppenbart att fetma som gett upphov till varaktiga medicinska problem faller under funktionsnedsättning och diskrimineringslagen. Beträffade de situationer då arbetstagaren är överviktig men det vid missgynnandet inte påverkar personen tror jag däremot det blir svårare för arbetstagaren att vinna framgång. Enligt lagen ska det vara begränsningar till följd skada eller sjukdom som kan förväntas uppstå. Att här täcka in fetma som kan förväntas bli funktionsnedsättning tror jag är att dra det långt. I AD 2005 nr. 32 fick arbetstagaren skadestånd även då det inte uppstått någon nedsättning, han hade emellertid en sjukdom. Om man endast tänker utifrån den svenska diskrimineringslagen tror jag att personer med fetma endast blir skyddade i de fall då deras fetma vid missgynnandet är en funktionsnedsättning, eller, som behandlas nedan, att arbetsgivaren tror att det är en nedsättning.

Detta innebär att vid anställningssituationer kan arbetsgivare medvetet välja att inte anställa en person med fetma. Har övervikten emellertid lett till en sjukdom, såsom diabetes, spelar det inte någon roll att det beror på fetman. Det är en funktionsnedsättning vid missgynnandet och personen blir därför skyddad. Att arbetstagaren i ett sådant fall själv kan ha dålig disciplin och medverkat till sin övervikt föranleder ingen skillnad i bedömningen, personen skyddas ändå på grund av sin funktionsnedsättning.³⁶⁸

Står man inför en situation med fetma som med viss sannolikhet i framtiden kan leda till medicinska problem så har Kaltoftdomen inte avgjort den frågan klart. Det finns då skäl att genom förhandsavgörande fråga EU-domstolen vad som gäller.

4.1.2.2 Möjlig statistisk diskriminering

En anledning till att arbetsgivare tror att personer med fetma presterar sämre kan vara att de tror att dessa arbetstagare sliter på sina kroppar i vidare mån än normalviktiga, och att de därför skulle kunna bli sjukskrivna i vidare mån är normalviktiga. En arbetsgivare kan även underlåta att anställa en överviktig person då de tror att övervikt är förknippat med dålig disci-

³⁶⁷ Se ovan under 3.2.1.

³⁶⁸ Se ovan under 3.2.2.

plin och att dålig disciplin kan visa sig även i arbetslivet. Om arbetsgivaren visar att det är rätt i sak blir EU-rättens principer om statistisk diskriminering relevanta.³⁶⁹

Kaltoftdomen ger oss svar på frågan hur domstolen behandlar funktionsnedsättning som föreligger när uppsägning sker. Det framgår i rättsfallet emellertid inte huruvida det är en nedsättning Kaltoft har eller om det endast är arbetsgivarens inställning till fetman som blir avgörande.³⁷⁰ Diskussion kring statistisk diskriminering förelåg aldrig i Kaltoftfallet eftersom det där var ett problem här och nu som domstolen hade att förhålla sig till.

I AD 2005 nr. 32 gick Arbetsdomstolen på att det var diskriminering att ta hänsyn till funktionsnedsättning som kunde uppstå i framtiden. Den svenska domstolen skyddar i detta läge utöver vad EU-domstolen slog fast i Kaltoftfallet. Huruvida Arbetsdomstolen gick längre än vad EU-domstolen hade gjort i detta läge, eller om det var på samma sätt som EU-domstolen hade valt att besvara frågan är inte lätt att fastställa utifrån Kaltoftfallet. Det är emellertid svårt att föreställa sig att EU-domstolen skulle säga att viss praxis inte gäller. Är det så blir principerna om statistisk diskriminering relevanta.

I AD 2005 nr. 32 var det hög sannolikhet att problem skulle uppstå i framtiden, samtidigt som det i Test-Achat var lägre sannolikhet att just den man som ville köpa en trafikförsäkring körde sämre än kvinnor. Det var låg sannolikhet att försäkringsfall skulle inträffa då de flesta inte drabbas av trafikolyckor. Oavsett om det är hög eller låg sannolikhet att konsekvenserna uppstår är det direkt diskriminering enligt domarna om bolaget låter priset påverkas av att män statistiskt sett är mer benägna att råka ut för olyckor.³⁷¹

Även om det i Test-Achat förelåg en direktivtext som verkade föreskriva att särbehandling var tillåten, åtminstone fram till 2012, ansåg EU-domstolen det som diskriminerande.³⁷² Slutsatsen som dras utifrån rättsfallen är att alla former av statistisk diskriminering är felaktiga.

I Colemanfallet var frågan om hennes arbetsprestation inte det avgörande för arbetsgivarens handlande. Det centrala i det fallet var att hon hade en son som var funktionsnedsatt och på

³⁶⁹ Se ovan under 3.3.4.6.

³⁷⁰ Se ovan under 3.3.4.2.

³⁷¹ Se ovan under 3.3.4.6.

³⁷² Se ovan under 3.3.4.6.

grund av detta ansåg hon att hon blivit provocerad att säga upp sig.³⁷³ I fallet framgår aldrig om och i så fall varför arbetsgivaren ville provocera Coleman att sluta. Men i detta fall är den enda rimliga förklaringen att arbetsgivaren trodde att hennes ansvar för barnet skulle påverka arbetsprestationen, såvida Coleman visat att hon var i en jämförbar situation som övriga arbetstagare. Det skulle alltså antas vara det orsakssamband som arbetsgivaren måste bryta.

Coleman skyddades för att hon blev missgynnad på grund av funktionshinder då hennes son led av en funktionsnedsättning. Det är funktionshindret som är det avgörande och föreligger koppling med en diskrimineringsgrund ska tolkningen inte vara restriktiv. En person som har fetma och missgynnas på grund av detta erhåller inte alltid skydd enligt Kaltoftfallet och direktivets diskrimineringsgrunder.³⁷⁴ Skulle en person som har fetma som leder till funktionsnedsättning emellertid missgynnas, skulle detta skyddas enligt konventionen och inte tolkas restriktivt enligt domstolens domskäl i Colemanfallet. Förmodar arbetsgivaren att det är ett funktionshinder så ska man skyddas. Det är ingen principiell skillnad mellan att tro att det funktionsnedsatta barnet kan påverka Colemans arbetsprestation och att tro att fetma kan göra det.³⁷⁵

Coleman diskriminerades för att arbetsgivaren antog att det var hon och inte hennes man som skulle ta hand om det funktionsnedsatta barnet, vilket skulle påverka hennes arbete. Coleman hade inte rätt till anpassningsåtgärder men arbetsgivaren hade inte rätt att anta att hennes vårdansvar skulle inverka på hennes arbetsprestation. Domstolen resonerar inte i termer av statistisk diskriminering, men om arbetsgivaren utgår från att hon kommer ta på sig mer ansvar för sin son och det bygger på statistiska generella antaganden, blir Coleman skyddad.³⁷⁶

Applicerat på personer med fetma talar dessa rättsfall för att statistiskt missgynnande som grundar sig på att personer med fetma har sämre disciplin än normalviktiga utgör diskriminering. Det kan vara sant att så är fallet, men en arbetsgivare har inte rätt att grunda sitt handlande på detta om inte problem väl uppstått. Oavsett om risken är hög eller låg kan det vara

³⁷³ Se ovan under 3.3.4.4.

³⁷⁴ Se ovan under 3.3.4.

³⁷⁵ Det naturliga sättet att läsa Coleman på är att det var de uteblivna anpassningsåtgärderna som var en provokation enligt henne. Men enligt EU-domstolen var arbetsgivaren inte skyldig att företa anpassningsåtgärder. Istället avgjorde EU-domstolen när en arbetstagare kan anses diskriminerad av en orsak som har samband med dennes funktionsnedsatta barn.

³⁷⁶ Se ovan under 3.3.4.4.

diskriminerande att ta hänsyn till dessa risker från en arbetsgivare. EU-domstolen har inte besvarat frågan och huruvida det går att dra dessa rättsfall så långt vid fall av fetma är osäkert.

I ett fall där arbetsgivaren påstår statistiskt ökad risk för någon negativ följd av fetman skulle vi alltså behöva få ett svar från EU-domstolen på frågan hur principen om att statistisk diskriminering är direkt diskriminering ska tillämpas på fetma som i framtiden kan komma att utgöra funktionsnedsättning.

4.1.2.3 Felaktigt antagande

Skäl av typen som behandlades i förra avsnittet som innebär att arbetsgivaren väljer att inte anställa en arbetstagare med fetma kan, om det skulle visa sig att det inte föreligger denna skillnad mellan personer med fetma och normalviktiga, innebära ett felaktigt antagande om en person med fetma.³⁷⁷

Felaktigt antagande kan innebära diskriminerande handlande av en arbetsgivare. I fallet från hovrätten med barnet som omhändertogs trots att föräldrarna hade möjlighet att ta hand om det innebar omhändertagandet diskriminering. Avsaknaden av funktionsnedsättning hos pappan innebar ett felaktigt antagande från socialnämnden och resultatet av detta blev ett omhändertagande av barnet som innebar diskriminering och som hade samband med funktionsnedsättning.³⁷⁸

Även i AD 2003 nr. 47 var det fråga om felaktigt antagande om hur arbetstagarens diabetes påverkade hans förmåga att utföra arbetet. Trots att arbetstagaren hade diabetes ansåg domstolen inte det vara en sådan säkerhetsrisk som arbetsgivaren antagit, och det innebar direkt diskriminering att inte anställa honom.³⁷⁹

Oavsett sjukdom eller inte i fallen ovan var det felaktigt antagande om funktionsnedsättning och i båda fallen fick ansvarig för missgynnandet betala skadestånd. Detta gör att en arbetsgivare som felaktigt missgynnar en arbetstagare med fetma på grund av att den tror att personen kommer sjukskriva sig mer, kan göra sig skyldig till samma typ av felaktigt antagande. Det är ett antagande om en framtida funktionsnedsättning. I jämförelse med fallen ovan anser jag

³⁷⁷ Se ovan under 3.3.4.5.

³⁷⁸ RH 2014:20; se ovan under 3.3.4.5.

³⁷⁹ AD 2003 nr. 47; se ovan under 3.7.2.

därför att en arbetsgivare som agerar på detta sätt i princip kan göra sig skyldig till diskriminering. Detta gäller oavsett anledningen till att arbetsgivaren tror att personen med fetma presterar sämre. Det centrala är alltså att arbetsgivaren felaktigt tror att personen presterar sämre.

Får Arbetsdomstolen idag ett sådant mål är min bedömning att den bör fråga EU-domstolen om hur principerna i Kaltoftfallet för fetma och funktionsnedsättning förhåller sig till de principer som annars gäller i EU-rätten om felaktigt antagande från arbetsgivarens sida om sämre arbetsprestation hos en funktionsnedsatt person.

4.1.2.4 Bevisbörda

Framgång i ett fall av fetma som funktionsnedsättning torde i slutändan avgöras genom bevisbördans placering. Har arbetsgivaren inte uttryckligen angett att det är en misstanke om framtida sjukskrivningar eller dylikt blir det för arbetstagaren svårt att bevisa att det inte är utseendet som är grunden till missgynnandet. Hamnar bevisbördan för arbetsgivarens föreställning om sämre prestation på käranden blir det troligen nästintill omöjligt att vinna framgång.

Om en arbetstagare visar att denne har fetma och att denne har missgynnats i förhållande till en person som är i jämförbar situation innebär regleringen kring bevisbördan att domstolen ska anta att det föreligger ett orsakssamband.³⁸⁰ Som ovan anförts är det arbetsgivarens tankar och åsikter som blir avgörande för om det finns skydd enligt diskrimineringsbestämmelserna eller inte. Anser arbetsgivaren att de inte vill anställa personer med fetma på grund av utseende ska detta godtas och arbetsgivaren går vinnande ur processen.

Är det istället så att arbetsgivaren, rätt eller fel, anser att prestationen kommer vara sämre på grund av fetman finns det således möjlighet att reglerna om funktionsnedsättning blir tillämpliga och då kan arbetstagaren gå vinnande ur processen.

Skulle en arbetsgivare anföra att denne anser att fetma är motbjudande och att andra anställda och kunder kan mistycka kommer orsakssambandet ha samband med utseende. Den andel som enligt undersökningen föredrog att anställa normalviktiga men inte ansåg att överviktiga presterade sämre, 33 %, hade då klarat sig från sanktioner. Arbetsgivaren kan således skydda

³⁸⁰ Se ovan under 3.7.2.

sig genom att anföra att det är på grund av utseendet som anställning nekats och domstolen måste då fria arbetsgivaren.

I slutändan tror jag att domstolen skulle gå på att arbetsgivaren missgynnats på grunder som beror på utseendet. Med tanke på resultatet av undersökningen är det även störst andel som väljer bort personer med fetma på grunder hänförliga till utseendet (33 %), då endast 25 % antog att de presterade sämre. Troligen är det endast om arbetsgivaren är så omedveten om gällande rätt att den för argumentation i termer som visar på att den förknippar fetman med funktionsnedsättning som orsakssamband kan antas som leder till att arbetsgivaren handlande kan prövas mot diskrimineringslagen.

Skulle en arbetsgivare försvara sig med att de tror att arbetstagare med fetma presterar sämre eller har sämre disciplin, alltså statistisk diskriminering, skulle arbetsgivaren riskera att förlora i en eventuell prövning av missgynnandet. Bevisbördan hade då gått över på arbetsgivaren, liksom i diabetesfallet. Arbetsgivaren hade då haft att visa att det stämmer in på just den arbetstagaren och att skäliga anpassningsåtgärder hade företagits men inte lett till att arbetstagaren kunde producera arbete av någon betydelse.³⁸¹ Men denna utgång blir endast möjlig om Arbetsdomstolen eller EU-domstolen är villig att ta ett steg mot att tillämpa principerna om felaktigt antagande och statistisk diskriminering även på fetma.

4.1.2.5 Trakasserier

Det som ovan anförts beträffande direkt diskriminering slår igenom i hela lagen och gäller även för trakasserier. Trakasseras överviktiga på grund av hur de arbetar eller för att man tror att de har en funktionsnedsättning kan det vara diskriminering.³⁸² Anser man att personer med fetma är oestetiska och trakasserar dem på grund av detta är det utseende och därigenom inte diskriminering. Samma sak gäller beträffande restaurangägaren som inte ville anställa personen som hade fetma. Var detta på grund av utseendet och att hans förutfattade meningar innebär att överviktig personal får personer att köpa mindre mängder mat, är detta tillåtet. De lege lata är det inte diskriminering att trakassera någon på grund av deras utseende. Ansåg han istället att personen inte skulle kunna utföra sina arbetsuppgifter på samma sätt som andra arbetstagare på grund av dennes fetma kan det istället ses som en funktionsnedsättning.

³⁸¹ Se ovan under 3.7.2.

³⁸² Se ovan under 3.6.

4.2 De lege ferenda

Arbetsgivaren är helt säker på att gå fri endast om skälen bakom missgynnandet är utseendepreferens. Den enda möjligheten för en arbetstagare att vinna framgång är om det finns en tanke om funktionsnedsättning hos arbetsgivaren.

Om en arbetsgivare försvarar sig med ett argument hänförligt till prestationsmålet hos en arbetstagare och har i sin föreställning inställningen att personer med fetma inte presterar på samma nivå, blir sjukskrivna oftare eller inte har samma disciplin kan det vara diskriminering.

Gällande rätt skulle inte tillåta samma sak beträffande personer av annat etniskt ursprung. Skulle en arbetsgivare missgynna en person av annat etniskt ursprung, på grund av att den trodde att denne person presterade sämre, skulle arbetsgivaren inte ha handlat i enlighet med gällande rätt. Om en arbetsgivare ansåg att personer som härrör från annat land än Sverige inte var tilltalande rent utseendemässigt och missgynnande dem på denna grund skulle inte heller detta accepteras, emellertid är det fallet med personer med fetma.

En tillämpning av gällande rätt i fall med fetma har därför märkliga effekter. Om arbetsgivaren är helt osaklig vinner denne säkert. Om arbetsgivaren har en idé som är potentiellt saklig i relation till prestation riskerar denne att förlora en diskrimineringstvist. För att få balans i lagstiftningen skulle det vara önskvärt om det stadgades en diskrimineringsgrund för övervikt eller fetma på samma sätt som det föreligger för etnicitet.

Arbetsgivaren kan medvetet välja att inte anställa en person med fetma om det vid tiden för prövningen inte föreligger någon funktionsnedsättning hos arbetstagaren. Jag kan emellertid anse att en person som blir bortvald på grund av sin vikt kan vara precis lika skyddsvärd som en person som blir bortvald på grund av sitt etniska ursprung. En arbetsgivare som väljer bort en arbetstagare för att utseendet inte är tilltalande anser jag vara värre än en arbetsgivare som väljer bort en arbetstagare för att denne tror att personen inte kan prestera så bra som arbetsgivaren önskar.

En fråga att ställa sig i detta fall är om det inte krävs ett bredare skydd för överviktiga i de fall de inte når upp till funktionsnedsättning. Det finns tydliga indikationer på att personer med övervikt eller fetma blir diskriminerade, oavsett vilka krav på fysik arbetsuppgifterna inne-

bär.³⁸³ För att upprätthålla skyddet för likabehandling enligt arbetslivsdirektivet kan det därför tyckas att skyddet bör finnas även för personer med övervikt eller fetma. I nuläget visar olika studier på att personer med övervikt eller fetma inte har samma möjligheter när det gäller tillgången till arbete som normalviktiga har och detta gäller även i fall där fysiken inte är ett yrkeskrav. Det finns författare som är av samma åsikt och som menar att det krävs tydlig lagstiftning på området för personer som har övervikt eller fetma.³⁸⁴

Det finns personer som argumenterar för att det borde finnas en självständig diskrimineringsgrund för utseende.³⁸⁵ Anledningen bakom detta är att övervikt ofta associeras till negativa aspekter såsom att de är mer sjuka, latare än andra, fulare än andra och kostar mer.³⁸⁶ Vissa författare menar att det är samhället som frambringar funktionsnedsättningen hos personer som har försvagningar.³⁸⁷ Detta ligger i linje med den syn domstolen hade i Kaltoft- och Ringfallen, och som föreskrivs i FN-konventionen, där sociala barriärer och hinder var en av anledningarna till att en person anses funktionsnedsatt.³⁸⁸ Övervikt eller fetma i sig är således inte ett hinder, men i samspel med arbetsgivarens negativa stereotyper kan det bli ett hinder.

Huruvida det är lämpligt att ha övervikt eller fetma som en diskrimineringsgrund kan diskuteras. Tillåts diskriminering på grund av utseende kan personer förlora tillfälle till anställning på grund av hur de ser ut, vilket föranleder att andra än sakliga grunder ligger till grund för anställningen. Det kan bli påtagligt negativa effekter för överviktiga, vilket kan strida mot de mänskliga rättigheterna som stadgar allas rätt till lika värde och rättigheter. Det är emellertid svårt att hitta en tydlig gräns för när övervikten skall vara skyddsvärd. Det finns personer som är överviktiga, men inte anser att det är ett problem och sannolikt inte skulle anse att de kräver extra skydd. En otydlig gräns skulle kunna föranleda en stor mängd anmälningar angående diskriminering av överviktiga i fall där personer inte fått en anställning de sökt.

Skulle övervikt i framtiden bli en diskrimineringsgrund är det även där en bedömning som måste göras. Det kommer, precis som gällande funktionsnedsättning, finnas personer som faller inom ramen för grunden och de som inte gör det. Gränsdragningen hade i detta fall blivit en svår problematik. BMI-skalan fungerar inte, då vältränade, muskulösa personer hade

³⁸³ Flint m.fl. (2016).

³⁸⁴ Se exempelvis Flint m.fl. (2016).

³⁸⁵ Se exempelvis Hosking (2015) sida 460ff.

³⁸⁶ Brandon m.fl. (2009) sida 83.

³⁸⁷ Se exempelvis Brandon m.fl. (2009) sida 83.

³⁸⁸ C-354/13, Kaltoft, stycke 59.

fallit under bestämmelsen då de skulle anses som feta enligt denna skala. De skulle inte påverkas av fetman och det verkliga och fulla deltagandet i arbetslivet hade inte påverkats av övervikten och de fordras därför inte skydd för dessa.

Jag anser det emellertid vara möjligt att införa en grund för medicinsk övervikt och fetma. Gränsdragningarna föreligger redan i funktionsnedsättningshänseende och praxis hade precis som för denna grund kunnat dra gränsen för när övervikt eller fetma ska falla innanför eller utanför skyddet. Dessutom är problemet för definitionen av övervikt av samma typ som vid etnisk diskriminering. Ett exempel på detta är om en person vars mamma kommer från Iran och pappa från Sverige, men personen själv känner sig helt svensk, och arbetsgivaren inte vill anställa personen för att denne är arab. Detta skulle vara etnisk diskriminering oavsett om personen som är svensk i sina egna ögon borde anses som svensk eller persisk i andras ögon.³⁸⁹ Övervikt och utseende är lika subjektivt som etnicitet. Det viktiga borde vara att förbjuda arbetsgivaren att diskriminera på den grunden oavsett om arbetsgivaren bedömt övervikten enligt en allmän standard eller enligt en egen föreställning av vad en människa bör väga.

Paralleller kan dras mellan de båda IFAU-undersökningar om anonyma ansökningar samt om implicita fördomar mot överviktiga. Den förra visade att anonyma ansökningar ökade möjligheterna för kvinnor och icke-västerländska att bli kallade till intervju.³⁹⁰ Den senare undersökningen visade att fördomarna var större mot överviktiga än personer med annat etniskt ursprung.³⁹¹ En fråga att ställa sig är i vilken omfattning ett anställningsförfarande där arbetsgivaren inte fick veta personens vikt eller utseende hade påverkat utfallet för personer med fetma.

IFAU-undersökningen angående anonyma ansökningar³⁹² underlättar även för andra än för de som faller inom diskrimineringsgrunderna. Personer med annorlunda utseende, som därmed inte är skyddade enligt diskrimineringslagen, hade på lika villkor som alla andra arbetssökande haft möjlighet att erhålla en intervju för arbetet i fråga. Personer med övervikt eller fetma blir genom anonyma anställningar inte bedömda på grund av sin vikt, utan enbart på

³⁸⁹ Min uppfattning, som är densamma som gäller i diskrimineringslagen, är att personen ska betraktas som svensk eftersom det viktiga är vad personen själv anser. Det viktiga i exemplet är avsaknad av en allmän standard att pröva mot inte är ett hinder när vi tänker etnicitet.

³⁹⁰ Se ovan under 1.1.

³⁹¹ IFAU, 2007:19, sida 14.

³⁹² IFAU, 2007:31.

meriter. Anonyma anställningar föranleder möjligen inte att personer med fetma de facto blir anställda, men de blir i vidare mån kallade till intervjuer för tjänsterna.

IFAU-undersökningen angående negativa stereotyper visade att 90 % hade medvetna eller omedvetna negativa attityder mot överviktiga.³⁹³ Negativ inställning till personer med fetma borde skyddas, precis som för personer med annat etniskt ursprung.

Studien visade att en stor andel inte vill anställa överviktiga även om de presterar lika bra. Detta talar för att ett skydd fordras för denna grupp. Är det falskt att de presterar sämre är de lika skyddsvärda som personer med annat etniskt ursprung. Arbetsgivarna antog att icke-västerländska presterade sämre än svenskar i 12 % av fallen.³⁹⁴ Siffrorna visar att fördomarna är större mot överviktiga än mot icke-västerländska, då 25 % trodde att de presterade sämre.³⁹⁵ Ändå är det endast den senare gruppen som är skyddad.

Min personliga åsikt är således att det borde finnas ett skydd för personer med övervikt eller fetma. Dessa väljs bort på grunder som är allt annat än sakliga.

De lege ferenda slutsatsen är därför att det är helt fel att den som diskriminerar på grund av utseende går säker. En arbetsgivare som tror, oavsett om detta är rätt eller fel, att den överviktige presterar sämre riskerar emellertid att dömas för diskriminering av funktionsnedsatta. Det skulle aldrig accepterats att den som inte ville anställa en arbetstagare med annat etniskt ursprung inte skulle träffas av lagen, medan den som tror att personen har sämre språkkunskaper (utan att undersöka hur det ligger till i just det individuella fallet) och inte anställer på denna grund drabbas av konsekvenser utifrån diskrimineringslagen. Detta blir skillnaden mot hur skyddet är gentemot personer som har fetma.

Övervikt och funktionsnedsättning ligger så pass nära varandra att det är problematiskt att det ena skyddas men inte det andra. Jag anser det stötande ur rättssynpunkt att de estetiska är tillåtet att diskriminera mot men att missgynnande utifrån prestationsmättet måste prövas mot bakgrund av bestämmelserna kring funktionsnedsättning.

³⁹³ IFAU, 2007:19, sida 14.

³⁹⁴ IFAU, 2007:19, sida 14.

³⁹⁵ IFAU, 2007:19, sida 14.

Skulle Sverige införa ett skydd mot diskriminering av överviktiga kan det bli ett skäl för Europadomstolen att utsträcka skyddet även i Europakonventionen, och då skulle skyddet kunna bli mycket mer omfattande. Två länder med sådant skydd är knappast tillräckligt men införandet av sexuell läggning som skyddad grund visar att det kan räcka med att vissa länder infört skydd för att Europadomstolen ska kunna slå fast en ny diskrimineringsgrund.

Vikt är en aspekt av utseende som kan isoleras och många människor blir idag diskriminerade på den grunden. Jag skulle inte vilja ha utseende som en allmän diskrimineringsgrund. Frisyr, kroppshållning, tatueringar och kläder kan uttrycka vem en person är. En arbetsgivare måste få ta hänsyn till det i en anställningssituation. När det gäller andra aspekter av utseende kan människor vara lika skyddsvärda som överviktiga, men sådan diskriminering drabbar betydligt färre individer och då är jag inte lika övertygad om att nyttan med lagreglering väger tyngre än skadan.

Källförteckning

Källor

Offentligt tryck

Utredningsbetänkande

Ds 2008:23 – *FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning*

SOU 1997:176 – *Förbudet mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder*

SOU 2006:22 – *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning*

Propositioner

Prop. 1981/82:71 – *Om ny anställningskyddslag m.m.*

Prop. 1997/98:179 – *Lag om förbud mot diskriminering av personer med funktionshinder*

Prop. 2001/02:72 – *Ändring i regeringsformen – samarbetet i EU m.m.*

Prop. 2002/03:65 – *Ett utvidgat skydd mot diskriminering*

Prop. 2005/06:38 – *Trygghet, respekt och ansvar – om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever*

Prop. 2007/08:95 – *Ett starkare skydd mot diskriminering*

Prop. 2008/09:28 – *Mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättning*

Prop. 2013/14:198 – *Bristande tillgänglighet som en form av diskriminering*

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolen

AD 2000 nr. 35

AD 2002 nr. 45

AD 2003 nr. 47

AD 2003 nr. 76

AD 2005 nr. 32

AD 2005 nr. 87

AD 2005 nr. 98

AD 2006 nr. 97

AD 2009 nr 87

AD 2010 nr. 14
AD 2011 nr. 2
AD 2011 nr. 13
AD 2013 nr. 29
AD 2013 nr. 78
AD 2015 nr. 57

Hovrätterna

RH 2008:62
RH 2014:20
Göta hovrätt mål nr T 3330-09
Svea hovrätt mål nr T 7752-08

Europeiska unionens domstol

C-13/05 *Socia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA*, EU:C:2006:456.
C-54/07 *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn NV*, EU:C:2008:397.
C-127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, EU:C:1993:859.
C-144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, EU:C:2005:709.
C-147/08, *Jürgen Römer v Freie und Hansestadt Hamburg*, EU:C:2011:286.
C-177/88, *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, EU:C:1990:383.
C-206/13, *Cruciano Siragusa mot Regione Sicilia – Soprintendenza Beni Culturali e Ambientali di Palermo*, EU:C:2014:126.
C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres*, EU:C:2011:100.
C-265/13, *Emiliano Torralbo Marcos v Korota SA and Fondo de Garantía Salarial*, EU:C:2014:187.
C-303/06 *Sharon Coleman mot Attridge Law, Steve Law*, EU:C:2008:415.

- C- 335/11 *HK Danmark, som för talan för Jette Ring mot Dansk almennyttig Boligeskab* och
C- 337/11 *HK Danmark, som för talan för Lone Skouboe Werge mot Dansk Arbejdsgiverforening, som för talan för Pro Display A/S i konkurs*, EU:C:2013:222.
- C-354/13 *Fag og Arbejde (FOA) som för talan för Karsten Kaltoft mot Kommunernes Landsforening (KL)*, EU:C:2014:2463.
- C-381/99, *Susanna Brunnhofer mot Bank der österreichischen Postsparkasse AG*,
EU:C:2001:358.
- C-617/10 *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105.

Europadomstolen

- Glor v. Schweiz, no. 13444/04, Judgment of April 2009, ECHR 2009-1.
- L. and V. v. Austria, no. 39392/98, Judgment of January 2003, ECHR 2003-1.

Litteratur

- Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015.
- Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rätts tillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.
- Jyrwall Åkerberg, Annika, *Diskriminering på grund av funktionsnedsättning: en handbok om svenska och europeiska diskrimineringslagar och rättspraxis i relation till människor med funktionsnedsättning*, CKM Förlag, Stockholm, 2015.
- Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.
- Lunning, Lars & Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd: en lagkommentar*, 10., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.
- Numhauser-Henning, Ann, *Legal perspectives on equal treatment and non-discrimination*, Kluwer, The Hague, 2001.
- Samuelsson, Joel & Melander, Jan, *Tolkning och tillämpning*, 2., [utök.] uppl., Iustus, Uppsala, 2003.

Artiklar

- Brandon m.fl., *'Being fat': A conceptual analysis using three models of disability*, *Disability & Society journal*, 2009.
- Butler, Mark, *Obesity As A Disability: The Implications Or Non-Implications Of Kaltoft*, *Web JCLI*, 2014.
- Damamme, Joseph, *How can obesity fit within the legal concept of 'disability'? : a comparative analysis of judicial interpretations under EU and US non-discrimination law after Kaltoft*, *European journal of legal studies*, 2015.
- Flint m.fl., *Obesity discrimination in the recruitment process: 'You're not hired'!*, *frontiers in Psychology*, 2016.

FRA, *En handbok i europeisk diskrimineringsrätt*, Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter, 2010.

Honeyball, Simon, *pregnancy and sex discrimination*, industrial law journal, 2000.

Hosking, David, *Fat Rights Claim Rebuffed: Kaltoft v Municipality of Billund*, industrial law journal, 2015.

IFAU 2007:19, Etnicitet och övervikt: implicita arbetsrelaterade fördomar i Sverige.

IFAU, 2007:31, Do anonymous job application procedures level the playing field?

Malmberg, Jonas, *Arbetsrätten efter EU-inträdet*, SvJT, s. 433, 2011.

Malmberg, Jonas, *Bevisning i diskrimineringsstvister*, JT, 2001/02.

McGlynn, C.M.S., *Pregnancy discrimination in EU law*, Kluwer, 2001.

Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT, s. 105, 2004.

Oxford Research, *Forskningsöversikt om trakasserier inom utbildning och arbetsliv*, Forskning publicerad vid svenska universitet och högskolor sedan år 2000, 2012.

Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, TfR, s. 648-656, 2005.

Wintemute, Robert, *When is Pregnancy Discrimination Indirect Sex Discrimination?*, Industrial Law journal, 1998.

Elektroniska källor

1177 Vårdguiden: ”Så bedömer du din vikt”, <<https://www.1177.se/Skane/Tema/Halsa/Livsstil---att-andra-en-vana/Sa-bedomer-du-din-vikt/>>, hämtad 2017-09-16.

Delaktighet Handlingskraft Rörelsefrihet: ”FNs övervakningskommitté kritiserar Sverige” <<https://dhr.se/blog/fns-overvakningskommitte-kritiserar-sverige/>>. hämtad 2017-11-15.

Europaportalen: ”Cypern tillåter registrerade partnerskap”, <<https://www.europaportalen.se/2015/11/cypern-tillater-registrerade-partnerskap/>>, hämtad 2017-12-11.

Europeiska kommissionen, ”Personer med funktionsnedsättning” <<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1137&langId=sv>>, hämtad 2017-12-10.

European Commission, ”EU ratificerar FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning”, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-11-4_sv.htm>, hämtad 2017-10-29.

Folkhälsomyndigheten: ”Fler har fetma och övervikt”, <<https://www.folkhalsomyndigheten.se/nyheter-och-press/nyhetsarkiv/2014/februari/ fler-har-fetma-och-overvikt/>>, hämtad 2017-09-16.

Folkhälsomyndigheten: ”Övervikt och fetma”, <<https://www.folkhalsomyndigheten.se/folkhalsorapportering-statistik/folkhalsans-utveckling/levnadsvanor/overvikt-och-fetma/>>, hämtad 2017-09-23.

Forskning och framsteg: ”För fet för ett jobb” <<http://fof.se/tidning/2012/9/artikel/for-fet-for-ett-jobb/>>, hämtad 2017-12-21.

Funktionsrättskonventionen, ”Använd konventionen i svensk rätt”, <<https://funktionsratts-konventionen.se/konventionen-i-svensk-ratt/>>, hämtad 2017-11-10.

Hudoc, European Court of Human Rights, <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["obesity%20article%2014"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>, hämtad 2017-12-10.

ILGA Europe: ”Rainbow Europe 2017” <<https://www.ilga-europe.org/resources/rainbow-europe/rainbow-europe-2017>>, hämtad 2017-12-21.

Kollega: ”Diskriminering av feta kan bli förbjudet”, <<https://www.kollega.se/diskriminering-av-feta-kan-bli-forbjudet#>>, hämtad 2017-12-21.

Legal Information Institute: ”But-for test”, <https://www.law.cornell.edu/wex/but-for_test>, hämtad 2017-12-21.

Livsmedelsverket: ”Övervikt och fetma”, <<https://www.livsmedelsverket.se/matvanor-halsa--miljo/sjukdomar-allergier-och-halsa/overvikt-och-fetma>>, hämtad 2017-11-10.

Svenska dagbladet: ”Överviktiga och invandrare väljs bort”, <<https://www.svd.se/overviktiga-och-invandrare-valjs-bort>>, hämtad 2017-11-14; IFAU, 2007:19, sida 14.

SVT nyheter: ”Halva Sverige har övervikt eller fetma”, <<https://www.svt.se/nyheter/inrikes/halva-sverige-har-overvikt-eller-fetma>>, hämtad 2017-09-16.

SVT nyheter: ”Tidslinje: Samkönade äktenskap är nu lagligt i 25 länder – Så här gick det till”, <<https://www.svt.se/nyheter/utrikes/tidslinje-samkonade-aktenskap-ar-nu-lagligt-i-23-lander-sa-har-gick-det-till>>, hämtad 2017-12-04.