



LUNDS
UNIVERSITET

Etnisk positiv särbehandling på den svenska arbetsmarknad

Av: Johanna Hansson och Marie Lundqvist

HARH16 Kandidatuppsats i handelsrätt

15 högskolepoäng

HT 2020

Handledare: Ankie Hartzén

Förkortningar

DL	Diskrimineringslagen
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
EU	Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
GDPR	General Data Protection Regulation
LDO	Likestillings- og diskrimineringsombudet
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NOU	Norges offentlige utredninger
Prop.	Regeringens proposition
PUL	Personuppgiftslagen
SOU	Statens offentliga utredningar
SCB	Statistiska Centralbyrån
PUL	Personuppgiftslagen

Innehållsförteckning

1. Inledning	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte	6
1.3 Frågeställning	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Disposition	9
2. Begreppet etnicitet	10
3. Positiv särbehandling	12
3.1 Definition av positiv särbehandling	12
3.2 Tillämpning av positiv särbehandling	14
3.2.1 Automatiskt eller ovillkorligt	14
3.2.2 Lika eller likvärdiga meriter	15
3.2.3 I proportion till ändamålet	16
3.3 Systematiskt arbete till syfte att främja jämlikhet	17
4. Förutsättningar att införa etnisk positiv särbehandling i Sverige	18
4.1 Europeiska Unionens diskrimineringsrätt och likabehandlingsprincip	18
4.2 The General Data Protection Regulation (GDPR) i relation till etnicitet	19
4.3 Svensk diskrimineringslagstiftning	22
5. Norsk lagstiftning om etnisk positiv särbehandling	24
6. Analys	27
6.1 Komparativ analys av Norge och Sverige	27
6.1.1 Positiva och negativa aspekter och en jämförelse mellan de två	27
6.1.2 Rättsfall gällande etnisk positiv särbehandling	29
6.2 Samspelet mellan kön och etnicitet	30
6.3 Registrering av etnisk tillhörighet och integritet	31
7. Slutsats	34
Källförteckning	36

Sammanfattning

Den svenska arbetsmarknaden är idag inte jämlik och det finns en stark underrepresentation av icke-etniska svenskar. Det har tidigare gjorts överväganden om positiv särbehandling och om det kan vara en likabehandlingsåtgärd som bör implementeras i svensk lagstiftning i syfte att främja jämlikhet på arbetsmarknaden. Den senaste utredningen gjordes för 15 år sedan och sedan dess har Sverige påverkats mycket av invandring och en stigande arbetslöshet.

Syftet med denna uppsats är att utreda vilka förutsättningar det finns idag att implementera positiv särbehandling på grund av etnicitet i arbetslivet i Sverige. Vi hoppas kunna bidra med ett nytt och mer uppdaterat perspektiv på etnisk positiv särbehandling och hur Sverige kan gå tillväga vid ett eventuellt införande.

Vår slutsats är att det finns goda förutsättningar att införa positiv särbehandling på grund av etnicitet i arbetslivet. Utmaningen ifall kartläggning gällande etnicitet väljs att göra ligger i risken för grupperingar samt integritetsproblem. Genom ett systematiskt och målinriktat jämlikhetsarbete kan vi undvika en stor del av de andra tillämpningsproblem som tas upp i utredningen som intresseavvägning mellan kön eller etnicitet, vem som ska omfattas av undantaget osv. Men likt alla bestämmelser som införs och som innebär ett undantag från en lagstadgad rättighet måste det ske med oerhörd försiktighet och utredas noga.

Nyckelord: positiv särbehandling, etnicitet, arbetslivet, diskriminering, GDPR, integritet

Summary

The Swedish labor market today is not equal and there is a strong under-representation of non-ethnic Swedes. Considerations have previously been given to positive action and whether it can be an equal treatment measure that should be implemented in Swedish legislation in order to promote equality in the labor market. The latest investigation was carried out 15 years ago and since then Sweden has been affected by immigration and increasing unemployment.

The purpose of this thesis is to investigate what conditions there are today to implement positive discrimination due to ethnicity in working life in Sweden. We hope to be able to contribute with a new, more updated perspective on ethnically positive discrimination and how Sweden can proceed with a possible introduction.

Our conclusion is that there are good conditions for introducing positive discrimination due to ethnicity in working life. If one chooses to map ethnicity the challenge lies in the risk of groupings and integrity problems. Through systematic and goal-oriented equality work, we can avoid a large part of other application problems that are addressed in the inquiry, such as balancing interests between gender or ethnicity, who is to be covered by the exemption, and so on. But like all provisions that are introduced, and which entail an exemption from a statutory right, this must be done with extreme caution and investigated carefully.

Keywords: positive action, ethnicity, labour market, discrimination, GDPR, integrity

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Vi lever i en värld där personer ständigt är i rörelse, både frivilligt eller på grund av krig och förtryck. I Sverige har det under de senaste 10 åren invandrat nästan 1,3 miljoner människor.¹ Ur ett arbetsmarknadsperspektiv kräver denna stora invandring att fler sätts i arbete och att integrationen till arbetsmarknaden fungerar väl. I Sverige talas det mycket om integration och hur utrikes födda lättare och snabbare skall integreras i samhället. Sysselsättningsgraden i Sverige är bland den högsta i Europa men däremot finns det en stor skillnad mellan inrikes födda och utrikes födda. År 2014 var 83,1% av de inrikes födda sysselsatta medan endast 67,8% de utrikes födda var det, detta är en skillnad på 15,3% vilket innebär att Sverige är ett av de länder i Europa där skillnaden i sysselsättningsgrad är störst.² Trots att Sverige talar mycket om integration visar denna statistik tydligt att utrikes födda personer är underrepresenterade på arbetsmarknaden och har svårare att hitta sysselsättning.

Den höga arbetslösheten bland utrikes födda kostar samhället både i form av bidrag och utbildning men även i uteblivna skatteintäkter. En person som flytt till Sverige kostar i genomsnitt 74,000 kronor per år där kostnaderna de första åren är högst. Denna kostnad kan minska om fler utlandsfödda kommer i arbete och integrationen på arbetsmarknaden sker effektivare.³ Många arbeten på den svenska arbetsmarknaden kräver att den sökande talar svenska vilket gör att alla personer som är bosatta i Sverige men som saknar kunskap i det svenska språket har rätt att kostnadsfritt läsa Svenska för invandrare.⁴ Utbildningen i det svenska språket skapar bättre möjligheter på arbetsmarknaden för utlandsfödda men trots detta är skillnaden i sysselsättning stor.

För att ge utrikes födda bättre möjligheter har positiv särbehandling på grund av etnicitet diskuterats i Sverige och 2006 presenterades en utredning av diskrimineringskommittén som undersökte fördelar, nackdelar samt möjligheter att införa en sådan lagstiftning i Sverige.⁵ EU:s lagstiftning ger medlemsländerna möjlighet att positivt särbehandla på grund av

¹ Statistiska Centralbyrån, *Invandring till Sverige*. 2020-08-31.

² Statistiska Centralbyrån, *Invandring till Sverige*.

³ Regeringskansliet, *Tid för integration – en ESO-rapport om flyktingars bakgrund och arbetsmarknadsetablering*, 2018, s 11.

⁴ Skolverket, *Rätt, behörighet och antagning till sfi*, 2020-09-03.

⁵ SOU 2006:22.

etnicitet⁶ men Sverige valde att inte tillämpa denna möjligheten i den svenska lagstiftningen. Vårt grannland Norge har sett annorlunda på denna möjlighet och istället valt att tillämpa positiv särbehandling på grund av etnicitet i syfte att främja jämlikhet.⁷

Denna tydliga skillnad i sysselsättning mellan inrikes födda och utrikes födda väckte vårt intresse. Det finns ett tydligt problem där någon form av åtgärd krävs för att skapa bättre jämlikhet på arbetsmarknaden. En åtgärd för att minska problemet kan vara att införa positiv särbehandling på grund av etnicitet och vi kommer i denna uppsats göra en analys gällande möjligheten att införa en sådan lag i den svenska lagstiftningen.

1.2 Syfte

Vårt syfte är att analysera de rättsliga förutsättningar som finns i Sverige för att införa positiv särbehandling på grund av etnicitet. För att uppnå vårt syfte vill vi skapa en djupare förståelse för vilka för- och nackdelar positiv särbehandling på grund av etnicitet kan innebära för etnisk jämlikhet på den svenska arbetsmarknaden. Vidare kommer en jämförelse med Norge att göras, ett land som idag använder sig av positiv särbehandling på grund av etnicitet. Syftet med jämförelsen är att skapa en djupare förståelse gällande möjligheten att införa positiv särbehandling på grund av etnicitet genom att undersöka hur Norge resonerat när de implementerat etnisk positiv särbehandling i sin lagstiftning.

1.3 Frågeställning

Vår huvudfråga är:

1. Vilka rättsliga förutsättningar finns det att lagstifta om etnisk positiv särbehandling på den svenska arbetsmarknaden?

För att på ett bättre sätt kunna besvara vår huvudfråga har vi valt att formulera ytterligare två frågor som vi vill besvara:

⁶ Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, artikel 5.

⁷ Lov om förbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv, 8§.

2. Vilka för- och nackdelar kan ses ur ett jämlikhetsperspektiv med att lagstadga en möjlighet till etnisk positiv särbehandling i arbetslivet?
3. Hur skiljer sig de rättsliga förutsättningarna för etnisk positiv särbehandling i Norge jämfört med Sverige?

1.4 Metod och material

Den rättsdogmatiska metoden tillsammans med en komparativ analys låg till grund för att besvara våra frågeställningar. I den rättsdogmatiska metoden användes de allmänt accepterade rättskällorna vilket bland annat är lagstiftning, förarbeten och rättspraxis för att beskriva den gällande rätten, de lege lata.⁸ För att beskriva den gällande rätten började vi att undersöka EU-lagstiftningen, dess direktiv och förordningar samt den svenska lagstiftningen, dess förarbeten och rättspraxis. Syftet med att beskriva den gällande rätten var att vi ville undersöka vilka förutsättningar som idag finns inom EU-rätten gällande ett eventuellt införande av etnisk positiv särbehandling och därefter hur dessa möjligheter uttrycker sig i svensk lagstiftning. Genom att systematiskt undersöka rättsreglerna ville vi finna lösningar på vårt rättsliga problem.

Vi studerade utredningen och propositionen till diskrimineringslagstiftningen då positiv särbehandling på grund av etnicitet inte fanns i den svenska lagstiftningen utan endast hade diskuterats i propositionen och utredningen. Syftet med att studera dessa två rättskällor var att skapa en förståelse gällande hur resonemang hade förts när positiv särbehandling på grund av etnicitet inte hade införts i svensk lagstiftning. I dessa två rättskällor kunde vi urskilja ett flertal problem, ett som bland annat rörde integritetsfrågan och som fick oss att behöva gå tillbaka till EU-rätten och granska den allmänna dataskyddsförordningen, GDPR. När vi undersökte den norska propositionen som behandlar personuppgifter kunde vi urskilja att kartläggning av etnicitet, diskriminering eller förhållandet mellan personuppgifter och positiv särbehandling på grund av etnicitet inte utreds.⁹ Däremot i utredningen, Rettslig vern mot etnisk diskriminering, beskrivs fördelarna och nackdelarna med att kartlägga etnicitet på arbetsplatsen.¹⁰

⁸ Korling, Fredric och Zamboni, Mauro. *Juridisk Metodlära*. Upplaga 1:2. Lund: Studentlitteratur AB, 2013, s 40.

⁹ Prop. 56 LS (2017–2018)

¹⁰ NOU 2002: 12

För att komplettera det rättsliga materialet valde vi att undersöka rättspraxis, syftet var att skapa en djupare förståelse för hur domstolen valt att tolka positiv särbehandling på grund av etnicitet. Rättsfall gällande positiv särbehandling på grund av etnicitet som behandlats i domstol är få och detta är en av anledningarna till att vi valde NJA 2006. s 683 trots att det till viss del endast behandlar Högskoleförordningen.¹¹ Vi ansåg att rättsfallet trots detta var relevant då det behandlar positiv särbehandling på grund av etnicitet och därför kan skapa en bild av hur Högsta Domstolen har dömt i tidigare fall. Dessutom är innebörden av och ramen för positiv särbehandling densamma oavsett område, det vill säga om det är i utbildningssammanhang eller i arbetslivet. Det är dock viktigt att ha i åtanke vid analysen att Högskoleförordningen är en del av rättsfallet. Det var proposition 2007/08:95 som låg till grund när vi valde ut rättsfallet, NJA 2006. s 683.¹²

För att skapa en bättre förståelse för våra frågeställningar valde vi att undersöka begreppen etnicitet samt positiv särbehandling. Anledningen till detta är att båda begreppen finns i våra frågeställningar och ligger därmed till grund för vår uppsats. Vi valde att undersöka begreppet positiv särbehandling på grund av etnicitet i relation med positiv särbehandling på grund av kön. Anledningen till detta är att positiv särbehandling på grund av kön idag är tillåtet i svensk lagstiftning och begreppet positiv särbehandling har samma innebörd i båda kontexterna gällande kön och etnicitet. Genom att undersöka begreppet i en annan kontext skapar det en bättre och djupare förståelse för begreppet. För att komplettera förståelsen gällande begreppet positiv särbehandling valde vi att undersöka ett antal förhandsavgöranden från EU. Eftersom bestämmelser som direktiv och förordningar i EU-rätten vanligtvis är väldigt vaga och målinriktade ger de sällan en tydlig vägledning och därför är EU-rättspraxis viktig. Rättsfallen gav oss vägledning och hjälpte oss att förstå ramen för tillämpningsområdet gällande positiv särbehandling och hur det kan tolkas samt i vilken utsträckning begreppet positiv särbehandling kan användas. EU-rätten samt undersökningen av positiv särbehandling på grund av etnicitet i kontext med begreppet kön gav oss en bred förståelse för begreppet positiv särbehandling.

För att skapa en djupare förståelse för den svenska och EU-rättsliga lagstiftningen gällande positiv särbehandling på grund av etnicitet valde vi att även använda en komparativ metod.

¹¹ NJA 2006, s.683.

¹² Prop. 2007/08:95, s.206.

Syftet med en komparativ metod är att hitta, beskriva och analysera skillnader och likheter mellan olika objekt.¹³ Genom att jämföra Sverige med Norge, som tillhör samma rättsfamilj¹⁴ men som tillåter positiv särbehandling på grund av etnicitet, ville vi öka vår förståelse gällande fördelarna, nackdelarna samt möjligheterna och problematiken med att införa positiv särbehandling på grund av etnicitet och därigenom på ett djupare plan kunna besvara frågeställningarna.¹⁵ Vi genomförde inte en full komparation utan belyser istället vissa delar av den norska lagstiftningen i syfte att skapa en bättre förståelse för den svenska lagstiftningen gällande positiv särbehandling på grund av etnicitet. Vi upplevde viss svårighet när vi försökte hitta norska rättskällor som berörde positiv särbehandling på grund av etnicitet. Vi fann ingen doktrin eller något expertutlåtande, förutom förarbetena till lagstiftningen, som hjälpte oss med tolkningen av lagstiftningen. Detta innebar en utmaning när vi ville belysa delar av den norska lagstiftningen då tolkningsproblem kunde uppstå. För att minska risken att lagtolkningen skedde på ett felaktigt sätt valde vi att komplettera den norska lagstiftningen med rättsfall samt utredningen och propositionen som gjordes inför diskrimineringsloven. Vidare valde vi även att behålla delar av de norska begreppen för att minimera risken att förlora innebörd genom översättning. Det är dock viktigt att ha i åtanke i diskussionsdelen att problematiken gällande rättskällorna har funnits.

1.5 Disposition

I detta avsnitt kommer vi att redogöra för den disposition vi valt att använda i denna uppsats samt förklara anledningarna bakom dispositionen. Presentationen av fakta inleds med en förklaring av begrepp och anledningen till detta är att de begrepp som förklaras ligger till grund för våra frågeställningar. För att öka förståelsen av begreppen och stärka dess relevans har vi valt att inkludera rättsfallen i första delen av faktadelen. Efter förklaringen av begreppen har vi valt att dela upp faktadelen efter de olika rättskällorna och genom denna uppdelning hoppas vi att minimera risken för missförstånd kring vilken rättskälla som ligger till grund för respektive resonemang. Vi inleder med EU-rätten då den sätter ramar och således påverkar den svenska lagstiftningen. Därefter redogör vi för de svenska rättskällorna följt av de norska rättskällorna. Anledningen till att de norska rättskällorna är sist i

¹³ Bogdan, Michael. *Komparativ Rättskunskap*. Andra upplaga. Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2003, s.57

¹⁴ Nyström, Birgitta. *EU och arbetsrätten*. Femte upplagan. Stockholm: Wolters Kluwer Sverige AB, 2017, s. 63.

¹⁵ Bogdan, Michael. *Komparativ Rättskunskap*. Andra upplaga. Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2003, s.28

faktadelen är att de används för att stärka förståelsen för de svenska rättskällorna och således ge oss en mer nyanserad förståelse för våra frågeställningar.

Dispositionen i analysdelen skiljer sig från den i faktadelen. Vi har valt att diskutera positiv särbehandling på grund av etnicitet utifrån olika tema och därmed integrera de olika rättskällorna i tema. Syftet med detta var att på ett bättre sätt kunna jämföra de olika rättskällorna och därmed på ett djupare plan besvara frågeställningarna.

2. Begreppet etnicitet

För att kunna utreda för- och nackdelar med etnisk positiv särbehandling samt vem som ska omfattas av den behöver vi först definiera vad etnisk tillhörighet är.

Sverige är en del av den Europeiska Unionen och därmed är direktivet om principen om likabehandling av personer oavsett ras och etniska ursprung tillämpligt (härefter benämnt direktiv mot etnisk diskriminering).¹⁶ I en kommissionsrapport om tillämpningen av direktivet skrivs att ”I direktiv 2000/43/EG definieras inte begreppen ras eller etniskt ursprung. Det är istället medlemsstaterna som ska bestämma huruvida dessa begrepp ska definieras i deras nationella lagar”.¹⁷ Genom detta väljer EU aktivt i direktivet att inte definiera begreppet etniskt ursprung.

Dock finns det genom EU-rättspraxis ändå erfarenheter som indirekt gjort att begreppet smalnat av. Exempel på rättspraxis är EU-målet C-83/14 där etniskt ursprung eller etnicitet tolkas utifrån grundtanken att samhällsgrupper utmärks av ”gemensam nationalitet, religion, språk, kultur och tradition och bostadsmiljö”.¹⁸

Vidare enligt den svenska diskrimineringslagen definieras etnisk tillhörighet som ”nationellt eller etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande”.¹⁹ När det gäller etniskt ursprung kan framhållas att här innefattas bland annat nationella minoriteter såsom samer eller romer.²⁰

¹⁶ Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.

¹⁷ Rapport från kommissionen till Europaparlamentet och rådet om tillämpningen av 2000/43/EG, COM (2014) 2 final av den 17 januari 2014, s.11.

¹⁸ Mål C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD mot Komisia za zashtita ot diskriminatsia, punkt 46.

¹⁹ 1 kap 5 § 3p. SFS 2008:567. *Diskrimineringslag*.

²⁰ Prop. 2007/08:95, s.120.

Bestämmelserna i den nuvarande diskrimineringslagstiftningen kring begreppet etnisk tillhörighet skiljer sig inte markant från den tidigare diskrimineringslagen. Avsikten med den nya lagen var främst att stärka den svenska diskrimineringsrätten genom bland annat en ny tillsynsmyndighet samt för att slutföra genomförande av diverse EU-direktiv, däribland direktivet mot etnisk diskriminering.²¹ För att förstå hur resonemanget fördes kring just begreppet etnisk tillhörighet vid införandet kan det därför vara givande att se till den proposition som föregick den tidigare diskrimineringslagen om etnisk diskriminering.

I den tidigare propositionen skiljde sig definitionen av begreppet etnisk tillhörighet från definitionen i den nya diskrimineringslagen när det gäller ordet ras. I propositionen till den äldre lagstiftningen fördes en diskussion kring ordet ras och huruvida det skulle vara en del av begreppet etnisk tillhörighet, vilket regeringen beslutade att det skulle vara.²² Till den nya, rådande diskrimineringslagen ser vi dock att ras inte längre är en del av begreppet.²³ Diskrimineringskommittén menade i propositionen som föregick den rådande lagstiftningen att anledningen till att det tidigare valts att ha kvar ordet ras är för att det ska vara lättare att uppfylla internationella konventioner och genomföra EU-direktiv.²⁴ Ordet ras är dock problematiskt eftersom begreppet kan antyda att det finns flera människoraser. Dock menar författarna till de internationella konventionerna samt EU-direktiven som använder begreppet ras att de tar starkt avstånd från teorier som hävdar rasöverlägsenhet samt att det skulle finnas flera människoraser. Anledningen till att de behållit begreppet ras är för att skydda de människor som skulle kunna falla offer för andra människor som tror på rasteorier.²⁵ Förutom internationella organisationer använder länder, till exempel USA, och dess myndigheter begreppet ras för att kunna granska och utvärdera jämlikhetsarbete och policys för medborgarrättigheter etc. De amerikanska myndigheterna har delat in ras i minst fem olika underkategorier, däribland “white”, “black or african american” och “asian”. Myndigheten United States Census Bureau samlar in data baserat på frågeformulär där medborgare frivilligt fyllt i vilken ras de identifierar sig som.²⁶

Den svenska regeringens slutsats var dock att ordet ras inte ska användas i den nuvarande diskrimineringslagstiftningen eftersom det kan underblåsa teorier och normalisera

²¹ Prop. 2007/08:95 s. 2, 10 ff.

²² Prop. 2002/03:65

²³ 1 kap 5 § 3p. SFS 2008:567. *Diskrimineringslag*.

²⁴ Prop. 2007/08:95 s. 118

²⁵ Prop. 2007/08:95 s. 119

²⁶ United States Census Bureau. *About*. 2020-10-16.

användandet av ordet. Regeringen ska även verka i internationella kontexter för att ordet ras undviks i så stor utsträckning som möjligt. För att ändå reservera sig för de fall där det behövs ett extra skydd för personer som blir utsatta för rasangrepp har regeringen inkluderat "annat liknande förhållande" i definitionen av etnisk tillhörighet. I "annat liknande förhållande" innefattas lite mer svårdefinierade förhållande som uppfattningar om ras, "invandrades" egenskaper, utseende, bakgrund m.m. I propositionen sammanfattas det som "att någon över huvud taget motiverar ett missgynnande agerande utifrån nedsättande beteckningar om personer med utländsk eller svensk bakgrund".²⁷

Utöver ovanstående går det även att uttyda ur svensk doktrin att skyddet av etnisk tillhörighet även innefattar om personen talar ett minoritetsspråk.²⁸ Ett annat exempel på hur etnisk tillhörighet kan tolkas visade Stockholms tingsrätt år 2011 när de valde att tolka etnisk tillhörighet som "personer med arabiska och/eller muslimska namn kan anses representativa för såväl begreppet etnisk tillhörighet som religion."²⁹ Observera att detta fall inte är ett prejudicerande rättsfall men att det kan vara relevant för att visa på hur bred tolkningen av etnisk tillhörighet kan vara. Det finns således inte en gemensam legaldefinition för begreppet etnicitet och genom detta faktum lämnar lagstiftaren begreppet öppet för tolkning. Tolkning kan te sig väldigt annorlunda beroende på vart vi befinner oss. På EU-nivå kan medlemsländer nationellt tolka begreppet olika och på nationell nivå kan domstolar nå olika slutsatser till följd av olika tolkningar av begreppet.

3. Positiv särbehandling

3.1 Definition av positiv särbehandling

Genom att vidare definiera ytterligare ett begrepp, positiv särbehandling, hjälper det oss att besvara våra frågeställningar. Detta eftersom positiv särbehandling är ett centralt begrepp i utredningen men som måste förstås först enskilt för att sedan kunna förstås i en bredare kontext.

²⁷ Prop.2007/08:95 s. 120 f.

²⁸ Göransson Gabinus, Håkan, Del Sante, Naiti.. *Diskrimineringslagen : en lärobok*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2018,. s.33.

²⁹ Stockholm tingsrätt dom 2011-04-13 i mål nr T 9176-08, s.18

Det finns ingen gemensam definition av begreppet positiv särbehandling, varken på EU-nivå eller i den svenska lagstiftningen. Att det saknas en definition kan medföra problematik kring tillämpningen av positiv särbehandling. Det finns närliggande begrepp på svenska som är särskilda åtgärder, aktiva åtgärder och kvotering.³⁰ Kvotering innebär att en viss andel av platserna är avsedd för en särskild grupp och syftet med detta är att motverka en ojämn fördelning. Kvotering är inte tillåtet eftersom EU-rätten inte tillåter att automatiskt ge någon en fördel.³¹ Positiv särbehandling är inte samma sak som aktiva åtgärder men brukar ses som en del av begreppet vilket framgår i den avskaffade jämställdhetslagen 9 §. Aktiva åtgärder innebär ett målinriktat arbete mot jämlikhet samt mot samhällsklyftor mellan män och kvinnor.³²

I domar på EU-nivå används ofta den engelska termen positive action vilket regelmässigt på svenska betyder aktiva åtgärder. Den Europeiska kommissionens jämställdhetsenhet 1998 skriver att positive action betyder att den underrepresenterade i en situation gynnas och syftet är att förbättras dennes ställning, exempelvis på arbetsmarknaden. I det engelska begreppet positive action innefattas även andra begrepp som positiv särbehandling och kvotering.³³

³⁰ SOU 2006:22 s.600 f.

³¹ SOU 2006:22 s.629; se även avsnitt 3.2.1 *Automatiskt eller ovillkorligt*.

³² SOU 2006:22 s.627.

³³ SOU 2006:22 s.630.

Även om det saknas en tydlig definition har den svenska regeringen ställt sig bakom diskrimineringskommitténs förslag som innefattar sex olika beståndsdelar och utmärkande drag som skall innefattas i begreppet. Den första är att positiv särbehandling är att anses som ett undantag från likabehandlingsprincipen. Den andre är att positiv särbehandling skall skapa fördelar till underrepresenterade grupper för att ge dessa grupper förtur och därmed skapa lika rättigheter. Den tredje beståndsdelan är att syftet med att tillämpa positiv särbehandling ska vara att skapa en reell jämlikhet i praktiken, vilket även definieras i bland annat Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt³⁴ samt i direktivet mot etnisk diskriminering³⁵. Fjärde beståndsdelan är att positiv särbehandling endast skall användas när det krävs. Den femte beståndsdelan är att positiv särbehandling endast är en möjlighet och inte ett krav och den sista beståndsdelan innebär att positiv särbehandling endast får tillämpas när kandidater har lika meriter.³⁶

3.2 Tillämpning av positiv särbehandling

Vid tillämpning av positiv särbehandling på grund av kön har EU-domstolen tagit fram sju³⁷ stycken förhandsavgöranden som verkat vägledande för medlemsländerna. Målen har behandlat positiv särbehandling på grund av kön men slutsatserna anses relevanta även för annan positiv särbehandling, till exempel positiv särbehandling på grund av etnicitet. Detta eftersom frågan egentligen rör i hur stor utsträckning medlemsstaterna är tillåtna att verka för att kompensera för den missgynnsamma situation som den arbetssökande befunnit sig i.³⁸

Ur de sju förhandsavgörande har följande tre slutsatser dragits:

- positiv särbehandlingen anses tillåtet när två arbetssökande, arbetstagare (etc.) har lika eller likvärdiga meriter

³⁴ Fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt 2012/C 326/01, artikel 157.4.

³⁵ Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung artikel 5

³⁶ SOU 2006:22 s.624 ff.

³⁷ Mål 312/86 Europeiska gemenskapernas kommission mot Franska republiken, REG 1988, s. 6315 (Celex 61986J0312), mål C-450/93 Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen, REG 1995, s. I-3051 (Celex 61993J0450), mål C-409/95 Hellmut Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen, REG 1997, s. I-6363 (Celex 61995J0409), mål C-158/97 Georg Badeck m.fl. i närvaro av Hessische Ministerpräsident och Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, REG 2000, s. I-1875 (Celex 61997J0158), mål C-407/98 Katarina Abrahamsson och Leif Anderson mot Elisabet Fogelqvist, REG 2000, s. I-5539 (Celex 61998J0407), mål C-79/99 Julia Schnorbus mot Land Hessen, REG 2000, s. I-10997 (Celex 61999J0079) och mål C-476/99 H. Lommers mot Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, REG 2002, s. I-2891 (Celex 61999J0476).

³⁸ SOU 2006:22 s.617 f.

- särbehandlingen får inte ske automatiskt eller ovillkorligt, utan en objektiv bedömning måste göras i varje enskilt fall av både den sökandes meriter samt sökandes person
- särbehandlingen måste ske i proportion gentemot ändamålet.³⁹

3.2.1 Automatiskt eller ovillkorligt

Den första slutsatsen som EU-domstolen dragit i förhållande till tillämpning av positiv särbehandling är att särbehandlingen inte får ske automatiskt eller ovillkorligt. Ur avgörandet i Kalanke-målet samt ur Marschall-målet kan vi utläsa att nationella regleringar som undantagslöst och ovillkorligt ger förtur för kvinnor vid tillsättning eller befordran är i strid mot direktivet mot etnisk diskriminering.⁴⁰

Vidare kan vi även urskilja detta kriterium i ett svenskt rättsfall från 2006, NJA 2006 s. 683. I fallet rörde det sig om att 10 % av platserna på juristprogrammet vid Uppsala universitet ett år tilldelades enbart till sökande med utlandsfödda föräldrar. Genom bestämmelsen att automatiskt tilldela 10 % av platserna till de sökande som hade utlandsfödda föräldrar blev särbehandlingen just automatisk och ovillkorlig vilket innebar kvotering. Fallet berörde till största delen Högskoleförordningen men eftersom kriterier för positiv särbehandling är desamma oavsett område är det relevant att ta upp hur Högsta domstolen valde att döma. Dessutom är detta fall det enda prejudicerande fallet i Sverige som direkt rör positiv särbehandling på grund av etnicitet.⁴¹

Ett förtydligande av ovan anförda är att en egenskap inte får vara automatiskt utslagsgivande, till exempel att en kandidat får direkt företräde på grund av sitt kön. Genom detta kriterium har det kunnat fastställas att kvotering inte är tillåtet eftersom kvotering per definition är att en egenskap på förhand är automatiskt utslagsgivande. Ett sätt att förenkla detta är att uttrycka det som så att egenskaper kan vara utslagsgivande under särskilda omständigheter, men det får inte bestämmas att de *ska* vara utslagsgivande.⁴²

³⁹ SOU 2006:22 s.631 ff.

⁴⁰ Mål C-450/93 Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen, REG 1995, s. I-3051 (Celex 61993J0450), mål C-409/95 Hellmut Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen, REG 1997, s. I-6363 (Celex 61995J0409)

⁴¹ NJA 2006, s.683.

⁴² Prop. 2007/08:95 s.167.

3.2.2 Lika eller likvärdiga meriter

Den andra slutsatsen EU-domstolen dragit angående tillämpningen av positiv särbehandling behandlar de sökandes meriter.⁴³ Denna slutsats är även den sista beståndsdel i diskrimineringskommitténs definition av begreppet positiv särbehandling.⁴⁴ Badeck-målet är ett av de mål som EU-domstolen förtydligat kriteriet för meriter genom. I Badeck-målet pekar EU-domstolen återigen på det som ovan nämns angående att positiv särbehandling är tillåtet om det inte automatiskt och ovillkorligt innebär ett företräde för det underrepresenterade könet, i Badeck-fallet kvinnor. I målet lägger EU-domstolen dock till två krav för positiv särbehandling vilket för det första innebär att särbehandlingen endast får ske till fördel för de kvinnor som innehar meriter som är likvärdiga med deras manliga konkurrenters. Det andra kravet är att det görs en objektiv bedömning av ansökningarna där samtliga sökandes personliga förhållande beaktas. Krav på objektivitet förtydligas genom detta fall.⁴⁵

Ett fall som ytterligare förtydligar kravet på lika meriter är det svenska Abrahamsson-målet. Återigen tar EU-domstolen upp genom förhandsavgörandet att särbehandlingen inte får innebära automatiskt och absolut företräde samt att det inte räcker med *tillräckliga* kvalifikationer utan att de måste vara *likvärdiga*. I målet rörde det sig kring frågan om det räckte att kandidaten som särbehandlas besatt tillräckliga kvalifikationer för att det skulle anses tillåtet att positivt särbehandla. Domstolen beslutade att det var i strid mot likabehandlingsdirektivet att anställa någon som förvisso hade tillräckliga meriter för tjänsten om det innebar att de var sämre än någon annan sökandes meriter.⁴⁶

Vidare kan vi även se detta kriterium i domskälen till det svenska Uppsala-fallet. I fallet framgick det att sökande med utlandsfödda föräldrar hade blivit antagna trots att de tydligt hade sämre meriter. Hänsyn måste alltid tas till sökandens person och meriter och dessa måste vara lika eller likvärdiga om det ska vara tillåtet att positivt särbehandla.⁴⁷

⁴³ SOU 2006:22 s.631.

⁴⁴ SOU 2006:22 s.624 ff., se även avsnitt 3.1 *Definition av positiv särbehandling*.

⁴⁵ Mål C-158/97 Georg Badeck m.fl. i närvaro av Hessische Ministerpräsident och Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, REG 2000, s. I-1875 (Celex 61997J0158),

⁴⁶ Mål C-407/98 Katarina Abrahamsson och Leif Anderson mot Elisabet Fogelqvist, REG 2000, s. I-5539 (Celex 61998J0407)

⁴⁷ NJA 2006, s.683.

Uttrycket lika eller likvärdiga meriter lämnar ett visst utrymme för att meriterna kan få skilja sig mellan de sökande och ändå anses tillåtet att positivt särbehandla. Det finns ingen exakt bestämmelse kring hur stort utrymmet är.⁴⁸

3.2.3 I proportion till ändamålet

Den tredje slutsatsen EU-domstolen dragit angående tillämpningen av positiv särbehandling rör sig om huruvida åtgärden står i proportion till ändamålet. Att beslut om positiv särbehandling ska stå i proportion till ändamålet kan karaktäriseras som en avvägningsnorm. Detta innebär att när en arbetsgivares mål med positiv särbehandling kan anses nästintill uppfyllt ska arbetsgivaren fortsättningsvis använda positiv särbehandling med försiktighet. På samma sätt kan en arbetsgivare därför resonera att om målet är långt borta kan det anses försvarbart att arbetsgivaren i starkare grad använder sig av positiv särbehandling. Kravet på proportionalitet knyter även an till kravet på likvärdiga kvalifikationer eftersom det är att anse åtgärden oproportionerlig att anställa den sämre kvalificerade om skillnaderna är så stora att det skulle strida mot kravet på saklighet vid anställning.⁴⁹

Återigen kan vi se även detta kriterium i Uppsala-fallet. Högsta Domstolen ansåg att kvotering av detta slag innebar en stark positiv särbehandling, något som inte kunde anses stå i proportion till ändamålet eftersom det saknade objektivitet och saklighet.⁵⁰

3.3 Systematiskt arbete till syfte att främja jämlikhet

Utöver ramen som EU-domstolen har satt ut för när det är tillåtet att positivt särbehandla finns det även vissa förutsättningar i svensk lag som måste vara uppfyllda för att det ska anses tillåtet att positivt särbehandla. Arbetsgivare har nämligen en skyldighet att arbeta med att främja lika rättigheter och möjligheter på arbetsplatsen genom aktiva åtgärder, detta enligt diskrimineringslagen⁵¹. Detta gör arbetsgivare genom att bedriva ett målinriktat och systematiskt arbete som har till syfte att främja jämlikhet och därmed ta beslut rörande bland annat rekrytering och anställning med lika rättigheter och möjligheter i åtanke. En förutsättning för att positiv särbehandling ska vara tillåten är alltså att arbetsgivaren bedriver ett systematiskt arbete som har till syfte att främja jämlikhet.⁵²

⁴⁸ Prop. 2007/08:95 s.167.

⁴⁹ Prop. 2007/08:95 s.168 f.

⁵⁰ NJA 2006 s.683.

⁵¹ 3 kap. SFS 2008:567. *Diskrimineringslagen*.

⁵² Prop. 2007/08:95 s.326.

I detta krav finns det även en koppling att dra till proportionalitetskravet, se avsnitt 3.2.3. Kravet innebär att åtgärden måste ha ett syfte samt avse att eliminera ojämlikheter. Men för att veta om en ojämlikhet finns på arbetsplatsen krävs det att arbetsgivaren arbetar med detta, att arbetsgivaren kan redogöra för situationen på arbetsplatsen samt visa på en plan för att åtgärda problemet.⁵³

Vidare, genom kravet på att arbetsgivaren ska arbeta systematiskt och målinriktat existerar redan förutsättningarna för att harmonisera etnisk positiv särbehandling med positiv särbehandling på grund av kön. Genom det systematiska arbetet och planeringen av sitt jämlikhetsarbete kan arbetsgivaren förbereda hur en eventuell intresseavvägning kan komma att behöva se ut om arbetsgivare ställs inför beslut att antingen positivt särbehandla på grund av kön eller på grund av etnicitet.⁵⁴ Ansvar för att tillämpa undantagsregeln på ett korrekt sätt åligger arbetsgivaren som valt att tillämpa den. Arbetsgivaren får se till att de principer och kriterier som denne har för sitt arbete med åtgärder för jämlikhet efterföljs.⁵⁵

4. Förutsättningar att införa etnisk positiv särbehandling i Sverige

4.1 Europeiska Unionens diskrimineringsrätt och likabehandlingsprincip

Syftet med den Europeiska Unionens diskrimineringsrätt och likabehandlingsprincip är att erbjuda rättsliga verktyg för medlemsländerna i ett led att uppnå faktisk jämlikhet för sina medborgare. En del i detta är att erkänna att lika rättigheter inte innebär lika möjligheter och positiv särbehandling är en form av åtgärd för att försöka korrigera denna orättvisa. EU-direktivet mot etnisk diskriminering har till syfte att skapa en ram för att motverka diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung. Direktivets artikel 5 som behandlar positiv särbehandling lyder:

“I syfte att säkerställa full jämlikhet i praktiken får principen om likabehandling inte hindra en medlemsstat från att behålla eller besluta om särskilda åtgärder för att förhindra att

⁵³ Prop. 2007/08:95 s.326.

⁵⁴ SOU 2006:22 s.659.

⁵⁵ SOU 2006:22 s.668.

personer av en viss ras eller ett visst etniskt ursprung missgynnas eller att kompensera för ett sådant missgynnande”.⁵⁶

Enligt artikel 6 i direktivet är bestämmelserna i direktivet ett minimikrav och medlemsstaterna får därmed införa nationella bestämmelser, när det avser att upprätta principen om likabehandling, som är mer fördelaktiga än de som anges i direktivet.⁵⁷ Mot bakgrund av artikel 6 kan artikel 5 vid första anblicken ses som svårtolkad. Dock, genom formuleringen i artikel 5 tolkar vi det som att positiv särbehandling är ett tillåtet undantag från principen om likabehandling och att även andra åtgärder kan vara tillåtna. Detta stärks i SOU 2006:22 som kommer fram till samma slutsats.⁵⁸ Åtgärderna får användas i syfte att säkerställa full jämlikhet. Artikeln är formulerad som en undantagsbestämmelse och att införa särskilda åtgärder är därför inte ett krav utan en möjlighet. Däremot måste syftet med direktivet vara uppfyllt, att medlemslandet aktivt arbetar för att motverka diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung. Att inte införa positiv särbehandling på grund av etnicitet anser EU vara en indirekt diskriminering mot den missgynnade grupp som inte ges en ärlig chans att få bli jämlika.⁵⁹

Eftersom Sverige själva behöver implementera EU-direktiv i svensk lag gjordes en utredning gällande bestämmelserna i direktivet och hur de ska kunna harmonisera med gällande lagstiftning i Sverige. I utredningen framkom det att Sverige skulle återkomma i frågan gällande att implementera positiv särbehandling på grund av etnicitet.⁶⁰ I regeringens proposition 2002/03:65, Ett utvidgat skydd mot diskriminering, som föregick den tidigare svenska diskrimineringslagstiftningen, framkommer det att Sverige måste använda särskilda åtgärder för att uppnå lika möjligheter oavsett etnisk tillhörighet. Regeringen menade därför i linje med artikel 5 i EU-direktivet att särskilda åtgärder måste tillåtas. Ett förslag som togs upp var att via arbetsmarknadspolitiska insatser utjämna skillnaderna och öka jämlikhet.⁶¹ Några andra tydliga handlingar finner vi inte som Sverige har försökt ta till för att uppnå syftet med direktivet. Att skillnaden mellan sysselsättningsgraden på inrikes födda och

⁵⁶ Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, artikel 5.

⁵⁷ Direktiv 2000/43/EG, artikel 6.

⁵⁸ SOU 2006:22, s. 624.

⁵⁹ Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter, 2010. Europarådet, 2010. *En handbok i europeisk diskrimineringsrätt*, s.36.

⁶⁰ Kommittédirektiv 2000:106 *Ett utvidgat skydd mot diskriminering*.

⁶¹ Prop. 2002/03:65, s 116 ff.

utrikes födda är hög i Sverige är ett faktum och om EU-direktivets syfte är uppfyllt kan därmed ifrågasättas.⁶²

4.2 The General Data Protection Regulation (GDPR) i relation till etnicitet

I Sverige är rätten till privatliv och skydd för personuppgifter starkt skyddad genom ett flertal konventioner och förordningar som Sverige valt att ratificera. I den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR) beskrivs rätten till privatliv.⁶³ I EU:s stadga om grundläggande rättigheter behandlas i artikel 7 rätten till respekt för privat- och familjeliv och i artikel 8 rätten till skydd för personuppgifter.⁶⁴ Bestämmelserna i EU:s stadga är bindande för Sverige eftersom ett medlemskap i EU automatiskt ratificerar dessa grundläggande bestämmelser.⁶⁵ Utöver de ovan nämnda bestämmelserna finns det dock ytterligare bestämmelser i Sveriges grundlag om rätt till skydd för den personliga integriteten i samband med behandling av personuppgifter.⁶⁶

År 2018 införde EU, som ett komplement till artikel 7 och 8 i stadgan om grundläggande rättigheter, dataskyddsförordningen General Data Protection Regulation (GDPR). GDPR ersatte då den tidigare Personuppgiftslagen (PUL) från 1998. Syftet med förordningen är att reglera behandlingen och det fria flödet av personuppgifter och på de sättet generera ett starkare skydd för den enskilde och dess personuppgifter.⁶⁷ Skyddet ger privatpersoner möjlighet att kontrollera sina personuppgifter samt kräver att det alltid måste finnas ett lagstadgat syfte med behandling av personuppgifter.⁶⁸ Enligt artikel 9 punkt 1 i dataskyddsförordningen är hanteringen av personuppgifter som behandlar ras eller etnicitet förbjudna. Det finns dock undantag och de redovisas i samma artikel, punkt 2. Om personen har lämnat sitt samtycke, om behandlingen krävs för att den "personuppgiftsansvarige eller

⁶² Statistiska Centralbyrån, *Invandring till Sverige*. 2020

⁶³ Artikel 8. SFS 1994:121. *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*.

⁶⁴ Artikel 7 och 8. Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna 2012/C 326/02.

⁶⁵ Fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt 2012/C 326/01

⁶⁶ 2 kap. 6 § andra stycket. SFS 1974:152. *Kungörelse om beslutad ny regeringsform*.

⁶⁷ Europaparlamentet och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning), artikel 1

⁶⁸ Europaparlamentet och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning), artikel 2

den registrerade ska kunna fullgöra sina skyldigheter och utöva sina särskilda rättigheter”⁶⁹ på särskilda områden, däribland arbetsrätten, eller om det är nödvändigt för att “skydda den registrerades eller någon annan fysisk persons grundläggande intressen när den registrerade är fysiskt eller rättsligt förhindrad att ge sitt samtycke”,⁷⁰ då är det bland annat tillåtet att undantag görs från artikel 9 punkt 1.

Med behandling av personuppgifter avses:

“en åtgärd eller kombination av åtgärder beträffande personuppgifter eller uppsättningar av personuppgifter, oberoende av om de utförs automatiserat eller ej, såsom insamling, registrering, organisering, strukturering, lagring, bearbetning eller ändring, framtagning, läsning, användning, utlämning genom överföring, spridning eller tillhandahållande på annat sätt, justering eller sammanförande, begränsning, radering eller förstöring”.⁷¹

Etnisk positiv särbehandling kan innebära att det behöver föras statistik över människors etniska tillhörighet. Genom att aktivt dokumentera anställdas etniska tillhörighet innebär det personuppgiftsbehandling av extra känslig karaktär. Som ovan nämnt är det enligt GDPR inte tillåtet med hanteringen av personuppgifter som behandlar etnicitet eller ras. Dock är det tillåtet om något av följande krav i punkt 2 i artikel 9 är uppfyllt, vilket i detta fallet skulle kunna vara att en arbetssökande eller arbetstagare ger sitt samtycke till att registrera dennes etnicitet.⁷²

Men det finns en viss problematik i att som arbetssökande eller arbetstagare ge sitt samtycke. Som framförallt arbetssökande, men även arbetstagare, befinner denne sig i en beroendeställning. Ett samtycke kan inte säkerställas att det är just det, ett samtycke, eller om den sökande känner att det inte är ett alternativ att inte ge sitt samtycke om hen ska ha fortsatt möjlighet till tjänsten. Vid svåra möjligheter till anställning kan en person därför ge

⁶⁹ Europaparlamentet och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning), artikel 9, punkt 2

⁷⁰ Europaparlamentet och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning), artikel 9, punkt 2

⁷¹ Förordning (EU) 2016/679, artikel 4 punkt 2.

⁷² SOU 2006:22 s.657.

sitt samtycke för att öka sina möjligheter till anställning utan att egentligen vilja ge sitt samtycke.⁷³

Ett annat alternativ som föreslås är att införa etnisk positiv särbehandling utan att för den delen införa bestämmelser om registrering eller sammanställningar av människors etniska tillhörighet. Utredningskommittén menar att personer med utländsk bakgrund under en längre överskådlig framtid kommer att vara underrepresenterade på arbetsmarknaden. Risken för att icke etniska svenskar skulle få en oproportionerligt stor representation på den svenska arbetsmarknaden till följd av etnisk positiv särbehandling är därmed icke-existerande. Kommittén menar dock att regering eller myndighet bör följa upp åtgärdernas effektivitet efter att bestämmelsen fått verka i 10 år på arbetsmarknaden. Uppföljningen bör bestå av en utvärdering kring i vilken utsträckning etnisk positiv särbehandling utnyttjas av arbetsgivare, hur fördelningen på arbetsmarknaden ser ut mellan olika etniska grupper samt om reglerna behöver korrigeras.⁷⁴

4.3 Svensk diskrimineringslagstiftning

Den svenska författningssamlingen innefattar en del som berör diskriminering, Diskrimineringslagstiftningen. Syftet med lagstiftningen är att motverka diskriminering på grund av bland annat etnisk tillhörighet samt att främja lika rättigheter.⁷⁵ Enligt gällande lagstiftning är det lagligt att positivt särbehandla på grund av kön men däremot finns inte samma möjlighet gällande etnicitet.⁷⁶

År 2006 tillsattes en utredning i syfte att undersöka den svenska diskrimineringslagstiftningen och utforma en diskrimineringslagstiftning som omfattar merparten av alla diskrimineringsgrunder och samhällsområden. Sammanställningen av denna utredning, SOU 2006:22 En sammanhållen diskrimineringslagstiftning, behandlar bland annat frågan om etnisk positiv särbehandling där positiva och negativa aspekter tas upp.⁷⁷ Därefter publicerades proposition 2007/08:95, Ett starkare skydd mot diskriminering, vars beslut baseras på underlaget som utredningen tagit fram. I propositionen kan vi läsa att

⁷³ SOU 2009:44 s.112.

⁷⁴ SOU 2006:22 s.668.

⁷⁵ 1 kap. 1 § SFS 2008:567. *Diskrimineringslag*.

⁷⁶ 2 kap. 2 §. SFS 2008:567. *Diskrimineringslag*.

⁷⁷ SOU 2006:22.

regeringen nådde en annan slutsats än den som utredningskommittén tog fram och regeringen menar att positiv särbehandling på grund av etnicitet inte skall lagstadgas.⁷⁸ Nedan följer de aspekter som togs i beaktande och som ledde till utredningskommitténs kontra regeringens slutsats.

En av de positiva aspekterna som utredningskommittén tog upp med etnisk positiv särbehandling var den möjliga “ikappeffekten” samt “nyttoeffekten”. “Ikappeffekten” innebär att personer som generellt sett missgynnas på arbetsmarknaden på grund av sin etniska tillhörighet istället ges fler förutsättningar till arbete genom positiv särbehandling. Detta kan leda till lika möjligheter till arbete och därmed att den missgynnade gruppen kommer ikapp på arbetsmarknaden. “Nyttoeffekten” innebär att en bredare etnisk mångfald på arbetsmarknaden skapar nya perspektiv och därmed berikar verksamheter som väljer att utnyttja möjligheten till etnisk positiv särbehandling. Detta skulle skapa ett mer mångkulturellt samhälle och bidra till en ökad representation av icke-svenskar i verksamheter som polis eller annan offentlig verksamhet.⁷⁹

En av nackdelarna med etnisk positiv särbehandling som utredningskommittén tog upp var aspekten att likt all form av positiv särbehandling så görs detta med avsteg från likabehandlingsprincipen. Principen innebär att alla människor skall behandlas lika. Genom positiv särbehandling bedöms personen utifrån sin etniska tillhörighet istället för utifrån personens personliga förutsättningar. Detta kan medföra kränkningar på individnivå då personen inte bedöms utifrån sin erfarenhet, kunskap och lämplighet. Om positiv särbehandling på grund av etnicitet används läggs fokus på gruppnivå istället för individnivå vilket bidrar till att skillnader mellan olika grupper skapas. Detta kan bidra till större klyftor på arbetsmarknaden om skillnader mellan grupper kommer i fokus.⁸⁰ Regeringen menade i sitt förslag att en av de mer avgörande aspekterna till att positiv särbehandling på grund av etnicitet inte skall införas är det oundvikliga missgynnandet som sker när en person väljer att positivt särbehandla en annan.⁸¹

En annan nackdel med införandet av etnisk positiv särbehandling menade utredningskommittén var att det uppstår en stor problematik vid införande av etnisk positiv

⁷⁸ Prop. 2007/08:95, s.161ff.

⁷⁹ SOU 2006:22, s.650 ff.

⁸⁰ SOU 2006:22 s.653 f.

⁸¹ Prop. 2007/08:95 s.161ff.

särbehandling. Denna problematik menade kommittén handlade om vem som skall omfattas av undantaget. I vilket sammanhang anses en person ha en annan etnisk bakgrund än svensk? Måste personen i fråga vara född utomlands, ha utlandsfödda föräldrar eller vara andra generationens invandrare? Utredningskommittén exemplifierar problematiken i exemplet om en person med två norska föräldrar skall ges förtur framför en person som är uppväxt med sin mamma i ett afrikanskt land men som har en pappa från Sverige. Personen med två norska föräldrar har inget påbrå från Sverige medan den andra personen är halvsvensk. Detta betyder dock inte att personen med två norska föräldrar har sämre möjligheter på den svenska arbetsmarknaden och en anledning till det är att Norge är ett land som inom många aspekter är väldigt likt Sverige. Denna problematik som har beskrivits visar att etnisk positiv särbehandling måste ta hänsyn till många fler aspekter än vid positiv särbehandling på grund av kön, där kön anses ha två aspekter.⁸² Precis som kommittén lade även regeringen stor vikt vid problematiken i att definiera vem som ska omfattas av etnisk positiv särbehandling. Regeringen gick i linje med kommitténs utredning gällande denna problematik och därmed det som diskuterats tidigare i detta stycke.⁸³

Utredningskommittén nådde slutsatsen att etnisk positiv särbehandling skall vara tillåten. Anledningen till detta var att personer med annan etnisk härkomst än svensk missgynnas på arbetsmarknaden. Missgynnandet innebär att dessa personer i större utsträckning står utanför den svenska arbetsmarknaden vilket är ett tecken på att åtgärder måste tas till. Kommittén menade att de positiva aspekterna överväger de negativa kring införandet av möjlighet till etnisk positiv särbehandling i ett led att skapa en jämlik arbetsmarknad.⁸⁴

Regeringen hävdade att följderna av positiv särbehandling på grund av kön inte kunnat visas ha ökat jämställdhet mellan kvinnor och män på arbetsmarknaden ännu. Mot bakgrund av detta ställde sig därför regeringen försiktig till införandet av etnisk positiv särbehandling.⁸⁵ Kommittén och regeringen kom därmed fram till olika slutsatser. Från särskilda yttranden som gjorts i samband med kommitténs utredning går det att urskilja att både experter och politiker resonerat olika i frågan. Att experterna inte är överens tyder på komplexiteten i frågan.⁸⁶

⁸² SOU 2006:22. s.655.

⁸³ Prop. 2007/08:95, s.161ff.

⁸⁴ SOU 2006:22 s.660 ff.

⁸⁵ Prop. 2007/08:95, s.161ff.

⁸⁶ SOU 2006:22, del 2.

5. Norsk lagstiftning om etnisk positiv särbehandling

Den norska lagstiftningen tillåter positiv särbehandling på grund av etnicitet med syfte att främja jämlikhet samt förhindra diskriminering på grund av bland annat etnicitet, hudfärg och nationellt ursprung.⁸⁷ Positiv särbehandling ska dock ses som en möjlighet och inte ett krav.⁸⁸ Den norska propositionen, Ot.prp. nr. 33 (2004–2005), lägger stor vikt vid att positiv särbehandling endast skall ske för att uppnå syftet med diskrimineringslagstiftningen - skapa jämlikhet och förhindra diskriminering på grund av bland annat etnicitet, hudfärg och nationellt ursprung.⁸⁹ En problematik som tas upp i den norska propositionen, Prop. 88 L (2012–2013), är att om positiv särbehandling tillämpas kan andra grupper missgynnas. Men propositionen menar att det krävs åtgärder för att främja jämlikhet och denna ojämlikhet anses vara en större problematik än vad missgynnandet positiv särbehandling innebär.⁹⁰ Vidare ska möjligheten att bli positivt särbehandlad ges till etniska minoritetsgrupper. Däremot finns det enligt den norska utredningen en problematik gällande vem som skall innefattas i positiv särbehandling på grund av etnicitet, ett problem som inte finns vid positiv särbehandling på grund av kön. Utredningen beskriver att etniska minoriteter skall ges en fördel framför majoriteten, etniska norrmän, för att kompensera för deras försämrade utgångspunkt. Däremot finns det flera olika etniska minoritetsgrupper och de har alla olika utgångspunkt och kan därför behöva positivt särbehandlas i olika utsträckning. Det är därför svårt att i detalj specificera vem som skall innefattas i positiv särbehandling på grund av etnicitet. Den norska utredningen menar att detta skall lämnas till rättspraxis.⁹¹

Men trots att definitionen skall lämnas till rättspraxis finns det relativt lite rättspraxis som behandlar den norska diskrimineringslagstiftningen och positiv särbehandling, i synnerlighet positiv särbehandling på grund av etnicitet.⁹² LDO 10/508, trainee-målet, handlade om en offentlig arbetsgivare som tillsatte traineetjänster som vände sig till personer med icke-västerländskt ursprung med syfte att öka mångfalden på arbetsplatsen samt ge minoritetsgrupper bättre förutsättningar på arbetsmarknaden. Rättsfrågan rörde sig om huruvida traineetjänsterna var tillåtna eller om de stred mot 8 § diskrimineringsloven. Likestillings- och diskrimineringsombudet menade att det mellan åtgärden och målet inte

⁸⁷ Lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv, 8§.

⁸⁸ NOU 2002:12. Kap 13.6.2.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005), kap 10.9.8.

⁹⁰ Prop. 88 L (2012–2013).

⁹¹ NOU 2002:12. Kap 13.6.2.

⁹² Lagen om verktøy. *Diskrimineringsrätten i Norden*. 2018-01-31.

fanns en proportionalitet och att tillsättningen av traineetjänster ansågs vara en för stark åtgärd för att skapa en större mångfald på arbetsmarknaden. Tillsättningen av traineetjänsterna stred därför mot 8 § i diskrimineringsloven.⁹³ Här ser vi en tydlig koppling till kravet på proportionalitet som EU-domstolen tagit fram genom ett antal förhandsavgöranden, se avsnitt 3.2.3.

I rättsfallet 09/1017 rörande positiv särbehandling på grund av kön handlade det om att en man, i samband med en anställning till en valkampanj, ansåg sig ha blivit diskriminerad på grund av sitt kön. Mannen hävdade att kvinnan blivit anställd på grund av sitt kön och att han var mer kvalificerad. Ombudsmannen höll med mannen om att kön hade varit en utslagningsfaktor vid rekryteringen men att den positiva särbehandlingen på grund av kön var tillåten. Båda kandidaterna hade närliggande meriter och tjänsten krävde ingen särskild utbildning eller meriter. Positiv särbehandling på grund av kön ansågs därför tillåten i syfte att uppnå en jämlik arbetsplats.⁹⁴ Här kan vi återigen se likheter med kravet på lika eller likvärdiga meriter som EU-domstolen tagit fram, se avsnitt 3.2.2. Mot bakgrund av ovan anförda kan vi se att det finns en del likheter i hur den norska domstolen resonerat och hur EU-domstolen resonerat kring kriterierna för när positiv särbehandling kan anses tillåtet.

Enligt den norska lagstiftningen, personopplysningsloven, som berör behandlingen av personuppgifter följer Norge EUs allmänna dataskyddsförordning.⁹⁵ Gällande möjligheten till registrering av personers etnicitet anser den norska utredningen att det inte skall införas en generell möjlighet utan endast om det finns ett särskilt behov. Anledningen till detta är att registrering kan riskera att skapa grupperingar och motsättningar mellan grupper men denna risk överväger inte behovet av att värdera effekten av olika likabehandlingsåtgärder såsom positiv särbehandling för att skapa jämlikhet.⁹⁶ Trots att Norge tillåter positiv särbehandling på grund av etnicitet finns det i propositionen som gjorts inför personopplysningsloven ingen utredning gällande förhållande mellan personuppgifter och positiv särbehandling på grund av etnicitet, se avsnitt 1.3. Däremot propositionen, Rettslig vern mot etnisk diskriminering, beskriver att genom att samla information gällande anställdas och arbetssökandes etnicitet ges en möjlighet att belysa eventuella skillnader mellan etniska

⁹³ LDO 10/508: Opprettelse av traineestillinger for personer med ikke-vestlig bakgrunn er i strid med diskrimineringsloven.

⁹⁴ LDO 09/1017: Positiv særbehandling av kvinne ved ansettelse - ikke brudd.

⁹⁵ Förordning (EU) 2016/679

⁹⁶ SOU 2006:22 s.608.

grupper och därmed öka möjligheten till en jämlik arbetsplats. Det går även på ett bättre sätt att mäta effekterna av olika jämlikhetsåtgärder. Nackdelarna med att kartlägga etniciteter på arbetsplatsen anses enligt propositionen bland annat vara problematiken gällande hur etniciteter skall kategoriseras men även att det kan skapas ett maktmissbruk mellan arbetsgivaren och arbetstagaren respektive arbetssökande. Om det finns behov att veta en persons etnicitet, vilket kan vara fallet vid tillämpning av etnisk diskriminering, menar propositionen att det i befolkningsregistret finns information om personens namn, födelseort samt dess föräldrar. Genom denna information kan personens troliga etnicitet identifieras. Det finns dock en felmarginal då det inom samma land finns olika etniciteter men den samlade informationen kan ändå ge en relativt tydlig bild av en persons etnicitet.⁹⁷ Det är viktigt att ha i åtanke att denna proposition nästan är 20 år gammal.

6. Analys

6.1 Komparativ analys av Norge och Sverige

Både Norge och Sverige har möjlighet att införa bestämmelser kring positiv särbehandling på grund av etnicitet men Sverige har till skillnad från Norge valt att inte göra det. I båda länderna har det gjorts en utredning gällande de olika aspekterna av att tillämpa positiv särbehandling på grund av etnicitet.⁹⁸

6.1.1 Positiva och negativa aspekter och en jämförelse mellan de två

En av de negativa aspekterna med att använda sig av positiv särbehandling på grund av etnicitet beskrivs i båda länderna vara problematiken gällande vem som skall innefattas av begreppet. Även om båda länderna hävdar att problematiken finns menar Norge att det är i huvudsak etniska minoriteter som skall innefattas av begreppet och om tillämpningsproblem uppstår skall det lämnas till rättspraxis. Vi anser att det finns en problematik i att Norge inte definierar vem som innefattas av begreppet etnisk minoritet. Det är problematiskt då avsaknaden av tydliga ramar bör skapa en svårighet i att tillämpa bestämmelsen. Sverige har inte något förslag på vem som ska innefattas av begreppet.⁹⁹ Att Sverige inte har en tydlig lösning kan försvåra möjligheten att införa positiv särbehandling på grund av

⁹⁷ NOU 2002:12. Kap 15.3.2.

⁹⁸ SOU 2006:22; NOU 2002:12.

⁹⁹ SOU 2006:22. s. 655; NOU 2002:12. Kap 13.6.2.

etnicitet. Detta kan vara en av anledningarna till att Sverige avstått från införandet. En annan negativ aspekt som båda länderna beskriver är att positiv särbehandling är ett undantag från likabehandlingsprincipen. För att kunna positivt särbehandla behöver arbetsgivaren missgynna en annan sökande, i detta fall de som inte tillhör en etnisk minoritet. Däremot anser både den svenska utredningen och den norska propositionen att inskränkningar på likabehandlingsdirektivet kan behövas göras för att skapa en reell jämlikhet.¹⁰⁰

De positiva aspekterna som tillkommer vid positiv särbehandling på grund av etnicitet beskrivs i båda länderna vara att det potentiellt skapar en större jämlikhet mellan utrikes födda och inrikes födda. Anledningen till detta är att personer som tidigare missgynnats genom positiv särbehandling ges bättre möjligheter på arbetsmarknaden, vilket i den svenska utredningen har beskrivits som "ikappeffekten" där etniska minoriteter ges fler samt bättre förutsättningar.¹⁰¹

Den största skillnaden mellan länderna anser vi vara resonemanget kring rasism, gruppering och utanförskap. Sverige trycker mycket på att det kan skapas grupperingar där skillnader mellan inrikes födda och utrikes födda görs vilket leder till grupperingar mellan majoriteter och minoriteter i samhället. Norges svar på detta problem är att problematiken gällande missgynnandet på arbetsmarknaden är större än risken för grupperingar.¹⁰² Sverige hävdar vidare att det inte finns något bevis på ökad jämställdhet i frågan om positiv särbehandling på grund av kön vilket borde vara en anledning till att granska etnisk positiv särbehandling med försiktighet.¹⁰³

Efter jämförelsen mellan Norge och Sverige går det att urskilja att ländernas utredningar gällande etnisk positiv särbehandling liknar varandra trots att utfallet, i form av införandet av etnisk positiv särbehandling i lagstiftningen skiljer sig. Detta är till följd av att den svenska regeringen går emot utredningens förslag.¹⁰⁴ Att det finns skillnader mellan utredningen och propositionen i Sverige är värt att diskutera. Även om det inte finns en skyldighet för en regering att i sin proposition gå i linje med vad utredningen kommit fram till så är dock Statens offentliga utredningar genomförda av expertkommittéer.¹⁰⁵ Detta är

¹⁰⁰ SOU 2006:22 s. 651 ff; Prop. 88 L (2012–2013).

¹⁰¹ SOU 2006:22, s.650 ff., Prop. 88 L (2012–2013).

¹⁰² SOU 2006:22, s.650 ff., Prop. 88 L (2012–2013).

¹⁰³ Prop. 2007/08:95, s.161ff.

¹⁰⁴ Prop. 2007/08:95, SOU 2006:22.

¹⁰⁵ Prop. 2007/08:95

något som vi anser kan vara klokt att ha i åtanke - Norges regering har gått i linje med vad deras experter kommit fram till och Sverige har valt att gå emot sina experter.

Vilken slutsats som är rätt anser vi inte går att veta med säkerhet. Något vi däremot kan säga med säkerhet är att om Sverige i framtiden beslutar att tillsätta en ny utredning gällande möjligheterna till att införa positiv särbehandling på grund av etnicitet kan Norge vara en god referenspunkt. Den senaste svenska utredning som gjorts är relativt gammal med sina 14 år och mycket kan ha förändrats. Exempelvis har Sverige haft en stor invandring de senaste åren, särskilt år 2015. Invandring i denna statistik är alla personer som blivit folkbokförda i Sverige.¹⁰⁶

6.1.2 Rättsfall gällande etnisk positiv särbehandling

I samtliga tre rättsfall från Sverige och Norge som vi i faktadelen beskrivit ser vi en tydlig koppling till kriterierna EU-domstolen tagit upp för positiv särbehandling. I Uppsala-fallet föll domen framförallt på det faktum att universitetets beslut innebar kvotering och därmed en automatisk och ovillkorlig särbehandling, vilket är i strid mot när det är tillåtet att positivt särbehandla.¹⁰⁷ I det norska fallet gällande traineetjänsterna rörde det sig om att åtgärden inte var i proportion till ändamålet, återigen i strid mot när det är tillåtet att positivt särbehandla.¹⁰⁸ I tredje fallet gällande valkampanjen var det tillåtet att särbehandla eftersom kriteriet för likvärdiga meriter var uppfyllt.¹⁰⁹

Rättsfallen visar på hur väl kraven för positiv särbehandling efterföljs. Som vi tryckt på tidigare är positiv särbehandling och kriterierna för när det ska anses tillåtet desamma oavsett område. Det finns därmed tydliga ramar för när det ska anses tillåtet att positivt särbehandla på grund av etnicitet så väl som på grund av kön. Om Sverige skulle välja att möjliggöra tillämpning av etnisk positiv särbehandling så finns det följaktligen goda förutsättningar genom redan existerande och väl fungerande ramar.

Proportionalitetskriteriet, som vi ser var avgörande i bland annat målet om traineetjänsterna, är intressant ur flera aspekter. Som vi nämnt innebär det bland annat att om arbetsgivare särbehandlar någon med sämre meriter innebär det att arbetsgivaren bryter dels mot kravet

¹⁰⁶ Statistiska Centralbyrån, *Invandring till Sverige*.

¹⁰⁷ NJA 2006 s.683.

¹⁰⁸ LDO 10/508.

¹⁰⁹ LDO 09/1017.

på likvärdiga meriter, men även mot att åtgärden ska vara i proportion till ändamålet. Detta eftersom det är att anse för drastiskt och för långt ifrån syftet att positivt särbehandla någon som är sämre kvalificerad för tjänsten.¹¹⁰ Därmed överlappar kriterierna varandra. Genom kriteriet att åtgärden ska vara i proportion till ändamålet skyddar lagstiftaren således de andra sökande som inte faller inom ramen för att bli positivt särbehandlad.

Alla slutsatser som EU-domstolen dragit för att begränsa tillämpningsområdet för positiv särbehandling¹¹¹ är att ses som ett led i att skydda den missgynnade parten, den part som blir missgynnad om arbetsgivaren positivt särbehandlar en annan sökande. Vi anser att detta är ett viktigt skydd, för trots att positiv särbehandling innebär ett undantag från likabehandlingsprincipen ska möjligheten att undanta från principen ske med stor försiktighet. Detta eftersom likabehandlingsprincipen är en rättighet som finns för att skydda alla människor, oavsett etniskt ursprung eller kön. Det är därför viktigt ur ett rättighetsperspektiv att undantagen sker på ett sätt att det inte råkar riskera skapa motsatt effekt.

Vidare, i båda länderna fanns det få domslut eller rättspraxis gällande frågan om positiv särbehandling på grund av etnicitet. Av logiska skäl saknades det fall i Sverige rörande etnisk positiv särbehandling i arbetslivet. Desto märkligare ansåg vi det var att vi ej kunde identifiera fler relevanta rättsfall från Norge, speciellt då de lämnar stor del av tolkningsansvaret kring etnisk positiv särbehandling till rättspraxis.¹¹²

Vi har resonerat kring olika anledningar till varför vi tror att utbudet ser ut som det gör i Norge. En anledning kan vara att det ej uppstått problematik gällande positiv särbehandling på grund av etnicitet och därmed har behovet av förtydligande gällande vem som skall innefattas av begreppet inte uppstått. Parterna på arbetsmarknaden är således överens om vem som är en etnisk minoritet. Alternativt kan oviljan att ta det till domstol vara stark på grund av komplexiteten som finns i frågan. Det sista alternativet menar vi kan vara att arbetsgivarna i Norge har valt att inte tillämpa möjligheten att positivt särbehandla på grund av etnicitet då det som tidigare nämns inte är ett krav utan endast en möjlighet.¹¹³ Det går inte att avgöra om och i så fall vilken av anledningarna som stämmer eller om det är en

¹¹⁰ Se avsnitt 3.2.3 *I proportion till ändamålet*.

¹¹¹ SOU 2006:22 s.631 ff.

¹¹² NOU 2002:12. Kap 13.6.2.

¹¹³ NOU 2002:12. Kap 13.6.2.

kombination av olika anledningar, viktigt att ha i åtanke är däremot att väldigt lite rättspraxis finns i frågan.

6.2 Samspelet mellan kön och etnicitet

Att positivt särbehandla på grund av kön är idag vedertaget i Sverige och en möjlig åtgärd enligt lag. Det är också den enda diskrimineringsgrunden på vilken det är tillåtet att positivt särbehandla.¹¹⁴ Vid ett eventuellt införande av en andra diskrimineringsgrund på vilken arbetsgivare får positivt särbehandla måste det övervägas hur dessa ska kunna samspela. I en situation där en arbetsgivare ställs inför beslutet om hen vill positivt särbehandla en arbetssökande på grund av kön eller en annan sökande på grund av etnicitet är det arbetsgivarens ansvar att tillämpa åtgärden på ett korrekt sätt i relation till de principer och kriterier denne har upprättat i sin verksamhet.¹¹⁵ Eftersom positiv särbehandling är en möjlighet, inte ett krav¹¹⁶, menar vi att det sannolikt inte bör bli ett faktiskt problem. Arbetsgivare kan välja på vilken grund de vill särbehandla och på samma sätt välja vilken grund de vill avstå från att särbehandla på. Ett sätt som arbetsgivaren kan avgöra vilken diskrimineringsgrund som är bäst lämpad kan vara genom att granska kriterierna¹¹⁷ för när positiv särbehandling är att anses tillåten att tillämpa och vilken grund som således bäst stämmer överens med kriterierna i en bestämd situation. Om det är en kvinna som eventuellt ska bli positivt särbehandlad på grund av kön eller en man som ska bli positivt särbehandlad på grund av etnicitet kan arbetsgivare exempelvis undersöka meriterna och se hur dessa liknar eller eventuellt skiljer sig från varandra. Är mannen sämre kvalificerad kan arbetsgivaren använda detta som en utslagningsfaktor. Däremot om meriterna är lika eller nästan lika gentemot kraven för tjänsten kan arbetsgivaren utgå från arbetsplatsens mål gällande jämlikhet. Vilket innebär att om exempelvis målet gällande andelen kvinnor är närmare att nås än målet för etnisk mångfald skall arbetsgivaren i den situationen välja att etniskt positivt särbehandla.

Vid den situation där arbetsgivare aktivt arbetar med att både skapa en större mångfald och jämlikhet i könsfördelning förväntas arbetsgivaren även ha en plan för när denne ska besluta på vilken grund. Arbetsgivaren har ju som tidigare nämnts en skyldighet att arbeta med

¹¹⁴ 2 kap. 2 § SFS 2008:567. *Diskrimineringslag*.

¹¹⁵ SOU 2006:22 s.668.

¹¹⁶ SOU 2006:22 s.624 ff.

¹¹⁷ Se avsnitt 3.2 *Tillämpning av positiv särbehandling*.

systematiskt jämlikhetsarbete.¹¹⁸ Därför menar vi att genom god planering kan problem kring vilken grund på vilken arbetsgivaren ska positivt särbehandla undvikas.

6.3 Registrering av etnisk tillhörighet och integritet

GDPR:s syfte är att skydda medborgare och dess privatliv, vilket är en oerhörd viktig och prioriterad rättighet på både internationell och nationell nivå.¹¹⁹ Här menar vi därför att frågan behöver ställas gällande huruvida denna rättighet är nödvändig att inskränka på för ett större ändamål, eller om rättigheten till privatliv kan få förbli okränkt och att vi faktiskt kan uppnå jämlikhet ändå.

Bestämmelserna i GDPR innebär att det är tillåtet att kartlägga etnisk tillhörighet om det är nödvändigt,¹²⁰ vilket det kan anses vara för att kunna följa upp hur en åtgärd påverkar jämlikhet på arbetsmarknaden. Men problematiskt är frågan om samtycket, hur vet arbetsgivaren om en arbetssökande ger ett genuint samtycke eller om hen känner sig tvingad att ge det?¹²¹ I den norska propositionen beskrivs och analyseras denna aspekt. Propositionen skriver att det vid kartläggning av etnicitet kan ske ett maktmissbruk mellan arbetsgivaren och arbetstagaren/arbetssökande, då de är i en beroendeställning gentemot arbetsgivaren.¹²² Samma problematik beskrivs även i den svenska utredningen som genomfördes i samband med personuppgiftslagen.¹²³ Vi menar att olika metoder kan provas att användas vid förfrågan om en sökandes etnicitet men det går aldrig att fullständigt komma undan det faktum att en arbetssökande befinner sig i en beroendeställning gentemot arbetsgivaren. Att fastställa om ett samtycke är frivilligt är därför svårt och något som bör tas i beaktning vid övervägande om etnicitet ska kartläggas.

Om vi skulle nå slutsatsen att etnisk positiv särbehandling inte kan implementeras i svensk lagstiftning utan att kartlägga människors etnicitet är frågan om det ändå kan vara ett nödvändigt ont mot ett större gott. Att den rådande problematiken gällande utanförskap på arbetsmarknaden är ett större problem än integritetsproblemet. Trots att riskerna aldrig kan

¹¹⁸ 3 kap. SFS 2008:567. *Diskrimineringslag*.

¹¹⁹ Artikel 8. SFS 1994:121. *Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*; Artikel 7 och 8. Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna 2012/C 326/02; 2 kap. 6 § andra stycket. SFS 1974:152. *Kungörelse om beslutad ny regeringsform*.

¹²⁰ Förordning (EU) 2016/679, artikel 9.

¹²¹ SOU 2009:44 s.112.

¹²² NOU 2002:12. Kap 15.3.2.

¹²³ SOU 2009:44, s 112.

elimineras helt, kan riskerna som kommer med att kartlägga etnicitet minimeras? Genom trygga datasystem och GDPR kan riskerna med största sannolikt minimeras till viss del. Dock går det inte att fullt ut utesluta risken att misstag till följd av den mänskliga faktorn kan ske oavsett hur många säkerhetsnät som används.

Som Norge bland annat valt att göra och som även föreslås i den svenska utredningen kring positiv särbehandling¹²⁴, är att inte föra statistik över etnisk tillhörighet i samband med etnisk positiv särbehandling. Norsk lagstiftare förstår problematiken som den svenska utredaren syftar på om att det finns ett stort integritetsproblem samt en säkerhetsrisk i att kartlägga människors etnicitet. Norge avstod därför från kartläggning av människors etnicitet i samband med införandet av etnisk positiv särbehandling. Norska lagstiftaren menade istället att bestämmelsen inte skulle specificeras längre än att etnisk positiv särbehandling ska omfatta etniska minoritetsgrupper. Vid oklarheter kring tillämpningen lämnar lagstiftaren det till domstol att få reda ut problemet och rättspraxis ska få verka ledande i framtida fall.¹²⁵ För att få kännedom om en persons etnicitet och om den tillhör en minoritet utan att direkt fråga om eller kartlägga personers etnicitet menar den norska propositionen att det genom befolkningsregistret går att uttyda information om en persons troliga etnicitet. Dock finns det en felmarginal då namn, födelseort och personens föräldrar endast kan ge en indikation om en persons etnicitet.¹²⁶ Trots felmarginalen anser vi att detta kan vara ett bra alternativ om Sverige väljer att inte fråga eller kartlägga personers etnicitet, men ändå väljer att tillämpa positiv särbehandling på grund av etnicitet och vill göra en uppföljning kring dess effekt.

Att det i Sverige inte finns en nationell legaldefinition av etnicitet som tydliggör vilken person som tillhör respektive etnicitet¹²⁷ menar vi försvårar eventuell tillämpning av etnisk positiv särbehandling. Trots att det är oerhört problematiskt att använda sig av ordet "ras" när det kommer till människor så är det ett ord som används internationellt. Begreppet används bland annat i jämlikhetsarbete för att kunna konkretisera samt belysa ojämlikhet och människors olika förutsättningar. I länder som använder sig av begreppet ras finns det tydliga definitioner gällande begreppet.¹²⁸ En tydlig definition av etnisk tillhörighet menar vi

¹²⁴ SOU 2006:22

¹²⁵ SOU 2006:22, s.608, 668; NOU 2002:12. Kap 13.6.2.

¹²⁶ NOU 2002:12. Kap 15.3.2.

¹²⁷ 1 kap 5 § 3p. SFS 2008:567. *Diskrimineringslag*.

¹²⁸ United States Census Bureau. *About*. 2020-10-16.

skulle underlätta implementering av åtgärder som ska främja etnisk jämlikhet. Vi föreslår inte att vi bör återinföra begreppet ras i svensk lagstiftning, men vi vill belysa att rädslan för att dela in människor i olika kategorier möjligen medför att lagstiftaren blir passiv i särskilda frågor kring jämlikhetsarbete. Hade lagstiftaren velat definiera etnicitet mer snävt än dagens definition hade det således kunnat underlätta jämlikhetsarbetet.

Som vi konstaterat tidigare är den rådande ojämlikheten på den svenska arbetsmarknaden oerhört omfattande.¹²⁹ En slutsats som vi drar utifrån detta är att de åtgärder som hittills har prioriterats framför positiv särbehandling således inte har varit tillräckligt effektiva för att minska utanförskapet. I direktivet mot etnisk diskriminering från EU erbjuds möjligheten att införa etnisk positiv särbehandling i ett led för att skapa en faktisk jämlikhet.¹³⁰ Genom att problemet med utanförskap kvarstår saknar Sverige en faktisk jämlikhet, något som därmed strider mot direktivet. Därför menar vi att erbjuda arbetsgivare möjligheten att etniskt positivt särbehandla, även om åtgärden bara innebär att en enda extra person kommer i arbete, är ett steg mot en mer faktisk jämlik arbetsmarknad och i linje med EU-direktivet artikel 5.

7. Slutsats

Mot bakgrund av den diskussion som förts ovan har vi nått slutsatsen att det finns goda förutsättningar att införa positiv särbehandling på grund av etnicitet i arbetslivet. Undantagsbestämmelsen i artikel 5 i EU-direktivet gör det möjligt att vidta åtgärder där arbetsgivare missgynnar en kategori av människor i syfte att uppnå faktisk jämlikhet i praktiken. Vidare har vi även en reell möjlighet att harmonisera en bestämmelse om etnisk positiv särbehandling med redan existerande bestämmelser om positiv särbehandling på grund av kön. Detta på grund av att vi redan har ett krav i svensk lag på att arbetsgivare ska föra ett systematiskt och målinriktat jämlikhetsarbete och genom detta kan vi undvika tillämpningsproblem vid en intresseavvägning mellan kön och etnicitet.

Viktigt att poängtera är dock att positiv särbehandling, oavsett på vilken grund, innebär ett undantag från principen om att alla människor förtjänar att behandlas lika. Likabehandlingsprincipen är en viktig individuell rättighet och ett undantag från principen

¹²⁹ Direktiv 2000/43/EG, artikel 5, Statistiska Centralbyrån, *Invandring till Sverige*.

¹³⁰ Direktiv 2000/43/EG, artikel 5.

måste ske med stor försiktighet. Trots detta är jämlikhetsproblem på arbetsmarknaden i Sverige ett faktum som inte går att bortse från. Genom att införa jämlikhetsåtgärden positiv särbehandling på grund av etnicitet kan det innebära att fler utlandsfödda kommer i arbete. Slutligen, som en del av EU har Sverige en skyldighet att uppnå en faktisk jämlikhet i praktiken och för att göra detta krävs det att Sverige vidtar nödvändiga åtgärder. En av dessa åtgärder bör vara att erbjuda arbetsgivare möjligheten att positivt särbehandla på grund av etnicitet.

Till framtida undersökningar kring positiv särbehandling på grund av etnicitet finns det en del aspekter som skulle vara intressanta att ha i åtanke. Det är aspekter som vi inte haft möjlighet att inkludera i vår utredning på grund av begränsad tid och resurser. Som vi tidigare konstaterat är Norge och Sverige som länder väldigt lika varandra, vilket var anledningen till att vi valde Norge i vår komparativa del av uppsatsen. Det finns dock en skillnad mellan länderna som kan ha påverkat vår komparativa del och den skillnaden är ländernas omfattning av invandring.¹³¹ Denna skillnad kan ha inneburit en skillnad i vilka förutsättningar länderna har gällande att införa positiv särbehandling på grund av etnicitet. Sverige har under de senaste åren haft en markant större invandring än Norge. Vid en ny undersökning anser vi därför att det skulle varit intressant att jämföra Sverige med ett annat EU-land, exempelvis Tyskland. Anledningen till detta är att Tyskland liknar Sverige på många sätt, inte minst gällande den omfattande invandringen.¹³² Det är idag okänt för oss huruvida Tyskland tillåter positiv särbehandling på grund av etnicitet men det hade ändå varit intressant att undersöka hur de resonerat i frågan.

En annan intressant aspekt att ta med i framtida undersökning och som vi anser vore positivt för att skapa ett större djup och förståelse gällande etnisk diskriminering är att inkludera åsikter och erfarenheter från personer som blivit etnisk diskriminerade. Anledningen till att vi vill lyfta denna aspekt är att vi som skrivit denna uppsats är etniskt svenska. Vi har aldrig blivit utsatta för etnisk diskriminering och vi är medvetna om att detta kan innebära en viss problematik för validiteten i vår slutsats. Intressant och viktigt skulle därför sannolikt vara att inkludera mer erfarenhet av etnisk diskriminering i just en utredning om positiv särbehandling på grund av etnicitet. Vidare, på grund av begränsade resurser har vi inte haft möjlighet att undersöka hur arbetsgivare i Norge ser på användandet av positiv

¹³¹ European statistics explained. *Migration and migrant population statistics*. 2020-11-06.

¹³² European statistics explained. *Migration and migrant population statistics*. 2020-11-06.

särbehandling på grund av etnicitet. Det skulle vara intressant att undersöka hur de resonerar i frågan och vilka positiva och negativa aspekter de ser gällande användandet av positiv särbehandling på grund av etnicitet.

Källförteckning

Europeiska Unionens offentliga tryck

Europaparlamentet och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning. EUT L 119, 4.5.2016, s. 1–88.)

Fördraget om Europeiska unionen (konsoliderad version). *Europeiska unionens officiella tidning*, C326/47, 2012-06-07

Rapport från kommissionen till Europaparlamentet och rådet om tillämpningen av 2000/43/EG, COM (2014) 2 final av den 17 januari 2014

Regeringskansliet.

<https://www.regeringen.se/49bb01/contentassets/3cf2d71bb06d4bc894918aefaa24d1b3/en-sammanhallen-diskrimineringslagstiftning-reservationer-och-sarskilda-yttranden-samt-bilagor> (hämtat 2020-12-03)

Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung

Förarbete

Sverige

Kommittédirektiv 2000:106 *Ett utvidgat skydd mot diskriminering*

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

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

SOU 2006:22 *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning*

SOU 2009:44 *Integritetsskydd i arbetslivet*

Norge

NOU 2002:12 *Rettslig vern mot etnisk diskriminering*

Ot.prp. nr. 33 (2004-2005). *Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)*

Proposition 88 L (2012–2013). *Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).*

Prop. 56 LS (2017–2018). *Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (generell personvernforordning) i EØS-avtalen.*

Rättsfall

EU-domstolen

Mål C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD mot Komisia za zashtita ot diskriminatsia

Mål 312/86 Europeiska gemenskapernas kommission mot Franska republiken, REG 1988, s. 6315 (Celex 61986J0312)

Mål C-450/93 Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen, REG 1995, s. I-3051 (Celex 61993J0450)

Mål C-409/95 Hellmut Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen, REG 1997, s. I-6363 (Celex 61995J0409)

Mål C-158/97 Georg Badeck m.fl. i närvaro av Hessische Ministerpräsident och Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, REG 2000, s. I-1875 (Celex 61997J0158)

Mål C-407/98 Katarina Abrahamsson och Leif Anderson mot Elisabet Fogelqvist, REG 2000, s. I-5539 (Celex 61998J0407)

Mål C- 79/99 Julia Schnorbus mot Land Hessen, REG 2000, s. I-10997 (Celex 61999J0079)

Mål C-476/99 H. Lommers mot Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, REG 2002, s. I-2891 (Celex 61999J0476)

Sverige

NJA 2006 s.683

Stockholm tingsrätt dom 2011-04-13 i mål nr T 9176-08

Norge

LDO 09/1017: Positiv særbehandling av kvinne ved ansettelse - ikke brudd

LDO 10/508: Opprettelse av traineestillinger for personer med ikke-vestlig bakgrunn er i strid med diskrimineringsloven

Litteratur

Bogdan, Michael. *Komparativ Rättskunskap*. Andra upplaga. Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2003

Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter. *En handbok i europeisk diskrimineringsrätt*. Luxemburg: Europarådet, 2010.

Göransson Gabinus, Håkan, Del Sante, Naiti. *Diskrimineringslagen : en lärobok*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2018

Korling, Fredric och Zamboni, Mauro. *Juridisk Metodlära*. Upplaga 1:2. Lund: Studentlitteratur AB, 2013.

Nyström, Birgitta. *EU och arbetsrätten*. Femte upplagan. Stockholm: Wolters Kluwer Sverige AB, 2017.

Webbsidor

European statistics explained. *Migration and migrant population statistics*. 2020-11-06.
https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Migration_and_migrant_population_statistics&oldid=244940#Migration_flows:_Immigration_to_the_EU-27_from_non-member_countries_was_2.4_million_in_2018 (hämtat 2020-12-01).

Lagen som verktyg. *Diskrimineringsrätten i Norden*. 2018
<https://lagensomverktyg.se/2018/diskrimineringsratt-i-norden/#norge> (hämtat 2020-12-01).

Regeringskansliet och Finansdepartementet, *Tid för integration – en ESO-rapport om flyktingars bakgrund och arbetsmarknadsetablering*, Stockholm: Nordstedts Juridik, 2018.
https://eso.expertgrupp.se/wp-content/uploads/2018/05/ESO-2018_3-Tid-for-integration.pdf (hämtat 2020-11-17).

Skolverket. 2020. *Rätt, behörighet och antagning till sfi*, 2020-09-03
<https://www.skolverket.se/regler-och-ansvar/ansvar-i-skolfragor/ratt-till-sfi> (hämtat 2020-11-23).

Statistiska Centralbyrån. 2020. *Invandring till Sverige*. 2020-08-31.
<https://www.scb.se/hitta-statistik/sverige-i-siffror/manniskorna-i-sverige/invandring-till-sverige/> (hämtat 2020-11-17).

United States Census Bureau. *About*. 2020-10-16.
<https://www.census.gov/topics/population/race/about.html> (hämtad 2020-12-15).