

Vad är diskriminering?

En facklig handbok



Vad är diskriminering? – En facklig handbok är framtagen av Offentliganställdas Förhandlingsråd (OFR) på uppdrag av medlemsförbunden. Handboken riktar sig till förtroendevalda och ombudsmän som kommer i kontakt med diskrimineringsärenden men också de som samverkar med arbetsgivaren i det förebyggande diskrimineringsarbetet på arbetsplatsen har glädje av boken.

Här finns grundläggande information om diskrimineringslagen och fördjupande texter om Bevisning, frister och påföljder, Rekrytering, Lön, Arbetsledning/ uppsägning och Trakasserier (se flikar). Boken innehåller ett antal beskrivningar av relevanta mål från Arbetsdomstolen, EU-domstolen och Europadomstolen och för att illustrera diskrimineringsgrunderna har vi med olika fallbeskrivningar. Varje kapitel avslutas med tips och råd för facket.

Lycka till!

Innehållsförteckning

Förord / 3

Inledning / 4

◆ Regelverk / 7

◆ Diskrimineringsgrunder och rätt till skydd / 13

◆ Diskrimineringsformer / 33

◆ Bevisning, frister och påföljder / 51

◆ Rekrytering / 67

◆ Lön / 77

◆ Arbetsledning och uppsägning / 91

◆ Trakasserier / 99

Sökord / 107

Domar / 108

Förord

”Vad är diskriminering? – en facklig handbok” är ett led i Offentliganställdas Förhandlingsråds (OFR) arbete med att öka kunskaperna om diskrimineringslagen och visa hur lagen kan användas i det fackliga arbetet. Handboken vänder sig till förtroendevalda och ombudsmän som kommer i kontakt med diskrimineringsärenden men också till de som samverkar med arbetsgivaren i det förebyggande arbetet på arbetsplatsen.

Diskrimineringslagen innehåller också bestämmelser om att arbetsgivare i samverkan med de fackliga organisationerna ska arbeta aktivt för att uppnå lika rättigheter och möjligheter i arbetslivet oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder och särskilt motverka diskriminering i arbetslivet på sådana grunder. Parterna ska särskilt arbeta för att utjämna skillnader i löner och arbetsvillkor mellan kvinnor och män som utför lika eller likvärdigt arbete. När detta skrivs pågår en översyn av dessa regler.

Handboken innehåller information om bestämmelserna i diskrimineringslagen med fokus på arbetslivet. Förutom redovisning av aktuell rättspraxis ges också tips och råd om hur olika situationer bör hanteras vid misstanke om diskriminering.

Fallbeskrivningarna bygger på domar både från Arbetsdomstolen och EU-domstolen samt på förlikningar som redovisats på Diskrimineringsombudsmannens webbplats. Namn och smärre detaljer har förändrats av hänsyn till berörda.

För de som vill använda handboken i undervisningssyfte finns en lärarhandledning med övningsexempel. Handboken är framtagen på uppdrag av OFRs medlemsförbund. Manus har utarbetats av Lena Svenaeus, tidigare chefsjurist på Akademikerförbundet SSR.

Offentliganställdas Förhandlingsråd, april 2016

Inledning

Diskrimineringslagen började gälla den 1 januari 2009. Den ersatte sju diskrimineringslagar och innebar en genomgripande reform i syfte att skapa ett enhetligt diskrimineringsskydd på områden utöver arbetslivet. *Ålder och könsöverskridande identitet eller uttryck* var två nya diskrimineringsgrunder som tillkom utöver kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, sexuell läggning och funktionshinder. Ett par lagändringar har gjorts därefter.

Ett förtydligande av vad som ska gälla när en arbetsgivare vägrar att rätta sig efter en ogiltigförklaring av en uppsägning eller ett avskedande infördes i lagen 2011. Tillägget innebär att schablonbeloppen i anställningsskyddslagen vid motsvarande situation inte får utgöra tak utan ska tjäna som golv för ersättningens storlek.

Ytterligare en diskrimineringsform, begreppet *bristande tillgänglighet*, infördes den 1 januari 2015 då också ordet *funktionshinder* i lagen ersattes med ordet *funktionsnedsättning*. Ett förslag om nya förändrade bestämmelser om arbete för att förebygga diskriminering, så kallade aktiva åtgärder, bereds av regeringen.

Fackets roll

Fackliga organisationer har förstahandsrätt att företräda sina medlemmar i diskrimineringsstvister som gäller arbetslivet. Diskrimineringsombudsmannen (DO), den myndighet som 2009 ersatte JämO, HomO, Handikappombudsmannen och tidigare DO (Ombudsmannen mot etnisk diskriminering), får endast företräda en fackligt ansluten person om facket avstår från sin företrädesrätt. Om facket av olika skäl inte driver en medlems ärende, kan personen anmäla sitt fall till DO. Det innebär ingen garanti för att få hjälp eftersom DO bara utreder en mindre del av anmälningarna och det är svårt att förutse vilka som väljs ut. Fackliga organisationer får inte gallra på detta sätt.

Fackliga medlemmar ska behandlas lika och har rätt att få den hjälp som anges i respektive fackförbunds stadgar.

Intresseorganisationer, till exempel en antidiskrimineringsbyrå, har under vissa förutsättningar talerätt i diskrimineringsstvister. Rör tvisten en medlem i facklig organisation krävs för sådan talerätt att facket avstår från sin rätt att företräda medlemmen.

Fackliga organisationer och DO för talan direkt i Arbetsdomstolen (AD) vars domar inte kan överklagas på ordinär väg. Enskild arbetstagare eller arbetssökande kan stämma till tingsrätt. En tingsrättsdom kan överklagas till Arbetsdomstolen men då fordras prövningstillstånd.

EU-rätten

Många bestämmelser i diskrimineringslagen bygger på EU-rätten. Arbetsdomstolen är i vissa fall skyldig att under en rättegång begära förhandsbesked från EU-domstolen om tolkningen av EU-rätten. Målet återupptas när EU-domstolen uttalat sig. Ett exempel är målet om lönediskriminering mellan JämO och Örebro läns landsting i vilket Arbetsdomstolen inhämtade förhandsbesked om hur lönerna mellan barnmorska och klinikingenjör skulle jämföras¹⁾ varefter tvisten slutligen avgjordes i Arbetsdomstolen²⁾.

Mix av svensk traditionell arbetsrätt och EU-rätt

Man kan beteckna diskrimineringsreglerna på arbetslivets område som en mix av traditionell svensk arbetsrätt och EU-rätt. Det gäller att ha goda insikter på båda områdena för att åstadkomma bästa möjliga resultat för medlemmarna. En särskild utmaning för facket är att synliggöra var skyddet mot diskriminering brister och arbeta för förbättringar av lagstiftningen. Kollektivavtal är naturligtvis en central del i det arbetet.

LÄSTIPS

 1) EU-domstolens mål C-236/98.

 2) AD 2001 nr 13.

Regelverk

- ◆ FN-konventioner / 8
- ◆ Svenska lagar / 9
- ◆ Europakonventionen / 9
- ◆ EU-lagstiftning / 9
- ◆ Fler svenska lagar / 10
- ◆ Diskrimineringslagen / 10
- ◆ Att tänka på för facket / 11

Regelverk

Skydd mot diskriminering är en mänsklig rättighet som har sin grund i internationella konventioner om de mänskliga rättigheterna. Mänskliga rättigheter är universella och gäller lika för alla människor i hela världen. I Sverige regleras skyddet för mänskliga rättigheter genom tre grundlagar. Det finns också ytterligare några svenska lagar som används vid diskriminering.

FN-konventioner

Det viktigaste rättighetsdokumentet är *FNs allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna* som antogs 1948. Förbudet mot diskriminering löper som en röd tråd i denna och andra FN-konventioner som tillkommit för att skydda grupper som ansetts särskilt utsatta.

Viktiga FN-konventioner:

- Konventionen om avskaffandet av rasdiskriminering (CERD)
- Konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor (CEDAW)
- Konventionen om barnets rättigheter (CRC)
- Konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (CRPD)

FN-konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter och FN-konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter ger skydd mot diskriminering på grund av sexuell läggning enligt vedertagen tolkning.

Svenska lagar

I Sverige regleras skyddet för mänskliga rättigheter genom tre grundlagar:

- Regeringsformen
- Tryckfrihetsförordningen
- Yttrandefrihetsgrundlagen

Europakonventionen

Europeiska konventionen ger skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Europakonventionen är svensk lag.

Vid brott mot Europakonventionen kan svensk domstol utdöma skadestånd direkt till enskilda personer. Brott mot konventionen kan också prövas av Europadomstolen. EU-domstolen åberopar inte sällan Europakonventionen i sina domar eftersom EU ska respektera de rättigheter som garanteras i konventionen.

EU-lagstiftning

Som EU-medlem har Sverige varit skyldig att genomföra EU-rätten och anpassa sig efter lagstiftningen. Därför har EU-rätten inte minst genom EU-domstolens domar, avgörande betydelse för tolkningen av diskrimineringslagen. I likabehandlingsdirektivet³⁾ har olika bestämmelser om könsdiskriminering samlats i ett och samma direktiv. Förbudet mot åldersdiskriminering har sin bakgrund i arbetslivsdirektivet⁴⁾. Etnisk diskriminering behandlas i ett annat direktiv⁵⁾. Ett annat dokument av betydelse för innehållet i nationella bestämmelser är Europeiska unionens

LÄSTIPS

 3) 2006/54/EG.

 4) 2000/78/EG.

 5) 2000/43/EG.

stadga om de grundläggande rättigheterna, den så kallade *Rättighetsstadgan*, som är rättsligt bindande för EUs medlemmar.

Fler svenska lagar

Två lagar som vid sidan av diskrimineringslagen innehåller förbud mot missgynnande är lagen om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning samt föräldraledighetslagen. En annan närliggande lagstiftning är arbetsmiljölagen med dess regler om systematiskt arbetsmiljöarbete och kränkande särbehandling. Från och med 31 mars 2016 gäller nya föreskrifter om psykosocial arbetsmiljö⁶⁾.

Diskrimineringslagen

Diskrimineringslagen förbjuder även diskriminering inom följande områden:

- Utbildning
- Arbetsmarknadspolitisk verksamhet och arbetsförmedling utan offentligt uppdrag
- Start eller bedrivande av näringsverksamhet samt yrkesbehörighet
- Medlemskap i vissa organisationer (t.ex. fack- och arbetsgivarorganisationer)
- Tillhandahållande av varor, tjänster och bostäder
- Hälso- och sjukvården samt socialtjänsten
- Socialförsäkringssystemet, arbetslöshetsförsäkringen och studiestöd
- Värnplikt och civilplikt samt annan motsvarande militär utbildning inom Försvarsmakten
- Offentligt anställdas kontakter med allmänheten

Att tänka på för facket

- ✓ Inte minst när det gäller det förebyggande arbetet är det nyttigt att känna till konventioner och rättighetsstadga. För fackliga företrädare med uppgift att bedöma och kanske också förhandla i diskrimineringsärenden är det en fördel att också känna till vissa vägledande domar från EU-domstolen och Europadomstolen.
- ✓ Det händer mycket på diskrimineringsområdet och det är därför viktigt att vara informerad om ny lagstiftning, nya domar etc. Diskrimineringsombudsmannens webbplats, www.do.se, innehåller information om diskrimineringslagen.
- ✓ EU-domstolens avgöranden redovisas på <http://curia.europa.eu>.
- ✓ Arbetsdomstolens domar finns på www.arbetsdomstolen.se.
- ✓ Kulturdepartementet ansvarar för arbetet mot diskriminering, se regeringens webbplats, www.regeringen.se.
- ✓ Nätverket jämställda löner, www.njl.nu, ger information om nyhetsartiklar, rapporter från arbetsmarknadens parter och forskning om kvinnors och mäns löner och arbetsvillkor.

Behöver du mer detaljerad information om diskrimineringslagen? Läs i propositionen 2004/05: 147, *Ett utvidgat skydd mot diskriminering*, eller i *Diskrimineringslagen – En kommentar* av Susanne Fransson och Eberhard Stüber, Norstedts Juridik, andra upplagan 2015.

Diskriminerings- grunder och rätt till skydd

◆ Rätt till skydd / 14

◆ Förebyggande arbete/aktiva åtgärder / 15

◆ Diskrimineringsgrunder / 18

- ◆ Kön / 18
 - ◆ Könsoverskridande identitet eller uttryck / 21
 - ◆ Etnisk tillhörighet / 22
 - ◆ Religion eller annan trosuppfattning / 24
 - ◆ Funktionsnedsättning / 26
 - ◆ Sexuell läggning / 28
 - ◆ Ålder / 29
-

◆ Att tänka på för facket / 31

Diskrimineringsgrunder och rätt till skydd

Diskrimineringsförbuden riktar sig mot arbetsgivare. Skyddet omfattar arbetstagare, arbetssökande och den som gör en förfrågan om arbete. Förbuden gäller också för den som söker eller fullgör praktik samt för den som står till förfogande eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft.

Rätt till skydd

Det saknar betydelse om det är en stor eller liten arbetsplats. Diskrimineringslagen gäller för alla arbetsgivare utan undantag. Det saknar också betydelse om det är en tillsvidareanställning eller en visstidsanställning. Alla anställningsformer omfattas. Sommarvikarier har således skydd. Även anställningar som tillkommit med stöd av någon rättighetslagstiftning till exempel lagen om stöd och service till vissa funktionshindrade omfattas.

Arbetstagare som är undantagna i anställningsskyddslagen omfattas av skyddet i diskrimineringslagen. Det gäller arbetstagare i företagsledande ställning, arbetstagare som tillhör arbetsgivarens familj, arbetstagare som är anställda för arbete i arbetsgivarens hushåll eller som är anställda med särskilt anställningsstöd, i skyddat arbete eller i utvecklingsarbete.

Skyddet mot diskriminering ska vara heltäckande och omfatta alla typer av åtgärder och beslut i relationen mellan arbetsgivare och de personer som har rätt till skydd. Förutsättningen är att det som hänt låter sig infogas under definitionen av diskriminering.

Den som har rätt att i arbetsgivarens ställe fatta beslut i fråga om personer som omfattas av skyddet ska likställas med arbetsgivare.

Undantagssituationer

Det som av en arbetssökande eller arbetstagare upplevs som diskriminering är inte nödvändigtvis diskriminering i lagens mening. Det skapar ofta frustration hos dem som känner sig kränkta eller osakligt behandlade. Erfarenheten visar att lagen kan vara svår att tillämpa också på förhållanden som har samband med skyddsgrunderna i lagen: kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder. Det beror på att lagstiftaren utgått från att diskriminering handlar om undantagssituationer. Beteenden och beslut som upplevs som normala på arbetsmarknaden antas vara fria från diskriminering. I verkligheten finns det många förhållningssätt och rutiner i arbetslivet som utesluter människor från att åtnjuta lika rättigheter och möjligheter.

Att diskrimineringslagen ibland inte stämmer med verklighetens scenario beror på att lagstiftaren valt en traditionell arbetsrättslig utformning av diskrimineringsförbuden. Endast arbetsgivaren kan enligt lagen diskriminera oavsett om det är arbetskamrater eller rentav fackliga representanter som är inblandade i ett händelseförlopp och bär det moraliska ansvaret för det som den drabbade anser diskriminerande.

Den arbetsrättsliga utformningen kan också utnyttjas positivt. I synnerhet anställningsskyddslagen och arbetsmiljölagen kan ge stöd i en diskrimineringstvist och förstärka diskrimineringsskyddet. Också kollektivavtalet kan innehålla bestämmelser om likabehandling som kan användas. Av rättspraxis i Arbetsdomstolen framgår att chansen till framgång i ett diskrimineringsmål ökar när anställningsskyddslagen åberopats jämte diskrimineringslagen.

Förebyggande arbete/aktiva åtgärder

En grundläggande tanke i den svenska diskrimineringslagstiftningen har alltsedan den första jämställdhetslagen varit, att lagens regler om det förebyggande arbetet, aktiva åtgärder, ska kunna läka brister i diskri-



Fallbeskrivning

Nicolas

Nicolas kom som 20-åring till Sverige, pluggade svenska och tog arkitektexamen. Efter några år sökte han en tjänst som bygglovsarkitekt i en kommun. Han fick inte jobbet. Istället fick han ett brev med uppmaning att förkovra sig i svenska språket. Nicolas ansåg inte att det fanns skäl för kommunen att rata honom med hänvisning till bristfälliga kunskaper i svenska och gjorde en anmälan om etnisk diskriminering. Tvisten avgjordes i Arbetsdomstolen som kom fram till att kommunen inte gjort sig skyldig till etnisk diskriminering. Så här resonerade domstolen: "Avgörande är inte vilka språkkunskaper

Nicolas faktiskt kan ha haft utan i stället vad han lyckades visa under anställningsförfarandet." Vid anställningsintervjun hade fyra representanter för kommunen deltagit och samtliga vittnade om att de hade haft svårt att förstå Nicolas. Stark brytning och utländsk bakgrund gör att språkkunskaper kan missbedömas, menade domstolen. Men i det här fallet fanns inget som tydde på att intervjun och rekryteringsförfarandet inte skulle ha genomförts på ett korrekt sätt. Att det fanns omfattande bevisning om att Nicolas inte hade problem med svenskan fick därför ingen betydelse i målet (AD 2005 nr 98).

mineringsskyddet. Att genom annonsering avskräcka arbetssökande av utländsk härkomst utgör brott mot diskrimineringsförbudet enligt en dom i EU-domstolen⁷⁾. I svensk kontext är det däremot en typisk fråga för det aktiva arbetet att se till att sådan annonsering stoppas. Det är ett av flera exempel på att EU-rätten i vissa avseenden erbjuder ett starkare diskrimineringskydd än svensk lag. Samtidigt utgör de svenska reglerna om förebyggande arbete, aktiva åtgärder, en värdefull resurs för att ändra på diskriminerande normer i arbetslivet.

Diskriminerande annonsering

✚ **C-54/07 Firma Feryn är ett viktigt avgörande** från EU-domstolen som utökat diskrimineringskyddet. Firma Feryn var ett belgiskt bolag som tillverkade vipp- och takskjutportar. Bolagets direktör uttalade offentligt att man inte anställde montörer av utländsk härkomst, eftersom kunderna inte ville släppa in sådana i sina hem.

Belgisk domstol frågade EU-domstolen om detta kunde vara diskriminering, trots att det inte påvisats att någon enskild person hade missgynnats. Ja, svarade domstolen, eftersom uttalandena avskräckte individer från att söka arbete i bolaget. Förbudet mot diskriminering omfattar således också fall då hinder sätts upp för tillämpning av likabehandlingsprincipen. Arbetsgivaren måste i sådana fall kunna visa att de anställningsrutiner som faktiskt tillämpas inte är diskriminerande.

Diskrimineringslagen ska tolkas i överensstämmelse med EU-rätten. Skyddet går ibland längre än vad som kan utläsas av den svenska lagtexten. Principen i Feryn-målet (se ovan) gäller troligtvis inte bara etnisk tillhörighet utan också andra diskrimineringsgrunder.

LÄSTIPS

📄 7) EU-domstolens mål C-54/07.

Diskrimineringsgrunder

Det finns sju skyddsgrunder i diskrimineringslagen:

- Kön
- Könsoverskridande identitet eller uttryck
- Etnisk tillhörighet
- Religion eller annan trosuppfattning
- Funktionsnedsättning
- Sexuell läggning
- Ålder

I diskrimineringstvister är det inte ovanligt att den klagande anser att diskrimineringen har samband med flera diskrimineringsgrunder, till exempel kön och ålder. Intersektionalitet är det begrepp som används för att beskriva situationen när kombinationer av diskrimineringsgrunder skapar särskild utsatthet för individen. Den som utreder diskriminering måste vara uppmärksam på att flera diskrimineringsgrunder kan ligga bakom en särbehandling eller kränkning.

● Kön

Med *kön* avses i diskrimineringslagen biologiskt kön. En person är antingen kvinna eller man. För personer som är folkbokförda i Sverige framgår kön av personnumret. Det biologiska könet har genom registreringen också en juridisk betydelse. Att utgå från att det endast finns två kön anses numera vara en förenklad bild av verkligheten. Men när kön skulle definieras i diskrimineringslagen ville man ha en enkel definition.

Transsexuella

Med begreppet transsexuella menas personer som avser att ändra kön eller har ändrat kön, och de omfattas av skyddsgrunden kön. För den som inte vill identifiera sig som vare sig man eller kvinna eller vill överskrida den biologiska normen genom klädsel eller på annat sätt, har införts en särskild skyddsgrund i lagen som kallas för *könsoverskridande identitet eller uttryck*. Ibland kan det vara svårt att avgöra om det är den

ena eller andra skyddsgrunden som ska åberopas. Det har mindre betydelse eftersom det viktiga är att det finns ett skydd i lagen.

Gravida

Missgynnande som har samband med graviditet behandlas som könsdiskriminering. Att gravida kvinnor fortfarande har en särskilt sårbar situation i arbetslivet framgår av att många domar i EU-domstolen och i Arbetsdomstolen handlar om diskriminering som helt eller delvis har samband med graviditet. Det rättsliga skyddet är starkt. I föräldraledighetslagen finns ett skydd mot diskriminering av föräldralediga. Ofta åberopas den lagen tillsammans med diskrimineringslagen. När en arbetsgivare får veta att en arbetssökande eller anställd är gravid är det ofta den förväntade kommande ledigheten som gör att kvinnan inte får jobbet eller fortsatt anställning.

Undantag

Som beskrivs i avsnittet om diskrimineringsformer finns ett antal undantag till diskrimineringsförbudet. Det betyder att i vissa situationer gäller inte förbudet mot att låta könstillhörighet påverka ett beslut. Ett av undantagen handlar om att kön kan vara ett verkligt och avgörande krav i ett visst arbete på grund av arbetets natur eller det sammanhang i vilket arbetet utförs. Kravet att tillhöra visst kön måste då vara både lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet. Det får inte vara en efterhandskonstruktion för att försvara ett beslut där arbetssökande av det ena könet fått förtur.

Exempel på undantag

På en kvinnojour eller ett skyddat boende för våldsutsatta kvinnor är det inte diskriminering att enbart rekrytera kvinnor. Här kan man se egenskapen att vara kvinna som ett krav i arbetet, alltså en nödvändig merit och något som gör att en kvinna men inte en man passar för arbetet. För annan verksamhet, till exempel att i andra lokaler än där de våldsutsatta kvinnorna tas emot eller vistas, sköta jourens ekonomi gäller inte undantaget. Det krävs att könstillhörigheten är förknippad med verksamhetens art och det handlar om att representera verksamheten genom synlighet utåt.

I praxis finns exempel på att det i terapeutiskt arbete ansetts tillåtet att låta kön avgöra en rekrytering. Det får bedömas från fall till fall om det är lämpligt och nödvändigt att utesluta sökande av det ena könet i en sådan rekryteringssituation. Ytterligare exempel kan tas från kyrkliga sammanhang. Religiösa samfund där prästyrket endast är öppet för män kan inte tvingas att anställa kvinnliga präster. Handlar det om att rekrytera lokalvårdare eller kyrkogårdsarbetare får hänsyn inte tas till kön.

Positiv särbehandling

Tanken bakom positiv särbehandling är att kompensera för att det funnits hinder för kvinnor eller män att komma in på olika yrkesområden eller komma i fråga för ledande positioner.

- Särbehandling får bara ske vid jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga meriter.
- En objektiv bedömning måste göras av alla sökandes meriter och personliga förhållanden. Att låta kön vara automatiskt avgörande, så kallad kvotering, är förbjudet.
- Särbehandlingen måste stå i proportion till det syfte som man vill uppnå, vilket brukar betyda att en tidsram för åtgärden bestäms. I första hand ska det väljas mindre ingripande åtgärder för att underlätta att uppnå jämn könsfördelning. Det kan exempelvis handla om utbildningsinsatser.

Kvoteringslag var könsdiskriminering

✦ **C-407/98 Abrahamsson.** Målet gällde de så kallade Thamprofessurerna som inrättats 1995 genom en förordning på initiativ av utbildningsminister Carl Tham. En stark mansdominans rådde på professorstjänster. Syftet var att öka andelen kvinnliga professorer vid svenska universitet. För att få en professur skulle tillräckliga kvalifikationer räcka. Thamförordningen underkändes av EU-domstolen, eftersom det enbart var sökande av underrepresenterat kön, alltså kvinnor, som kunde få en professur.

Thamprofessorerna (se dom sid. 20) är ett exempel på könskvotering. Kvotering är inte tillåten i EU-rätten. I svensk rättspraxis har det skett en anpassning av reglerna om positiv särbehandling till det snäva utrymme som medges i EU-rätten. På utbildningsområdet har det betytt att universitet och högskolor numera måste vara mycket försiktiga med att prioritera sökande av visst kön eller icke-svensk bakgrund vid antagning till utbildning.

Litet utrymme för positiv särbehandling

🚩 **AD 2015 nr 44.** Målet handlar om fördelning av forskningsmedel till universitetsanställda. Mittuniversitetet hade delat ut så kallat meriteringsstöd till det kön som var underrepresenterat bland professorerna. Det betydde att inga män kunde komma i fråga för att få dessa forskningsmedel. Staten som representerade universitetet medgav att detta var könsdiskriminering. Den man som anmält universitetet för diskriminering ansågs i praktiken inte ha drabbats av att bara kvinnor kunde söka och få meriteringsstödet. Diskrimineringsersättningen bestämdes därför till ett lågt belopp, 25 000 kr, vilket var den summa som staten medgett att betala.

● Könsöverskridande identitet eller uttryck

Med *könsöverskridande identitet eller uttryck* menas enligt lagtexten att någon inte identifierar sig som kvinna eller man eller genom sin klädsel eller på annat sätt ger uttryck för att tillhöra ett annat kön. Denna allmänt hållna definition är avsedd att ge skydd åt transsexuella, transvestiter, intergender, intersexuella, transgenderister, dragkings och dragqueens. Listan är inte uttömmande. Definitionen i diskrimineringslagen har kritiserats för att bygga på en tvåkönsnorm.

En person får själv avgöra om skyddsgrunden omfattar individen i fråga. För att skyddet i lagen ska kunna tillämpas krävs att den som påstås diskriminera har kännedom om könsidentiteten. Det räcker alltså inte att en person har en upplevelse av att inte passa in i arbetsplatsens tvåkönade mönster.

Vissa lagar, till exempel socialförsäkringarna, erbjuder för sökande endast alternativen kvinna eller man. Detta betraktas inte som diskriminering. Detsamma gäller uppbyggnaden av lönediskrimineringsförbudet som utgår från jämförelse mellan två kön; kvinnor och män.

Antalet diskrimineringsanmälningar gällande könsöverskridande identitet eller uttryck är få och det saknas rättspraxis. Det beror sannolikt på att den så kallade heteronormen är stark i vårt samhälle och att det finns en historia av tabu och skambeläggning av personer som inte låter sig inordnas i tvåkönsnormen. Det bör framhållas att könsidentitet inte har något att göra med sexuell läggning, som är en annan och särskild skyddsgrund.

Om en organisation verkar för transpersoners rättigheter och anställer en person som ska företräda föreningen är det inte diskriminering att anställa någon som har den könsidentitet som organisationen representerar. Gäller rekryteringen ett arbete som inte innebär att vara föreningens ansikte utåt, finns inget sådant undantag från diskrimineringsförbudet.

● Etnisk tillhörighet

Etnisk tillhörighet definieras i lagen som nationellt eller etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande. Ordet ras som använts i tidigare diskrimineringslagstiftning har utmönstrats, eftersom det är vetenskapligt bevisat att det inte finns olika raser. Etnicitet handlar både om det fysiska och synliga såsom utseende och hudfärg och om kulturella mönster som språk, kläder eller kroppsutsmyckningar.

Forskning visar att det råder en stark vithetsnorm i Sverige. När personer missgynnas utifrån uppfattningar och uttalanden om ”invandrare” kan det vara etnisk diskriminering. Likaså om någon särbehandlas därför att vederbörande har ”utländsk härkomst”. Det krävs alltså inte att en bestämd etnisk bakgrund pekas ut för att det ska handla om etnisk diskriminering. Sveriges nationella minoriteter, samer, sverigefinnar, tornedalingar, romer och judar har enligt lagen om nationella minoriteter och minoritetsspråk en särskilt skyddad ställning.

Alla typer av etnisk tillhörighet omfattas av skyddet, även att vara svensk. En svensk näringsidkare som inte vill anställa svenskar kan göra sig skyldig till etnisk diskriminering. Om någon missgynnas på grund av sin anknytning till annan persons etnicitet finns också skydd i lagen mot diskriminering. Ett exempel som ges i förarbetena till diskrimineringslagen är att en kvinna som gift sig med en invandrare bär hans efternamn och missgynnas på grund av det.

Krav på mycket goda kunskaper i svenska för att komma i fråga för en anställning är ett krav som kan se neutralt ut men som kan utgöra indirekt diskriminering, ifall det saknas skäl att ställa ett så högt krav med hänsyn till det arbete som ska utföras. Krav på svenskt medborgarskap kan också vara etnisk diskriminering, om någon missgynnas av kravet och det saknas stöd i lag för att kräva medborgarskap. Inom säkerhetspolisen och försvarsindustrin finns så kallade säkerhetsklassade tjänster, där krav på svenskt medborgarskap får ställas. Också för domare inom rättsväsendet krävs svenskt medborgarskap.

Undantag

Positiv särbehandling på etnisk grund är inte tillåten i Sverige. Men om en viss etnisk tillhörighet ”på grund av arbetets natur eller det sammanhang där arbetet utförs utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav som har ett berättigat syfte och kravet är lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet” så kan det vara tillåtet för en arbetsgivare att ta hänsyn till etnicitet. Det är alltså ett undantag från diskrimineringsförbudet.

Enligt lagens förarbeten kan undantaget tillämpas på verksamheter som tillhandahåller personliga tjänster åt personer ur en viss etnisk grupp för att främja deras sociala välfärd. Förutsättningen är då att tjänsten bäst utförs av någon som tillhör samma etniska grupp som den hjälpbehövande. Inte minst handlar detta om att kunna kommunicera på det språk som är aktuellt. Inom hemtjänst och assistansverksamhet är situationen inte ovanlig. En i övrigt meriterad arbetssökande men som saknar den efterfrågade etniska bakgrunden kan då inte med framgång påstå att det är diskriminering när arbetsgivaren valt att låta den etniska tillhörigheten avgöra vem som fått jobbet.

● Religion eller annan trosuppfattning

Det finns ingen definition i lagen av skyddsgrunden *religion eller annan trosuppfattning* men enligt lagens förarbeten avses uppfattningar som har sin grund i en åskådning som kan betecknas som religiös. Det betyder att de stora världsreligionerna omfattas. Även ateism och agnosticism nämns som exempel. Därav framgår att det också getts skydd åt icke-troende personer. Filosofiska och politiska åskådningar omfattas däremot inte. Enligt lagen om trossamfund⁸⁾ kan ett samfund registrera sig som trossamfund om det uppfyller vissa krav som anges i lagen. Det återstår att se om en sådan registrering påverkar skyddet i diskrimineringslagen.

Gränsdragning

Gränsdragningen mellan etnisk tillhörighet och religion är inte helt klar. Vissa religioner föreskriver klädkoder som kan innebära svårigheter att få arbete i verksamheter, där till exempel huvudbonader eller vissa kroppsutsmyckningar inte accepteras. Det kan associeras både med etnisk bakgrund och religion. I regel har det ingen praktisk betydelse om situationen betecknas som ett fall av etnisk diskriminering eller diskriminering som har samband med religion, eftersom skydd mot diskriminering finns i bägge fallen. Avgörande är skälen för arbetsgivarens agerande. När arbetsgivarens beslut eller förhållningssätt på ett seriöst sätt motiveras av säkerhetskrav som inte enkelt kan uppfyllas på annat sätt, är det inte diskriminering att ställa krav för att uppfylla säkerheten. Ofta finns dock andra lösningar. Om religiöst betingade önskemål om långärmad klädsel inte kan accepteras på grund av smittorisk i en medicinsk verksamhet, kan det vara ett rimligt alternativ att tillhandahålla sterila engångsärmar.

Skydd

Skyddet för religionsfrihet är mycket starkt. Rätten att bli skyddad i religionsutövning har dock sina gränser. Allt betraktas inte som trosutövning och brott kan självfallet inte begås i religionens namn. Ibland kan olika rättigheter kollidera.

LÄSTIPS

 8) Lagen om trossamfund 1998: 1593.

Om en arbetsgivare eller en arbetsförmedlare ställer krav på att en arbetssökande eller praktikant, för att få ett jobb eller en praktikplats, ska hälsa genom att ta i hand och inte accepterar andra sätt att hälsa kan det leda till ansvar för diskriminering på grund av religion. När det gäller redan anställda har det sannolikt betydelse vad det är för slags arbete som ska utföras och om vägran att handhälsa är förenat med nedsättande behandling av kvinnliga arbetskamrater eller kunder. Om en arbetsgivare kan styrka att det uppkommit sådana problem kan vanliga arbetsrättsliga regler om misskötsamhet tillämpas.

Skydd för religion och religionsfrihet

✦ I målet **Eweida m.fl. mot Storbritannien** prövade Europadomstolen i januari 2013 fyra anmälningar av påstådd diskriminering på grund av religion. Ett fall gällde en sjuksköterska som uppmanats av sjukhusledningen att ta av sig ett kors som hon bar om halsen. Arbetsgivaren ansåg att smycket kunde orsaka fara i arbetet eller riskera patienters hälsa om korset kom i kontakt med sår. Två andra anmälare, en sexterapeut och en vigselförrättare, ville inte arbeta med homosexuella par på grund av sin kristna tro. De hade därför avskedats.

I dessa tre fall ansåg domstolen att arbetsgivaren hade fog för sitt ställningstagande, i det första fallet på grund av hänsyn till hälsoskyddet och i de andra därför att andra medborgare måste skyddas mot diskriminering. Det fjärde fallet gällde en kvinna som arbetade i incheckningen på en flygplats. Hon ville på grund av sin tro bära ett kors synligt på uniformen, trots att detta stred mot företagets regler. Hon blev hemskickad utan lön. Europadomstolen slog fast att individens religionsfrihet väger tyngre än ett företags intresse av enhetlig uniformsklädsel. Företaget hade alltså kränkt hennes religionsfrihet.

På samma sätt som gäller för andra diskrimineringsgrunder kan ett trosamfund ställa krav på att anställda som ska företräda samfundet bekänner sig till den tro som samfundet representerar. För arbetsuppgifter som

inte har en sådan nära anknytning till samfundets profil gäller inte undantaget.

● Funktionsnedsättning

Begreppet funktionshinder i lagen har ändrats till *funktionsnedsättning*. Syftet med omformuleringen är att betona att hindret inte ligger hos individen utan i en omgivning som lägger hinder i vägen för delaktighet. I övrigt är definitionen oförändrad. Funktionsnedsättning definieras som varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller sjukdom fanns vid födelsen, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå. Med uttrycket ”förväntas uppstå” avses vissa sjukdomar som har ett progressivt förlopp och där man kan räkna med att det uppstår en varaktig funktionsnedsättning. Multipel skleros och Parkinsons sjukdom kan nämnas som exempel. Att ha anlag för en viss sjukdom medför inte att skyddet aktiveras. Det är begränsningarna i funktionsförmågan och inte den medicinska diagnosen i sig som avgör om någon tillhör den skyddade kretsen.

Även personer med ifrågasatta tillstånd som elöverkänslighet omfattas sannolikt av skyddet, under förutsättning att symtomen gör att arbetsförmågan blir varaktigt nedsatt. Fetma anses inte i sig vara en funktionsnedsättning men kan leda till medicinska besvär som kan klassificeras som en funktionsnedsättning om de är varaktiga. Begränsningarna ska bedömas i förhållande till den situation som är aktuell. En hörselnedsättning eller en synskada kan ha betydelse för en viss typ av arbete men inte för en annan. Det ska alltid vara en individuell bedömning.

Hur en funktionsnedsättning har uppstått är oväsentligt. Det kan handla om en arbetsskada eller en yrkesrelaterad sjukdom men det är en förutsättning att det inte rör sig om tillfälliga funktionsnedsättningar. Vad som menas med varaktigt har inte definierats i lagen. Tolv månader har diskuterats som en minsta tidrymd för att man ska kunna tala om varaktighet. Framtida rättspraxis får utvisa om det stämmer.

Skyddet mot diskriminering omfattar också situationer, där närstående till någon med en funktionsnedsättning missgynnas eller där en arbetsgivare felaktigt utgår från att till exempel en arbetssökande har en funktionsnedsättning och missgynnandet har samband med det.

Jämförelser

Att utan vidare jämföra en arbetssökande, en yrkespraktikant eller en anställd som har någon form av varaktig funktionsnedsättning med någon som inte har det, vore oetiskt och tillika dåligt ur arbetsgivarsynpunkt. Därför krävs att arbetsgivaren vidtar stöd- och anpassningsåtgärder så att det skapas en jämförbar situation för den som har funktionsnedsättningen. Om en arbetsgivare underlåter att göra detta och väljer bort en arbetssökande, därför att denne till följd av sin funktionsnedsättning inte är i en jämförbar situation med annan sökande, så är det från och med 2015 en särskild form av diskriminering som kallas *bristande tillgänglighet*.

Krav på anpassning

Kravet på arbetsgivaren gäller skäliga åtgärder. Vad som är skäligt får bedömas från fall till fall. Arbetsgivarens ekonomi har betydelse och

Diskrimineringsskydd vid fetma

🔗 **C-354/13 Kaltoft.** Målet ger vägledning om hur man ska se på situationer där en individ missgynnats på grund av fetma. Målet handlade om en dansk dagbarnvårdare som ansåg att han blivit uppsagd därför att han var fet, medan arbetsgivaren hävdade att det berodde på arbetsbrist.

EU-domstolen uttalade att unionsrätten ska tolkas så, att den inte stadgar någon allmän princip om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av fetma som sådan. Men en arbetstagares fetma kan vara ett funktionshinder, 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. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om dessa villkor är uppfyllda i det nationella målet.

även arbetsgivares traditionella rätt att själv besluta hur arbetet ska organiseras. Krav på mera ingripande förändringar av organisation och rutiner har hittills inte fått gehör i rättspraxis. Förväntad effekt på arbetsprestationen har också betydelse. Anpassningsåtgärden måste leda till att arbetet kan utföras. En rad faktorer måste alltså sammanvägas för att bedöma vad som kan anses skäligt.

Av en arbetsgivare med många anställda och omfattande verksamhet kan man kräva mer än av en arbetsgivare på en liten arbetsplats. Anpassningen kan gälla högst olika saker såsom tekniska hjälpmedel, anpassade arbetstider eller särskilda arbetsredskap. När det gäller utformning av den fysiska miljön har arbetsmiljölagen avgörande betydelse.

Det är den arbetssökande respektive arbetstagaren som själv måste upplysa arbetsgivaren om sitt anpassningsbehov. Om statligt bidrag redan beviljats för att genomföra en anpassningsåtgärd ska det tas med i den ekonomiska bedömningen och påverka vad som anses skäligt att begära av arbetsgivare.

● Sexuell läggning

Sexuell läggning definieras i lagen som homosexuell, bisexuell eller heterosexuell läggning. Definitionen utgår från att alla människor har någon av dessa läggningar. En persons egen uppfattning om sin sexuella läggning ska gälla, eftersom det är en fråga om identitet. Sexuell läggning innefattar vem man har en relation med och vem man har sex med.

Sexuellt beteende ska skiljas från sexuell läggning. I förarbetena nämns pedofili som exempel på ett sexuellt beteende som inte skyddas av diskrimineringsförbudet. En arbetsgivare som inte vill anställa en pedofil gör sig alltså inte skyldig till diskriminering på grund av sexuell läggning.

Skydd

Beteenden som naturligt hänger samman med att vara hetero-, bi- eller homosexuell skyddas däremot av lagen. Att vägra anställa en person som lever tillsammans med en person av samma kön är ett exempel på diskriminering på grund av sexuell läggning. Skydd i lagen finns också när arbetsgivare missgynnar en person på grund av ett felaktigt antagande om viss sexuell läggning. Detsamma gäller när en person missgynnas därför att en närstående har en viss sexuell läggning som arbetsgivaren inte accepterar.

Undantag

Undantagsvis får en arbetsgivare ta hänsyn till sexuell läggning, nämligen när den sexuella läggningen har särskild betydelse i arbetet och det är lämpligt och nödvändigt att upprätthålla ett sådant krav. En förening som arbetar för homosexuellas rättigheter kan i rekryteringssammanhang kräva att en anställd som ska representera den grupp vars rättigheter föreningen arbetar för, har samma läggning som gruppen. Gäller anställningen däremot att sköta föreningens ekonomi är inte ett sådant krav berättigat.

● Ålder

Ålder är en diskrimineringsgrund som inte fanns i diskrimineringslagstiftningen före 2009. Med ålder avses uppnådd levnadslängd. Det är en kronologisk definition utan vare sig nedre eller övre gräns. Ålder är den svagaste av diskrimineringsgrunderna. I EUs arbetslivsdirektiv som ligger till grund för lagstiftningen har getts stora möjligheter att göra nationella undantag. Det finns ett antal förhandsavgöranden från EU-domstolen som behandlar frågor från nationella domstolar om det är tillåtet att göra undantag av arbetsmarknadspolitiska eller socialpolitiska skäl och tillämpa åldersgränser av olika slag till exempel avgångsskyldighet vid viss ålder för olika yrken. På fråga från Södertörns tingsrätt har EU-domstolen⁹⁾ uttalat att 67-årsregeln i lagen om anställningsskydd inte strider mot åldersdiskrimineringsförbudet.

LÄSTIPS

 9) EU-domstolens mål C-141/11 Hörnfeldt mot Posten AB.

Tillämpning av åldersgränser

I diskrimineringslagen anges att förbudet mot åldersdiskriminering inte hindrar ”tillämpning av åldersgränser för rätt till pensions-, efterlevande- eller invaliditetsförmåner i individuella avtal eller kollektivavtal, eller särbehandling på grund av ålder, om den har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.” Dessutom finns samma undantag som vid övriga diskrimineringsgrunder nämligen det som handlar om ett verkligt och avgörande yrkeskrav som har ett berättigat syfte. Kravet ska vara såväl lämpligt som nödvändigt för att uppnå syftet.

Ett transportföretag hade som policy att busschaufförer inte fick fortsatt (tidsbegränsad) anställning när de fyllt 70 år. Fallet prövades i Arbetsdomstolen¹⁰⁾. Chaufförerna ansågs ha blivit åldersdiskriminerade. Generell argumentation om samband mellan ålder och trafiksäkerhet dög inte som skäl för att sätta upp en 70-årsgräns. Domen innehåller en fyllig genomgång av gällande EU-rätt.

Tillåten särbehandling

I förarbetena till diskrimineringslagen finns en rad exempel på situationer då det skulle kunna finnas ett berättigat syfte att ta hänsyn till ålder. Förlängd semester eller längre uppsägningstid ges som exempel på detta. Det skulle då rättfärdigas genom att den äldre arbetskraften kan förmodas ha särskilda behov av vila och rekreation. Det sägs också i förarbetena att det kan vara ”rimligt” att tillåta en arbetsgivare att ta viss hänsyn till ålderssammansättningen hos de anställda. Det gäller särskilt mindre arbetsplatser. Om en arbetssökande är nära den ålder då han eller hon kan tänkas gå i pension skulle det kunna leda till oproportionerliga kostnader att anställa den personen. Därför kan det i en sådan situation vara tillåtet att ta hänsyn till ålder. Man bör hålla i minnet att ålder är en tämligen ny diskrimineringsgrund och att många situationer är oprövade.

Att tänka på för facket

- ✓ Använd diskrimineringslagen tillsammans med annan arbetsrätt. Särskilt anställningsskyddslagen (LAS) och arbetsmiljölagen (AML) kan innehålla principer som är till hjälp i ärendet.
- ✓ Kontrollera om kollektivavtalet har formuleringar om lika rättigheter och möjligheter som facket kan stödja sig på. Hur har dessa bestämmelser tolkats tidigare och vad var syftet med att ta in dem i avtalet?
- ✓ Ta reda på hur arbetsplatsens jämställdhets- och likabehandlingsarbete har skötts! Finns de dokument, jämställdhetsplan och handlingsplan för jämställda löner, som diskrimineringslagen föreskriver? En arbetsgivare som struntar i att följa lagen har ett sämre utgångsläge i en diskrimineringsvist än den som kan peka på ett seriöst antidiskrimineringsarbete.
- ✓ Tänk på att diskrimineringslagen erbjuder två handlingsvägar som kan användas i kombination eller som alternativ till varandra: dels diskrimineringsförbuden, dels reglerna om det framåtsyftande förändringsarbetet "aktiva åtgärder". Ställ krav på ändrade rutiner utifrån bestämmelserna om aktiva åtgärder.

Diskriminerings- former

◆ Direkt diskriminering / 35

◆ Indirekt diskriminering / 39

◆ Bristande tillgänglighet / 41

◆ Trakasserier och sexuella trakasserier / 43

◆ Instruktioner att diskriminera / 46

◆ Repressalier / 47

◆ Att tänka på för facket / 49

Diskrimineringsformer

Diskrimineringslagen finns skydd mot sex olika former av diskriminering. Dessutom finns det förbud mot repressalier i situationer då en person behöver skydd mot hämndåtgärder från en arbetsgivare som brutit eller påstås ha brutit mot diskrimineringslagen. Alla situationer som har att göra med arbetet och som kan uppstå mellan en arbetsgivare och den som skyddas enligt diskrimineringslagen ska omfattas. De vanligaste situationerna gäller rekrytering, lönesättning, ledning och fördelning av arbetet, omplacering, disciplinåtgärder, uppsägning och avskedande.

- Direkt diskriminering
- Indirekt diskriminering
- Bristande tillgänglighet
- Trakasserier
- Sexuella trakasserier
- Instruktioner att diskriminera

Det finns vissa undantag till diskrimineringsförbuden. I lagen anges att diskrimineringsförbuden inte hindrar särbehandling som föranleds av en egenskap som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna. Särbehandling kan vara aktuell om egenskapen, på grund av arbetets natur eller det sammanhang då arbetet utförs, utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav som har ett berättigat syfte och kravet är lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet.

Vidare är det tillåtet att vidta åtgärder som är ett led i strävandet att främja jämställdhet mellan kvinnor och män och som avser annat än löne- eller andra anställningsvillkor. Slutligen görs vissa undantag för tillämpning av åldersgränser och för särbehandling på grund av ålder, om undantaget har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nöd-

vändiga för att uppnå syftet. Exempel på tillåtna undantag ges i avsnittet om diskrimineringsgrunderna.

Skyddet mot diskriminering ska vara likformigt oavsett om det som skett har samband med kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder. Ett skäl till att det ibland kan vara viktigt att komma underfund med vilken typ av diskriminering som ett klagomål handlar om, är att bevisreglerna skiljer sig åt. Ibland kan det vara svårt att avgöra om diskriminering bör betecknas som direkt eller indirekt eller om trakasseridefinitionen passar bättre. I tvisteförhandlingar och domstolsprocesser är det därför inte ovanligt att flera diskrimineringsformer åberopas som alternativ till varandra. Det viktiga är dock inte vilken lagteknisk rubrik som sätts på den kritiserade händelsen utan att den beskrivs på ett konkret och noggrant sätt.

● Direkt diskriminering

Direkt diskriminering betyder att en person behandlas sämre än någon annan i en jämförbar situation och att detta missgynnande helt eller delvis har samband med diskrimineringsgrunderna. Det finns här ett direkt orsakssamband mellan den sämre behandlingen och diskrimineringsgrunden. Ett annat sätt att uttrycka saken är att en arbetsgivare inte får tillämpa olika regler eller bedömningsnormer på arbetssökande, arbetstagare eller annan som skyddas av diskrimineringslagen om det medför en sämre behandling och har samband med en eller flera av diskrimineringsgrunderna.

För att det ska vara diskriminering krävs att situationen är jämförbar. Det ska med andra ord vara relevant att jämföra personerna. Arbetsgivarens avsikt har ingen betydelse. Handlandet kan vara omedvetet eller rentav ha skett i något slags välvilja. I diskrimineringslagen är det effekten av särbehandlingen som räknas.



Fallbeskrivning

Roman

Roman, 52 år, sökte tjänst som handläggare på Migrationsverket. Det var 18 tjänster som skulle tillsättas. För arbetet krävdes högskoleutbildning med juridisk eller statsvetenskaplig inriktning samt kvalificerad erfarenhet av förvaltningsrätt. Roman, som är född i Polen, hade en svensk jur.kand. examen och hade arbetat ett antal år på en statlig myndighet med förvaltningsrättsliga ärenden. Han ansåg sig väl kvalificerad och hade gott hopp om att komma i fråga för någon av tjänsterna. Så blev det inte.

Roman blev inte ens kallad till intervju. När han begärde information om tillsättningen visade det sig att ingen sökande över 36 år kallats till anställningsintervju. Hälften av dem som anställdes var nyutexaminerade. Två var födda 1978 och övriga på 1980-talet. Roman ansåg sig diskriminerad både på grund av ålder och etnisk tillhörighet.

DO tog sig an hans fall men ansåg inte att det gick att göra antagligt att Migrationsverket valt bort Roman därför att han var från Polen, däremot hade han blivit diskriminerad på grund av ålder. Tvisten löstes med en förlikning som innebar att Migrationsverket betalade 75 000 kr till Roman i diskrimineringsersättning och lovade DO att se över sina rekryteringsrutiner.

Detta betyder att tre förutsättningar måste vara uppfyllda för att direkt diskriminering ska konstateras:

- Missgynnande
- Jämförbar situation
- Samband med en eller flera av diskrimineringsgrunderna

Missgynnande

Missgynnande betyder att arbetsgivarens handlande har medfört en påtaglig nackdel för den klagande. Att inte bli kallad till anställningsintervju, att inte få ett sökt arbete eller att få en lägre löneförhöjning än en arbetskamrat är exempel på missgynnande. Att påvisa ett missgynnande brukar inte vara svårt.

Jämförbar situation

Jämförbar situation är ett lagkrav som i praktiken lämnar många situationer som upplevs som diskriminerande utanför lagens skydd. Skyddet är nämligen beroende av hur breda eller snäva jämförelser det är tillåtet att göra. Här är det snäva jämförelser som gäller. Det kan därför vara svårt att påvisa att den som anser sig diskriminerad befunnit sig i en jämförbar situation. För en arbetssökande betyder jämförbar situation att meriterna för den sökta anställningen måste vara jämbördiga eller – ännu hellre – bättre i förhållande till en eller flera andra personer som sökt arbetet. I avsnittet om rekrytering (se sid. 68) redovisas vägledande rättsfall och tips ges om hur meriter bör jämföras och vad en utredare bör tänka på.

Ibland finns ingen jämförelseperson tillgänglig. I sådana situationer får jämförelsen göras med hur arbetsgivaren tidigare agerat. Det kan exempelvis gälla en situation då det är relevant för efterträdaren att jämföra lön med den som tidigare haft samma arbete. Enligt diskrimineringslagen finns möjlighet att göra en rent hypotetisk jämförelse när faktisk jämförelseperson saknas.

I ett fall som handlade om att en anställd på grund av sin trosuppfattning inte kunde utföra en stor del av de tilldelade arbetsuppgifterna och därför fråntagits dessa gjorde Arbetsdomstolen en hypotetisk jämförelse med hur en annan person skulle ha behandlats vid vägran att utföra arbetsuppgifterna¹¹). Eftersom problemet skulle ha lösts på samma sätt om arbetsvägran berott på något annat än religion, ansågs arbetsgivarens beslut inte vara diskriminerande.

Diskriminering som har samband med graviditet bedöms som könsdiskriminering och prövningen av sambandet med diskrimineringsgrunden handlar om hur arbetsgivaren skulle ha behandlat den arbetssökande/ arbetstagaren om hon inte varit gravid.

Samband

För att ett handlande ska bedömas som diskriminering krävs samband mellan arbetsgivarens handlande och den missgynnade personens kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder. Det räcker att en del av förklaringen till arbetsgivarens handlande kan kopplas till någon av diskrimineringsgrunderna. Det är i rättspraxis vanligt att domstolen konstaterar att arbetsgivaren agerat utifrån en kombination av ekonomiska argument och till exempel missnöje med att en anställd visat sig vara gravid. Direkt diskriminering kännetecknas av att det finns ett rakt orsakssamband mellan arbetsgivarens beslut och diskrimineringsgrunden.

Starkt skydd för gravida

✦ **C-109/00 Tele-Danmark.** Ett telefonbolag hade anställt en kvinna i juni 1995 på ett tidsbegränsat förordnande, sex månader. Efter en tid informerade hon arbetsgivaren om att hon var gravid och skulle föda barn i början av november. Hon blev omedelbart uppsagd, dels därför att arbetsgivaren ansåg att hon varit illojal genom att inte berätta att hon var gravid när hon anställdes och dels därför att hon under en stor del av anställningstiden inte skulle komma att utföra något arbete. Kollektivavtalet gav nämligen rätt till åtta veckors ledighet före förlossningen.

Alltsedan målet **Dekker C-177/88** har praxis i EU-domstolen varit att diskriminering med hänvisning till graviditet utgör direkt könsdiskriminering. Bedömningen blev densamma i detta mål. Därigenom klargjordes att skyddet också gäller vid tidsbegränsade anställningar. En arbetssökande är inte skyldig att upplysa om att hon är gravid.

● Indirekt diskriminering

Indirekt diskriminering innebär 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 med ett visst kön, en viss religion etc. Det är dock inte diskriminering om bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet har ett berättigat syfte och om de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

Den här typen av diskriminering handlar om missgynnande effekter som ett resultat av att vissa kriterier eller bestämmelser tillämpas. Kriterierna, bestämmelserna eller förfaringsättet som arbetsgivaren använder kan se neutrala ut, men effekten av att de tillämpas blir att personer som omfattas av diskrimineringslagen *missgynnas*. Det är här sambandet med diskrimineringsgrunden finns. För att avgöra om det är diskriminering måste också en *intresseavvägning* göras. Det betyder att man granskar arbetsgivarens syfte och bedömer om tillvägagångssättet som missgynnar viss grupp – som tillhör någon av lagens skyddsgrunder – är lämpligt och dessutom nödvändigt.

Indirekt diskriminering på bilfabrik

✦ **AD 2005 nr 87.** En kvinna sökte anställning som bilarbetare på Volvo AB. Hon fick inte jobbet därför att hon var kortare än 163 cm, vilket var den kroppslängd som ställts som krav för att få anställning. Kravet var neutralt men missgynnade särskilt kvinnor, eftersom kvinnor är kortare än män.

Parterna i målet var överens om att anställningskravet uteslöt 25 procent kvinnor men endast 2 procent män. Arbetsgivaren kunde inte visa att kravet var lämpligt och nödvändigt i relation till syftet som var att minska belastningsskador. Det fanns alternativa sätt att minska belastningsskador. Domstolen fann därför att det var indirekt könsdiskriminering att avvisa kvinnan. Hon var särskilt missgynnad på grund av sitt kön.

Ett annat exempel på rekryteringskrav som kan leda till indirekt diskriminering är krav på körkort. Det utesluter många personer som till följd av sin funktionsnedsättning inte kunnat ta körkort till exempel synskadade. Krav på fysisk prestationsförmåga eller åldersgränser för arbeten där kraven inte är relevanta kan också vara indirekt diskriminerande. Detsamma gäller krav på att ha svensk utbildning, tala flytande svenska eller att tillämpa en klädkod som innebär att viss religiöst betingad klädsel till exempel turban eller huvudduk inte får bäras.

Jämförelsen ska i dessa fall göras mellan gynnade och missgynnade. Enligt förarbetsuttalanden ska jämförelsen ta sikte på den andel av de som kan, eller inte kan, uppfylla kravet i de grupper som jämförs. Det krävs en betydande skillnad och det måste göras faktiska jämförelser, inga hypotetiska. Vid funktionsnedsättning ska jämförelsen göras i förhållande till den funktionsnedsättning som den missgynnade personen har. Det betyder att om en synskadad anser sig missgynnad av ett körkortskrav ska jämförelsen göras mellan synskadade och de som inte är synskadade.

Berättigat syfte

Vid intresseavvägningen prövas vad arbetsgivaren har för syfte med det krav som ställts. Det måste vara ett viktigt syfte som är objektivt godtagbart. Varför krävs körkort? Är det för att det är nödvändigt för ett bra arbetsresultat eller har kravet mera slentrianmässigt hamnat i platsannonsern? Varför finns på en viss arbetsplats regler om att anställda inte får ha huvudduk eller långärmad tröja? Syftet kan vara berättigat och till exempel handla om hygien eller skydd mot arbetsskador. Men finns det alternativa sätt att uppnå syftet som inte särskilt missgynnar grupp som skyddas av diskrimineringslagen så ska dessa alternativ väljas. Annars handlar det om indirekt diskriminering.

Bland deltidsanställda och anställda med visstidsanställning finns en väsentligt högre andel kvinnor än män. Deras sämre anställningsvillkor i jämförelse med tillsvidareanställda kan utgöra indirekt könsdiskriminering. Sedan 2002 finns en särskild lag, lagen om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning¹²⁾, som också kan tillämpas när det gäller lönevillkor och andra anställningsvillkor.

● Bristande tillgänglighet

Diskrimineringsgrunden bristande tillgänglighet betyder enligt lagtexten att en person med funktionsnedsättning missgynnas, därför att arbetsgivaren underlåtit att vidta skäligen åtgärder för att personen i fråga ska komma i en jämförbar situation med personer utan denna funktionsnedsättning. Vad som är skäligen åtgärder ska avgöras utifrån vad arbetsmiljölagen eller annan författning föreskriver om krav på tillgänglighet. Hänsyn ska tas till arbetsgivarens ekonomiska och praktiska förutsättningar. Också andra faktorer har betydelse till exempel hur varaktig

relationen är mellan arbetsgivaren och personen med funktionsnedsättning. Vid en kortvarig anställning är kraven att vidta anpassningsåtgärder lägre än vid en tillsvidareanställning. Även andra omständigheter kan vägas in i skälighetsbedömningen.

Förbudet mot diskriminering i form av bristande tillgänglighet skyddar inte den som gör en förfrågan om arbete. Dessutom är det bara den person som har funktionsnedsättningen som skyddas, inte närstående.

Missgynnande, underlåtenhet att vidta åtgärder och jämförbar situation är de begrepp som definitionen av bristande tillgänglighet bygger på. Så tillkommer en skälighetsbedömning.

Jämförbar situation

Jämförbar situation för personer med funktionsnedsättning tar sikte på hur jämförelsen utfaller när nedsättningen kompenseras med stöd- och anpassningsåtgärder som det är rimligt att kräva att arbetsgivaren vidtar. Bedömningen ska endast avse de centrala arbetsuppgifterna i en tjänst, inte mera marginella arbetsuppgifter eller sådant som ska utföras mera sällan.

I diskrimineringslagen finns ett undantag i fråga om krav på tillgänglighetsåtgärder för företag med färre än tio anställda. Det undantaget gäller inte för arbetsgivare.

Anpassning på arbetsplatsen

✦ **AD 2010 nr 13.** En gravt synskadad kvinna sökte tjänst på Försäkringskassan som utredare av sjukförsäkrings- och sjukersättningsärenden. För att hon skulle komma i en jämförbar situation med sökande utan synskada fordrades anpassning och stöd av olika slag. Försäkringskassan hävdade att det interna datorsystemet, som var ett nödvändigt arbetsredskap, inte kunde anpassas till kvinnans begränsade synförmåga utan orimligt stora kostnader för omprogrammering. Dessutom skulle hon behöva ett personligt arbetsbiträde.

AD konstaterade att höga krav i fråga om anpassnings- och stödåtgärder måste kunna ställas eftersom Försäkringskassan var en stor och resursstark myndighet. Ändå ansåg AD att åtgärderna skulle bli så ekonomiskt belastande att det inte var skäligt att kräva dem. Av domen kan också utläsas att en anpassning som består i ändring av arbetsinnehållet, till exempel att delar av arbetsuppgifterna tas bort, inte anses skälig om det handlar om en mera betydande förändring. Det kan konstateras att respekten för arbetsgivarens arbetsledningsrätt i det här målet vägde tyngre än kravet på anpassning.

● Trakasserier och sexuella trakasserier

Med trakasserier avses ett uppträdande som kränker någons värdighet och som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna. Sexuella trakasserier definieras som ett uppträdande av sexuell natur som kränker någons värdighet. Vid kännedom om trakasserier eller sexuella trakasserier är en arbetsgivare skyldig att skyndsamt utreda vad som hänt och genomföra de åtgärder som behövs för att trakasserierna ska upphöra.

Utredningsskyldigheten gäller trakasserier som begås av ”någon som utför arbete eller fullgör yrkespraktik” hos arbetsgivaren. Till dem som ”utför arbete” räknas också inlånad och inhyrd personal. Skyddet gäller till förmån för arbetstagare, det vill säga person som är eller har varit anställd av arbetsgivaren. Även yrkespraktikanter och inhyrd eller inlånad personal omfattas av skyddet. Däremot omfattas inte den som söker eller

frågar efter arbete. Om det är en kund eller en leverantör som kommer till en arbetsplats och trakasserar en anställd så omfattas inte en sådan händelse av skyddet i diskrimineringslagen. Andra vägar får användas för att tackla den typen av arbetsmiljöproblem.

En person i chefsställning kan vara involverad på olika sätt. Chefen kan själv vara drabbad i rollen som anställd eller vara den som i rollen som arbetsgivarrepresentant ska utreda en anmälan om trakasserier. Det kan också vara så att det är chefen själv som trakasserat någon som utför arbete på arbetsplatsen.

Trakasserier

Trakasserier är handlingar och beteenden som vållar obehag. Det kan vara fysiska handlingar eller kränkningar av psykisk art som till exempel föroljiganden, sårande skämt eller förolämpande kommentarer. Att kalla någon för "blackey" eller "svartskalle" kan bli bedömt som etniska trakasserier. Likaså att påstå att "romer stjal" eller att "judar är snåla" liksom andra rasistiskt bestämda schabloner om människor med olika etnisk bakgrund. Bögskaft eller att kalla äldre arbetstagare för köttberg är andra exempel på vad som kan utgöra trakasserier. Det kan också handla om kränkande gester, rasistiska bilder, märken eller klotter.

Sexuella trakasserier

Trakasserier på grund av kön handlar om kränkande eller nedsättande handlingar eller yttranden, baserat på att någon är man eller kvinna, till exempel att kalla någon hora. När trakasserierna har sexuell natur faller de istället in under definitionen sexuella trakasserier. Sådana kan bestå i ovälkomna kyssar, kramar, tafsande eller rent handgripliga försök till sexuell samvaro. Det kan vara verbalt eller icke-verbalt beteende, till exempel att visa pornografiska bilder för någon. Mellan goda vänner är en kram inget anmärkningsvärt men om relationen är av en annan karaktär kan en kram upplevas som obehaglig och kränkande. Det är den utsatta personen som avgör om det är ett önskat eller oönskat beteende. Om det som skett är något som omgivningen uppfattar som tämligen

harmlost, måste den som känner sig kränkt se till att ”förövaren” får veta att beteendet inte accepteras. Upprepas beteendet trots informationen om att personen i fråga känner sig kränkt, betraktas det som trakasserier.

Trakasserier riktas vanligen direkt mot en annan person. Om beteendet istället har en grupp personer som adressat måste den i gruppen som anser sig kränkt klargöra detta. Upprepas beteendet kan det i relation till den som sagt ifrån utgöra trakasserier. Om trakasserierna är av sexuell natur är det sexuella trakasserier.

Skyddet omfattar alla arbetssituationer

Skyddet omfattar också tjänsteresor, personalfester och andra aktiviteter som har ett naturligt samband med arbetsgivarens verksamhet. Undantagsvis kan också trakasserier som sker på fritiden av en arbetstagare mot en annan arbetstagare omfattas av skyddet, men då ska det som inträffat vara allvarligt och påverka relationerna på arbetsplatsen.

Kränkande särbehandling

Kränkande särbehandling är ett begrepp som finns i arbetsmiljölagstiftningen. Trakasserier enligt diskrimineringslagen är exempel på kränkande särbehandling. Det finns dock vissa skillnader mellan bestämmelserna om kränkande särbehandling och diskrimineringslagens förbud mot trakasserier. Diskrimineringslagen pekar ut särbehandling som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna medan arbetsmiljölagstiftningen skyddar mot alla slag av kränkning och mobbing. Enligt den nya föreskriften om organisatorisk och social arbetsmiljö som började gälla den 31 mars 2016⁽¹³⁾ ska arbetsgivaren vara uppmärksam på konflikter, arbetsbelastning, arbetsfördelning och förändringar på arbetsplatsen som kan medföra risk för kränkande särbehandling.

Både enligt diskrimineringslagen och arbetsmiljölagen ska det finnas policy och rutiner för hur påtalade kränkningar hanteras. Skyddsombuden ska övervaka att arbetsgivaren sköter arbetsmiljön på rätt sätt.

Utredningsskyldighet vid trakasserier

✦ **I AD 2005 nr 22.** Målet handlar om vad som innefattas i arbetsgivarens utredningsskyldighet. En kvinna på Posten AB anmälde att hon blivit våldtagen av en arbetskamrat på fritiden i mannens bostad. Han hade också utsatt henne för sexuella trakasserier på arbetsplatsen. Företagshälsovården kopplades in för att stödja kvinnan men det dröjde innan arbetsgivarens egen utredning kom i gång. Posten hävdade att detta berodde på att kvinnan bara talat om våldtäkten och att arbetsgivaren inte fått kännedom om de sexuella trakasserier som inträffat på arbetsplatsen. Våldtäkten var polisens sak och inte arbetsgivarens, menade Posten.

Arbetsdomstolen ansåg att en så allvarlig händelse som en våldtäkt kunde antas få konsekvenser för kvinnans situation på arbetsplatsen, där hon arbetade nära den utpekade mannen. Därför hade arbetsgivaren vid kännedom om våldtäkten varit skyldig att följa upp hur mannen betedde sig mot kvinnan på arbetsplatsen i syfte att förhindra sexuella trakasserier. Det ingick i utredningsskyldigheten. Att vänta en och en halv månad med att starta en utredning av den del av anmälan som avsåg sexuella trakasserier innebar att Posten också genom sitt dröjsmål brutit mot sin utredningsskyldighet. Kvinnan tillerkändes allmänt skadestånd med 50 000 kr.

● Instruktioner att diskriminera

En arbetsgivare ska inte kunna fria sig från ansvar för diskriminering genom att ge order eller instruktioner att diskriminera en person som står i lydnads- eller beroendeförhållande eller åtagit sig att utföra ett uppdrag åt den som ger ordern eller utfärdar instruktionen. I ett anställningsförhållande har arbetstagaren lydnadsplikt och står i ett ekonomiskt beroendeförhållande till arbetsgivaren. Ett exempel på den här formen av diskriminering är när en arbetsgivare instruerar sin personal-

chef att vid en rekrytering sälla bort ansökningshandlingar från sökande med utländska namn. Detsamma gäller när en sådan instruktion lämnats till ett rekryteringsföretag eller ett bemanningsföretag. Instruktionen kan handla om alla typer av diskriminering. Arbetsgivaren vill kanske inte anställa personer över viss ålder eller ger instruktioner att endast manlig personal ska hyras in etc.

Det måste uppstå en missgynnande effekt och finnas ett orsakssamband till diskrimineringsgrunden för att ansvar för diskriminering ska kunna göras gällande. Om en sökande gallras bort på grund av sitt utländska efternamn är det utan tvekan ett missgynnande som har samband med etnisk bakgrund. Både arbetsgivaren och den som följer instruktionen gör sig skyldiga till diskriminering. Om den som mottagit instruktionen vägrar att lyda uppstår ingen skada. Det är dock sannolikt att arbetsgivaren i ett senare skede själv väljer bort den sökande och i och med detta blir ansvarig för diskriminering.

Repressalier

I diskrimineringslagen finns också ett förbud mot repressalier. Repressalieförbudet ska ses som ett komplement till diskrimineringsförbuden och har tillkommit för att skydda den som anmäler eller påtalar diskriminering eller medverkar i en utredning om diskriminering. Skyddet omfattar också den som har engagerat sig i arbetet med aktiva åtgärder på en arbetsplats och exempelvis påtalat att en lönekartläggning är bristfällig. Den som har avvisat eller fogat sig i arbetsgivarens trakasserier eller sexuella trakasserier skyddas också av repressalieförbudet. Med repressalier avses någon form av bestraffningsåtgärd eller negativ behandling som reaktion mot en person som påtalat att arbetsgivaren brutit mot diskrimineringslagen.

Skyddet gäller arbetstagare men också den som gör en förfrågan om eller söker ett arbete, den som söker eller fullgör praktik eller står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inlånad eller inhyrd arbetskraft. Den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta i frågor som rör någon i skyddskretsen ska likställas med arbetsgivaren. Det innebär att arbetsgivaren bär ansvaret om någon av dessa personer till exempel en arbetsledare eller personalchef, gör sig skyldig till repressalier.

Exempel på repressalier

Exempel på repressalier är oberättigat dåliga vitsord, utebliven löneförhöjning, omplacering till sämre arbetsuppgifter, orimliga krav på arbetsprestation och liknande. Repressalier kan också bestå i att den som gjort anmälan behandlas kränkande av arbetsgivaren. Arbetsdomstolen har uttalat att repressalier är åtgärder som leder till försämrade anställningsförhållanden. Att skicka en julhälsning med sexistiskt innehåll ansågs inte vara en typisk repressalieåtgärd, däremot var det sexuella trakasserier¹⁴⁾. Det måste alltså göras antagligt att det handlar om en bestraffningsåtgärd för att repressalieförbudet ska kunna tillämpas.

Det finns inget krav på att anmälan ska leda till att det blir fastställt att arbetsgivaren verkligen brutit mot diskrimineringslagen. Har arbetsgivaren bestraffat arbetstagaren eller annan inom skyddskretsen på grund av en anmälan så gäller repressalieförbudet, oavsett om anmälan hade fog för sig eller inte. Anmälan måste dock avse ett handlande eller en åtgärd som faller innanför diskrimineringslagens gränser.

Att tänka på för facket

- ✓ Tänk på att det är vanligt med två eller flera diskrimineringsgrunder i samma ärende, t.ex. kön tillsammans med ålder, etnisk tillhörighet och/eller funktionsnedsättning. Diskriminering på flera grunder ökar allvaret i det inträffade och motiverar högre diskrimineringsersättning.
- ✓ Det är ibland svårt att avgöra om ett fall av diskriminering bör betecknas som direkt eller indirekt diskriminering eller om trakasseridefinitionen passar bättre. I tvisteförhandlingar och domstolsprocesser är det inte ovanligt att flera diskrimineringsformer åberopas som alternativ. Tänk på att den lagtekniska rubriceringen inte är avgörande. Det viktiga är att den diskriminerande händelsen beskrivs på ett tydligt och noggrant sätt.
- ✓ Avfärda inte en medlems anmälan om diskriminering utan utredning. Ha inte heller för bråttom att meddela om facket anser att ärendet går att driva. Det som vid en första anblick ser ut att vara ett glasklart fall av diskriminering kan falla som ett korthus när bevisningen kontrolleras. Och omvänt – en anmälan om diskriminering som först ter sig föga trovärdig kan vid närmare utredning visa sig vara ett problem som går att åtgärda med diskrimineringslagens hjälp.

Bevisning, frister och påföljder

◆ Bevisfrågor / 53

◆ Bevislättnader / 53

◆ Bevisning i rekryteringsfallen / 56

◆ Bevisning vid trakasserier / 58

◆ Att tänka på för facket / 65

Bevisning, frister och påföljder

Bestämmelsen i diskrimineringslagen anger vem som ska bevisa vad och hur stark bevisning som krävs av respektive part i en tvist om diskriminering. Någon avsikt att diskriminera behöver aldrig visas. Det är effekten av ett visst handlande som är i blickpunkten. Om någon diskrimineras på flera diskrimineringsgrunder samtidigt bör det enligt lagens förarbeten ses som en försvårande omständighet och påverka ersättningsnivån.

I tvist om diskriminering på arbetslivets område är det den fackliga organisationen som har förstahandsrätt att föra medlems talan. Om organisationen skulle välja att inte utnyttja sin rätt har DO och vissa ideella föreningar talerätt. Till de senare hör lokala antidiskrimineringsbyråer under förutsättning att de uppfyller vissa krav på ekonomisk stabilitet och anses lämpliga att företräda den enskilde. Om facket efter att ha tagit emot och bedömt en medlems diskrimineringsanmälan anser, att det som påtalats inte är diskriminering eller att ärendet av annan anledning inte bör eller kan drivas, kan medlemmen vända sig till DO med sitt klagomål. Det är lämpligt att fackets representant i samband med besked om varför ärendet avslutas också informerar om gällande tidsfrister. Däremot finns ingen skyldighet att informera arbetsgivaren eller DO om den fackliga bedömningen av bevisläge eller liknande. Det kan försvåra medlemmens situation. Den fackliga organisationen har kort sagt ingen skyldighet att förklara sitt ställningstagande för utomstående.

Diskrimineringsombudsmannen (DO) är den statliga myndighet som har tillsyn över diskrimineringslagen. Kärnan i uppdraget är såvitt avser arbetslivet att se till att arbetsgivare följer lagen. Det gäller dels diskrimineringsförbuden och dels skyldigheten att arbeta aktivt för att förebygga diskriminering. Härutöver ska DO främja lika rättigheter och möjligheter i arbetslivet.

Bevisfrågor

”Om den som anser sig ha blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier visar omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier, är det svaranden som ska visa att diskriminering eller repressalier inte har förekommit.”

Diskrimineringslagen (6 kap. 3 §)

Bestämmelsen i diskrimineringslagen anger vem som ska bevisa vad och hur stark bevisning som krävs av respektive part i en tvist om diskriminering. Någon avsikt att diskriminera behöver aldrig visas. Det är effekten av ett visst handlande som är i blickpunkten. Till grund för bestämmelsen ligger EU-rättslig reglering om bevisbördans placering¹⁵⁾. En skillnad gentemot EU-rätten är att den svenska regeln också tillämpas på fall av repressalier. Arbetsdomstolens domar, särskilt före 2009, bör när det gäller bedömning av bevisbörda och beviskrav läsas med kritiskt öga, eftersom de på vissa punkter avviker från EU-rätten.

Bevislättnader

För att skyddet mot diskriminering ska få någon betydelse i praktiken har det ansetts nödvändigt att ge vissa bevislättnader för den klagande. Det är, för att ge ett exempel, omöjligt för en arbetssökande att känna till och kunna bevisa hur en arbetsgivare resonerat vid en rekrytering. Därför har man lagt den tyngre bevisbördan på arbetsgivaren. För den som ska handlägga ett diskrimineringsärende är det viktigt att redan från början fundera över vem som ska bevisa vad och hur stark bevisning som krävs. Förr eller senare kommer man till en punkt i utredningen då det måste bedömas om ärendet är drivbart utifrån bevisläget.

LÄSTIPS

 15) Likabehandlingsdirektivet 2006/54/EG artikel 19.

Visa omständigheter som ger anledning att anta...

Vad menas då med paragraftexten från diskrimineringslagen 6 kap. 3 § ”visa omständigheter som ger anledning att anta ...”? *Omständigheter* kan vara mycket olika saker. Det kan vara en enskild händelse eller flera händelser i kombination, en underlåtenhet, ett yttrande eller något annat förhållande som leder tanken till att det här kan vara fråga om diskriminering.

Exempel

En kvinnlig arbetssökande kallas till anställningsintervju men får inte arbetet. Hon uppger att arbetsgivaren varit mycket intresserad av hennes ansökan fram till dess att hon berättade att hon var gravid. Genom att kvinnan kan visa att hon sökt men inte fått jobbet, med andra ord att hon missgynnats, har hon ”visat omständigheter” på det sätt som anges i regeln.

Ger anledning att anta

Formuleringen ”ger anledning att anta” från diskrimineringslagen 6 kap. 3 § innebär ett svagt beviskrav. (Beviskravet sannolikt kräver mera och högst ligger kravet att något ska vara styrkt eller visat.) Beträffande omständigheterna sägs i lagtexten att de ska visas, vilket betyder att de ska styrkas. I Arbetsdomstolens rättspraxis har bevisregeln vanligen tolkats som att hela det faktiska händelseförloppet ska styrkas av den klagande. Det saknas stöd i lagtexten för att i alla lägen kräva så mycket. Om det diskriminerande momentet ligger inbakat i själva händelseförloppet medför ett så långtgående beviskrav att hela bevisbördan faller på den klagande och att inget krävs av svaranden. Så ska det inte vara!

Tillbaka till rättsregeln

Om den som påstår sig vara diskriminerad har gjort antagligt att diskriminering förekommit är det arbetsgivarens sak att visa att det inte är diskriminering. Det blir då en prövning av de skäl som arbetsgivaren påstår var grunden för handlandet. Det krävs full bevisning att dessa skäl inte har något alls att göra med diskrimineringsgrunden.

Vem ska bevisa vad i en diskrimineringstvist?

✦ Högsta domstolen har i **NJA 2006 s. 170** gjort vägledande uttalanden om hur bevisningen ska hanteras. HomO förde en skadeståndstalan mot en restaurang som påstods ha diskriminerat en kvinna på grund av sexuell läggning. Enligt restaurangägaren hade kvinnan hånglat med sin flickvän på ett stötande sätt och därför uppmanats att lämna restaurangen. Kvinnan menade att det enbart var hennes sexuella läggning som gjorde att hon blev "utkastad" från restaurangen. Högsta domstolen uttalade att bevisregeln skulle tolkas som en presumptionsregel.

Diskriminering presumeras (antas föreligga) om käranden kan visa omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering eller repressalier förekommit. Därefter går bevisbördan över på svaranden. Vilka omständigheter som är presummerande får bedömas från fall till fall. Den presummerande omständigheten måste skilja sig från den omständighet som ska motbevisas. Att kvinnan i det aktuella fallet blivit tillsagd att sluta kyssas och uppmanad att lämna restaurangen innebar en presumption för att det var diskriminering. Normalt ingrep nämligen inte restaurangägaren om heterosexuella par kysstes. Därför måste ägaren visa att det fanns något annat godtagbart skäl för att ingripa. Det kunde han inte och därför bedömdes ägarens agerande som diskriminering på grund av sexuell läggning.

I en dom från 2014¹⁶⁾ finns skäl att tro att Arbetsdomstolen i fortsättningen följer Högsta domstolens tolkning. Målet gällde åldersdiskriminering vid påstådd övergång av verksamhet. Talan ogillades men en utförlig redovisning för hur bevisreglerna ska tillämpas finns i domen.

LÄSTIPS

📄 16) AD 2014 nr 28.

Bevisning i rekryteringsfallen

Missgynnande, jämförbar situation och orsakssamband är de tre förhållanden som bevisningen handlar om. I rekryteringsfallen är det den klagande som måste visa att han eller hon inte blivit kallad till anställningsintervju eller inte har fått ett sökt arbete och därmed missgynnats. Vidare att situationen är jämförbar genom att kvalifikationerna för anställningen ligger på samma eller högre nivå i jämförelse med andra som kallats till anställningsintervju respektive fått anställning. Den arbetssökande måste följa arbetsgivarens anvisningar för hur anställningen ska sökas och se till att meritunderlaget är fullständigt.

Orsakssamband med kön

Beträffande orsakssamband med kön framgår detta av att det är en person av motsatt kön som kallats till intervju respektive anställts. Beträffande andra diskrimineringsgrunder, till exempel etnisk tillhörighet, måste den klagande visa att arbetsgivaren känt till diskrimineringsgrunden, i det här fallet den etniska tillhörigheten. Därmed uppstår det man kallar presumtion för diskriminering. Arbetsgivaren måste då visa att missgynnandet helt och hållet haft andra orsaker än den klagandes köns-tillhörighet etc. I praktiken har Arbetsdomstolen, trots formuleringar om att endast förklaringar som i efterhand låter sig med säkerhet kontrolleras ska godtas, inte ställt särskilt höga krav på arbetsgivarens motbevisning. När arbetsgivaren i ett rekryteringsärende avvikit från kraven i annonsen har det i regel accepterats.

Vid *indirekt diskriminering* måste den klagande visa att det till synes neutrala kravet eller kriteriet som tillämpas *särskilt missgynnar* den grupp som klaganden tillhör. Det ska ske genom en faktisk jämförelse med en annan grupp som inte missgynnas. Ofta blir det fråga om att ange i antal eller procent hur många som missgynnas av kravet/kriteriet.

Krav på kroppslängd eller muskelstyrka kan särskilt missgynna kvinnor. Krav på viss klädsel kan särskilt missgynna grupp som av religiösa skäl inte kan följa anvisad klädkod. Krav på perfekta kunskaper i svenska

utestänger många som inte har svenska som sitt förstaspråk. Arbetsgivaren har bevisbördan för att det finns ett sakligt syfte bakom kravet och för att kravet inte bara är lämpligt utan också nödvändigt. Beträffande fysiskt betonade krav (t.ex. tunga lyft) finns ofta alternativet att använda annan teknik eller skaffa rätt utrustning. Det kan då inte betraktas som nödvändigt att ställa sådana krav. I fråga om klädedräkt kan finnas välgrundade säkerhetskrav som gör att viss klädsel utgör en risk för skada eller sjukdom och därför inte kan tillåtas. Men också i en sådan situation finns ofta alternativ som kan lösa dilemmat. Krav på goda kunskaper i svenska måste alltid ställas i relation till arbetsuppgifterna. Kraven kan vara legitima men arbetsgivaren måste styrka att kraven inte är för höga.

Funktionsnedsättning

En arbetssökande med en funktionsnedsättning som är kvalificerad för ett arbete under förutsättning att arbetsgivaren vidtar stöd- eller anpassningsåtgärder, måste kunna visa att arbetsgivaren informerats om funktionsnedsättningen. Personen med funktionsnedsättning måste också kunna visa att arbetsgivaren fått vetskap om vilka åtgärder som kan kompensera för funktionsnedsättningen. En arbetsgivare som inte vill vidta åtgärderna har bevisbördan för och måste visa att det inte kan anses skäligt att kräva sådan anpassning.

I lagens förarbeten står att alla som gör en förfrågan om arbete oavsett meriter bör anses vara i en jämförbar situation. De ska kunna räkna med ett korrekt bemötande. Om någon behandlas sämre och det finns skäl att anta att det beror på någon av diskrimineringsgrunderna är det arbetsgivaren som måste visa att skälet till den avvikande behandlingen är något helt annat.

Diskrimineringsgrunden *bristande tillgänglighet* innebär inte att de vanliga beviskraven ställs åt sidan. Även om en arbetsplats brister i fråga om tillgänglighet måste en arbetssökande visa att han eller hon har den formella kompetensen för arbetet.

Bevisning vid trakasserier

Vid trakasserier och sexuella trakasserier måste den klagande påvisa ett missgynnande, vilket här handlar om att kunna visa att det förekommit ett kränkande beteende som inte är bagatellartat och som förövaren känt till är oönskat. Vid uppenbara kränkningar finns inget krav på att informera förövaren om att beteendet är oönskat. Till denna kategori hör hotfulla fysiska angrepp. Klaganden måste också peka på något som gör det antagligt att beteendet har samband med någon av diskrimineringsgrunderna. Kopplingen till diskrimineringsgrund behöver inte gälla offret utan kan gälla någon närstående. Beträffande sexuella trakasserier krävs att det rör sig om ett uppträdande av sexuell natur som är kränkande för den drabbade.

Arbetskamrater emellan

Vid trakasserier och sexuella trakasserier arbetskamrater emellan har arbetsgivaren skyldighet att utreda vad som hänt och att sätta stopp för trakasserierna. Annars kan ersättningskrav drabba arbetsgivaren. Det är arbetsgivaren som måste visa att de påtalade trakasserierna utretts på ett seriöst sätt och att rimliga åtgärder genomförts för att förhindra fortsatta trakasserier. Detta förutsätter förstås att den som anser sig trakasserad upplyst arbetsgivaren om problemet och i efterhand kan visa att arbetsgivaren har informerats.

Vid trakasserier kan bevisläget vara svårbedömt eftersom det kränkande beteendet ofta har skett utan vittnen. När trakasserier förnekas blir det fråga om vem som talar sanning och vem som ljugar.

Trakasserier handlar ofta om en process där varje incident sedd för sig kan tyckas bagatellartad men summan av det inträffade kan vara en svår kränkning. För den som utreder bevisläget är det viktigt att sammanställa incidenterna och påvisa helheten. Beviskravet på den klagande sträcker sig inte längre än att visa omständigheter som gör det antagligt att den klagande utsatts för trakasserier som har samband med någon diskrimineringsgrund eller är av sexuell karaktär.

Preskription

Det är viktigt att hålla koll på preskriptionsfristerna i diskrimineringsmål, eftersom fristerna är korta, ibland bara två veckor. Facket kan bli skadeståndsskyldigt gentemot en medlem om företrädare för facket missat en frist och medlemmen förlorat sin rätt enligt diskrimineringslagen. Lagen om rättegången i arbetstvister är tillämplig på diskrimineringsstvister. I anställningsskyddslagen och medbestämmandelagen finns bestämmelser om tidsfrister som tillämpas också i diskrimineringsstvister. I kollektivavtalen kan ha avtalats andra tidsfrister i fråga om förhandling och stämningsansökan och då är det dessa som gäller. Ett kollektivavtal kan också innehålla bestämmelser om form och adressat för en förhandlingsframställning som måste följas. Det är viktigt att kontrollera vad som står i kollektivavtalet.

I diskrimineringslagen¹⁷⁾ hänvisas till de särskilda regler som finns i 40, 41 och 42 §§ i anställningsskyddslagen. Reglerna avser ogiltigförklaring i samband med uppsägning och avskedande och skadeståndsanspråk eller andra fordringsanspråk på grund av uppsägning och avskedande. Om en uppsägning eller ett avskedande har samband med någon av diskrimineringsgrunderna gäller alltså LAS-reglerna för beräkning av frister. Konsekvensen av att försumma en frist är att talerätten går förlorad. Då är kravet preskriberat.

Om talan mot en arbetsgivare inte handlar om uppsägning eller avskedande utan om något annat som påstås utgöra diskriminering, tillämpas medbestämmandelagen¹⁸⁾. Dessa regler innebär att den fackliga organisationen måste påkalla förhandling inom fyra månader efter det att organisationen fått kännedom om den omständighet vartill yrkandet hänför sig och senast inom två år efter det att omständigheten har inträffat.

Uttrycket ”kännedom om den omständighet vartill yrkandet hänför sig” betyder att företrädare för den fackliga organisationen fått kännedom om de faktiska omständigheterna, till exempel att en medlem inte fått det

LÄSTIPS

 17) Diskrimineringslagen 6 kap. 4 § 2 st.

 18) Medbestämmandelagen 64, 65, 66 och 68 §§.

sökta jobbet trots att personen var bäst meriterad. Då börjar tidsfristen löpa. Det krävs däremot inte att medlemmen rubricerat det inträffade som ett brott mot diskrimineringslagen.

Talan ska väckas inom tre månader efter det att förhandling slutförts. Vid beslut om offentlig anställning räknas tidsfristerna från den dag då anställningsbeslutet vann laga kraft.

Om facket missat fristen för att påkalla förhandling eller för att väcka talan, så har medlemmen möjlighet att själv väcka talan inom två månader efter det att fristen löpt ut. Om facklig företrädare missat den frist som gäller för den fackliga organisationen kan situationen ”räddas” genom att facket ekonomiskt hjälper medlemmen att själv föra talan i tingsrätt. Det förutsätter förstås att förbundet bedömer att tvisten är värd att pröva.

Om Diskrimineringsombudsmannen handlägger ärendet kan DO avbryta preskription genom att skriftligen meddela arbetsgivaren att DO utnyttjar sin rätt till preskriptionsavbrott. Det får bara göras en gång och gäller inte fall som avser ogiltigförklaring av uppsägning eller avskedande. Effekten av ett preskriptionsavbrott är att ny tid börjar löpa från dagen för avbrottet.

Påföljder

Påföljder för brott mot diskrimineringslagen är *diskrimineringsersättning*, *ersättning för förlust* och *ogiltighet*. Mot arbetsgivare som inte följer lagens krav på aktivt åtgärdsarbete kan vitesföreläggande utfärdas. Vitet kan dömas ut av domstol.

I lagen står att den som bryter mot förbuden mot diskriminering eller repressalier eller som inte uppfyller sina skyldigheter att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier eller sexuella trakasserier ska betala *diskrimineringsersättning* för den kränkning som överträdelsen innebär. Ersättningen ska betalas till den som kränkts. Det är bara individer som kan få ersättning.

EU-domstolen har i ett mål¹⁹⁾ uttalat att skadestånd i diskrimineringsmål måste vara effektiva och avskräckande. I målet slog EU-domstolen fast att begränsningar av skadeståndsnivån eller tillämpning av tariffer som fastställts i lag eller kollektivavtal sällan är förenliga med principen om effektiva och avskräckande skadestånd vid diskriminering.

Diskrimineringsersättning

I 2009 års diskrimineringslag har påföljden allmänt skadestånd ersatts av diskrimineringsersättning. Det beror på att de skadestånd som dittills dömts ut och som var kopplade till praxis enligt skadeståndslagen, ansågs för låga. Det ska kosta att diskriminera, menade regering och riksdag. Ersättningen ska inte bara bestämmas med hänsyn till hur allvarlig kränkningen varit utan också ha en tydligt avskräckande effekt. Om det finns ett syfte att kränka utgör det en försvårande omständighet som påverkar ersättningsnivån uppåt. Jämkning av ersättningen ska endast undantagsvis förekomma. I jämförelse med anställningsskyddslagens skadeståndsnivåer gäller att diskrimineringsersättning ska ligga på en avsevärt högre nivå.

Högsta domstolen har i två avgöranden²⁰⁾ gett vägledning för vad man bör ta hänsyn till när diskrimineringsersättningen ska bestämmas. Ersättningen ska bestå av två komponenter, *upprättelseersättning* och *preventionspåslag*. Upprättelseersättningen ska bestämmas utifrån det lidande som kränkningen inneburit och de konsekvenser den fått för den drabbade. Den personliga upplevelsen av det inträffade har betydelse. Den andra delen av diskrimineringsersättningen, *preventionspåslaget*, ska ha funktionen att avskräcka från brott mot diskrimineringslagen. En riktpunkt är att *preventionspåslaget* bör vara lika stort som *upprättelseersättningen*. Justering nedåt ska bara förekomma i undantagsfall. Däremot kan beloppet sättas avsevärt högre om det behövs för att få en

LÄSTIPS

 19) EU-domstolens mål C-180/95 Draehmpaehl.

 20) NJA 2014 s. 499 I och II.



Fallbeskrivning

Aisha

Aisha som är troende muslim gick på en kockutbildning som Arbetsförmedlingen ordnat. Efter praktik på restaurang skulle det finnas goda möjligheter att få fast anställning. Strax innan praktiken skulle börja höll Arbetsförmedlingen tillsammans med restaurangen ett informationsmöte om vad som förväntades på restaurangen. Aisha förstod plötsligt att hon skulle bli tvungen att smaka på maten innan den serverades. Hon frågade om det också gällde griskött och förklarade att hon var muslim och därför inte fick smaka griskött.

"Ja, kravet att smaka på maten gäller alla men du behöver ju inte svälja. Du kan smaka och sedan spotta ut." Något undantag kunde inte göras för Aisha, meddelade Arbetsförmedlingens representant. Aisha gjorde en anmälan till DO.

I den tvist om diskriminering på grund av religion som händelsen gav upphov till var det inte helt klart vem som skulle bära ansvaret för det inträffade. Men Arbetsförmedlingen såg till att rutinerna ändrades. Aisha behövde inte smaka på rätter med fläskkött i och fick ett rejält tilltaget belopp i diskrimineringsersättning.

avskräckande verkan. Det kan bli aktuellt om det rör sig om upprepade handlingar eller något som pågått under lång tid.

Lägre belopp än 5 000 kr i upprättelseersättning bör enligt HD inte komma i fråga. Med tillägg av preventionspåslaget innebär det ett schablonbelopp på 10 000 kr som lägsta diskrimineringsersättning. När flera personer diskriminerats vid samma händelse ska upprättelseersättningen beräknas för var och en av de drabbade. Något delat skadestånd är det alltså inte fråga om. Däremot kan preventionspåslaget påverkas och bli något lägre.

Diskriminering på flera grunder

Om någon diskrimineras på flera diskrimineringsgrunder samtidigt bör det enligt lagens förarbeten ses som en försvårande omständighet och påverka ersättningsnivån. I ett AD-mål²¹⁾ konstaterades att en kvinna som sökt arbete på Arbetsförmedlingen diskriminerats både på grund av kön och ålder när hon inte blivit uttagen till anställningsintervju. När det gällde anställningsbeslutet hade hon diskriminerats på grund av ålder. Bedömningen av diskrimineringsersättningen delades inte upp efter diskrimineringsgrund och inte heller utifrån anställningsintervju och anställningsbeslut. Arbetsdomstolen gjorde en samlad skälighetsbedömning och bestämde diskrimineringsersättningen till 75 000 kr. Den preventiva effekten sägs ha haft betydelse för beloppets storlek, däremot inte att det var både könsdiskriminering och åldersdiskriminering. Domen har kritiserats för att vara oklar i detta avseende.

Diskriminerande åtgärder mot gravida, till exempel en uppsägning, kan utgöra brott mot flera lagar. Förutom brott mot anställningsskyddslagen kan det vara könsdiskriminering enligt diskrimineringslagen och missgynnande enligt föräldraledighetslagen. Den som för talan i sådana mål brukar kräva skadestånd/ersättning enligt alla tre lagarna. Arbetsdomstolen delar inte upp ersättningen utan fastställer ett samlat belopp för lagbrotten.

Ekonomisk förlust

Utöver diskrimineringsersättning kan det bli aktuellt att kräva ersättning för den ekonomiska förlust som diskrimineringen medfört för den drabbade. Ersättning för förlust är detsamma som ekonomiskt skadestånd. En sådan rätt finns dock inte vid beslut som rör anställning eller befordran. Att inte få en anställning som man borde ha fått, om diskriminering inte skett, kan naturligtvis innebära en omfattande ekonomisk skada.

Inte heller vid ekonomisk skada som uppstår till följd av bristande tillgänglighet finns rätt till ekonomiskt skadestånd. Men i alla andra situationer som rör ett anställningsförhållande finns rätt till kompensation för ekonomisk skada. I lönediskrimineringstvister kan krävas ersättning för den förlust som uppstått genom att för låg lön betalats ut. Även andra kostnader som uppstått till följd av diskriminering kan vara aktuella, såsom sjukvårdskostnader och försummad pensionsavsättning. Invändningar om preskription kan sätta gräns för hur långt bakåt i tiden som ersättning kan ges.

Ogiltighet

Om någon diskrimineras genom en bestämmelse i ett individuellt avtal eller i ett kollektivavtal kan den som diskriminerats begära att avtalet jämkas eller förklaras ogiltigt²²⁾. Detsamma gäller om diskrimineringen sker genom uppsägning av ett avtal eller genom annan sådan rättshandling. Om någon diskrimineras genom en ordningsregel eller liknande intern bestämmelse på arbetsplatsen ska bestämmelsen jämkas eller förklaras sakna verkan om den som diskriminerats begär det.

Om ett kollektivavtal innehåller bestämmelser som medför att någon missgynnas på grund av kön eller annan diskrimineringsgrund kan man alltså göra gällande att bestämmelserna är ogiltiga. Det kan till exempel vara fallet med kollektivavtalsbestämmelser som rör prestationsbedömning. Diskrimineringslagen är tvingande. Ett avtal om att i framtiden avstå från skydd mot diskriminering är därför ogiltigt, däremot inte avtal om ett längre gående skydd.

Kränkande ordningsregel ogiltig

✦ **AD 2013 nr 29.** I målet klargjordes av Arbetsdomstolen att diskrimineringslagen sätter vissa gränser för hur en arbetsgivare får utöva sin rätt att leda arbetet. I en butik som sålde underkläder fanns en intern regel om att de anställda skulle bära namnskylt med uppgift om storlek på sin bysthållare. Det ansågs vara trakasserier på grund av kön. Föreskrifterna var ogiltiga. Kvinnan som påtalat saken fick 50 000 kr i diskrimineringsersättning.

Att tänka på för facket

- ✓ Det är facket som har förstahandsrätt att företräda en medlem i en diskrimineringsstvist.
- ✓ Håll koll på preskriptionsfristerna som ibland är mycket korta. Ett exempel är att den som avser att yrka ogiltigförklaring av en uppsägning eller avskedande måste underrätta arbetsgivaren om detta senast två veckor efter det att uppsägningen eller avskedandet skedde.
- ✓ Facket kan bli skadeståndsskyldigt om facket missar en frist och medlemmen på grund av detta förlorar sin rätt enligt diskrimineringslagen.
- ✓ Tänk på att kollektivavtalen kan innehålla särskilda regler om frister och om rätt adressat för en förhandlingsframställning.
- ✓ Glöm inte att yrka diskrimineringsersättning/skadestånd i förhandlingsframställningen. Belopp kan preciseras senare.
- ✓ Om en medlems diskrimineringsanmälan inte går att driva, se till att ge besked om detta i så god tid att medlemmen har möjlighet att själv gå vidare med sitt ärende.

LÄSTIPS

📄 22) Diskrimineringslagen 5 kap. 3 §.

Rekrytering

◆ Missgynnande / 69

◆ Jämförbar situation / 69

◆ Bedömning av personlig lämplighet / 70

◆ Samband / 73

◆ Checklista utredning / 75

Rekrytering

Diskrimineringsskyddet omfattar den som gör en förfrågan om ett ledigt arbete och den som söker ett arbete. *Missgynnande, jämförbar situation* och *samband med diskrimineringsgrund* krävs för att det ska vara diskriminering. Det är alltså dessa tre begrepp som den som tar emot en medlems anmälan om diskriminering måste bilda sig en uppfattning om.

En rekrytering kan genomföras på många sätt och alla moment kan granskas ur diskrimineringssynpunkt. Det gäller till exempel annonsering, behandling av ansökningshandlingar, lämplighetstester, uttagning till anställningsintervju, intervjuens genomförande, kontakter med tidigare arbetsgivare och annan referenstagning. En arbetsgivare går inte fri från ansvar genom att instruera ett externt rekryteringsföretag att lägga ansökningshandlingar med utländska namn åt sidan eller att vid uttagning till intervju se till att kvinnor med småbarn inte kommer i fråga.

Intresseanmälningar utan att det annonserats om något ledigt arbete omfattas inte av skyddet.

En vanlig situation är att en person anser sig diskriminerad både genom att inte ha blivit kallad till anställningsintervju och genom att inte ha fått den sökta anställningen. Kanske hade den klagande lika bra eller till och med bättre meriter än den eller de som valdes ut till intervju men sämre kvalifikationer än den som anställdes. Resultatet kan då bli att det var diskriminering att inte kalla till anställningsintervju men inte att anställa annan sökande. Den som har sämre kvalifikationer än medsökande anses inte vara i en jämförbar situation.

Missgynnande

Missgynnande står klart när någon inte blivit kallad till anställningsintervju eller inte fått ett sökt arbete men kan vara svårare att bedöma i fråga om andra moment i en rekryteringsprocess. En tumregel är att en nackdel eller något som objektivt sett kan betecknas som negativt måste ha inträffat. En upplevelse eller en känsla av att ha blivit dåligt behandlad räcker inte.

Jämförbar situation

Jämförbar situation betyder i rekryteringssammanhang att det ska göras en jämförelse av kvalifikationer. Den som anser sig diskriminerad måste ha likvärdiga eller bättre meriter än den som kallats till intervju eller fått anställningen. Detsamma gäller om det handlar om urval till en utbildningsplats. I Arbetsdomstolens praxis brukar meriter jämföras utifrån utbildning, yrkeserfarenhet, arbetslivserfarenhet och personlig lämplighet. Var tyngdpunkten ligger varierar starkt mellan olika yrkesområden. En allmän tendens är att värderingen av personlig lämplighet ges allt större utrymme. Det innebär dessvärre ett svårkontrollerbart utrymme för förutfattade meningar och fördomar.

Att lagstadgade krav på särskild utbildning inte får frångås är självklart. Det kan också finnas praxis inom ett yrke att anställda ska ha en viss typ av yrkesutbildning som då anses lämpligare än annan. Frångår en arbetsgivare sådan praxis bör skälen noga granskas. Ibland kan en längre och väl vitsordad yrkeserfarenhet uppväga formell utbildning. Bara sådan utbildning som är relevant för arbetet ska vägas in i meritvärderingen. Det betyder att en sökande som har fler akademiska meriter än en medsökande inte därigenom är bättre meriterad, om arbetsgivaren anser att utbildningen inte behövs i arbetet.

Det förekommer att arbetssökande som är överkvalificerade gallras bort, därför att arbetsgivaren utgår från att den sökande hellre vill arbeta med något annat eller har något att dölja. Här finns skäl att varna för förhastade

slutsatser. Många invandrare har en hög akademisk utbildning från sitt hemland men har svårt att få arbete i Sverige på motsvarande utbildningsnivå och söker därför en annan typ av arbete. Om personen är meriterad för det arbete som söks, kan det vara indirekt etnisk diskriminering att sortera bort ansökan med motiveringen att personen är överkvalificerad.

Äldre utbildningar

Utbildningar förändras. Att en sökande har en äldre utbildning som idag är annorlunda utformad, innebär inte att den modernare utbildningen ska ses som mer meriterande. Den som yrkesarbetat under många år har normalt skaffat sig den fortbildning och de kunskaper som behövs.

Kvalifikationskrav

Vilken betydelse har då kvalifikationskraven som arbetsgivaren formulerat inför en rekrytering? Svaret är att arbetsgivaren inte är bunden av annonsen men måste ge en ur diskrimineringssynpunkt trovärdig och saklig förklaring om avsteg har gjorts. Den meritvärdering som arbetsgivaren de facto gjort måste under alla förhållanden svara mot kraven i det arbete som ska utföras.

Bedömning av personlig lämplighet

När en rekrytering ifrågasätts är arbetsgivarens besked ofta att det är den personliga lämpligheten som fällt utslaget. Särskilt vanligt är detta när det handlar om chefsbefattningar. Visst skydd mot subjektivitet har utvecklats i rättspraxis. När det påstås att en sökande har samarbetssvårigheter är det arbetsgivaren som måste styrka påståendet om bristande samarbetsförmåga. Detsamma gäller andra negativa uppgifter om en sökandes personliga egenskaper. Rykten och andrahandsuppgifter godtas inte om tvisten hamnar i Arbetsdomstolen. Däremot kan en omsorgsfull referenstagning som också dokumenterats tillmätas betydelse i lämplighetsbedömningen. Viktigt är att ställa kraven i relation till arbetsuppgifterna.

Personlig lämplighet – ett gungfly

✦ **AD 2010 nr 91.** Målet handlar om en 62-årig kvinna som sökt arbete som jobbcoach på Arbetsförmedlingen. Anställningarna gick till två kvinnor, 27 respektive 36 år gamla. Bland dem som kallats till anställningsintervju fanns en man, 60 år, men övriga, både män och kvinnor, var avsevärt yngre. För att undersöka om kravet på jämförbar situation var uppfyllt jämförde Arbetsdomstolen meriterna och fann att den förbigångna kvinnan hade minst lika bra kvalifikationer i fråga om utbildning och yrkeserfarenhet som de som intervjuats och det gällde även i förhållande till dem som anställdes.

Den rekryteringsansvariga chefen påstod, att det var brister i kvinnans personliga lämplighet som avgjort och hänvisade till upplysningar hon fått från arbetsförmedlare som kände kvinnan i fråga. Dessa hade tyckt att hon inte passade in i arbetslaget, eftersom hon var arrogant och saknade empati. Att grunda avgörande slutsatser om en arbetssökandes personliga lämplighet på hörsägen och egen begränsad kännedom är inte acceptabelt, ansåg domstolen.

Personlig lämplighet har ofta stor betydelse i tillsättningsärenden men bedömningen måste grunda sig på noggrann referenstagning eller på vad som framkommit vid en väl genomförd intervju. Eftersom Arbetsförmedlingen inte kunde visa på något sakligt skäl för sitt agerande, ansåg domstolen att kvinnan, genom att inte kallas till intervju, hade utsatts för köns- och åldersdiskriminering. Att hon inte fått någon av anställningarna bedömdes som åldersdiskriminering. Diskrimineringsersättningen bestämdes till 75 000 kr.

Det intryck en sökande gör vid en anställningsintervju blir ofta avgörande i ett tillsättningsärende, trots att forskning visat att det är ett osäkert underlag för kompetensbedömning. När en kvalificerad sökande valts bort efter en anställningsintervju och det inte kan uteslutas att det har samband med till exempel etnisk tillhörighet måste genomförandet av intervjun granskas i detalj. Har relevanta frågor ställts och har samma frågor ställts till alla



Fallbeskrivning

Göran

Göran arbetade under i början av 2000-talet på ett rederi. Han stod i taxfree-shopen på ett fartyg som gick i linjetrafik mellan Sverige och Finland. År 2005 fick Göran diagnosen multipel skleros. Broomsmedicinerna gjorde honom starkt illamående och många arbetsuppgifter orkade han inte längre sköta. Han fick sluta. Efter sjukskrivningsperioden sökte han och fick annat arbete i land. Han längtade dock tillbaka till sin gamla arbetsplats och när det dök upp en annons om en provanställning så skickade han in en ansökan. Han blev kallad till läkarundersökning och intervju. Dagen

före läkarundersökningen avbröts rekryteringen. Rederiets personalhandläggare meddelade per telefon att han hade sett i sina papper att Göran hade MS. Därför var han inte lämplig för jobbet.

Sedan DO stämt rederiet till Arbetsdomstolen, träffades en förlikning som innebar 75 000 kr i diskrimineringsersättning till Göran för diskriminering på grund av funktionsnedsättning. Det var inte säkert att Göran skulle ha fått det sökta arbetet men det stred mot diskrimineringslagen att avbryta rekryteringen och inte låta Göran få chansen till en individuell bedömning.

som intervjuats? Förmodligen skulle bedömningen i vissa mål ha blivit en annan om anställningsintervjun granskats med ett mer kritiskt öga²³).

Den som inte har tagits ut till anställningsintervju eller fått det sökta arbetet har rätt att få en skriftlig uppgift av arbetsgivaren om vilken utbildning, yrkeserfarenhet och andra meriter som den hade som intervjuades respektive fick arbetet. Detsamma gäller när någon anser sig förbigången i ett befordringsärende eller vid uttagning till utbildning för befordran. Utifrån detta material får bedömas om den klagande haft likvärdiga eller bättre meriter. Det finns ingen formell rätt att få ut uppgifter om andra sökande. När facket tar kontakt med arbetsgivaren brukar dock all information av betydelse i rekryteringsärendet redovisas.

Den som söker ett arbete har det fulla ansvaret för att redovisa sina meriter och bifoga betyg och annan dokumentation till sin ansökan.

Samband

Förutom rekvisiten *missgynnande* och *jämförbar* situation krävs *samband* helt eller delvis med kön eller annan diskrimineringsgrund för att någon ska anses diskriminerad. Ibland finns samband med flera grunder, till exempel kön och ålder, samtidigt.

Det är inte ovanligt att ekonomiska överväganden samspelar med någon av diskrimineringsgrunderna. Det räcker att diskrimineringsgrunden är en del av orsaken. När en arbetsgivare motiverar varför den bäst meriterade inte fått anställningen är vissa förklaringar godtagbara – andra måste granskas närmare.

LÄSTIPS

 23) Rättspraxis om anställningsintervju, se AD 2005 nr 98, AD 2007 nr 16, AD 2009 nr 16.

Exempel på dialoger

Arbetsgivaren – Det var mer än 100 sökande till det här jobbet. Vår personalchef hade inte tid att göra någon noggrann meritvärdering utan valde en person som vi kände och som arbetat hos oss tidigare. Det finns AD-domar om att man får göra så.

Facket – Ja vi vet att AD har godkänt en mindre grundlig meritvärdering när en arbetsgivare fått in ett mycket stort antal ansökningshandlingar. Men när det handlar om en tillsvidareanställning så måste det finnas anställningsrutiner som medger en saklig värdering av alla sökande. Vi måste sätta oss och se över vad som står i bolagets lika-behandlingsplan om rekrytering utan diskriminering.

Arbetsgivaren – Förstår inte varför du pratar om etnisk diskriminering. Vi skulle väl aldrig diskriminera någon ... Men du måste förstå att vi helt enkelt inte kan anställa hemtjänstpersonal med mörk hudfärg. Vi har redan två sådana och vissa brukare vägrar att släppa in dem.

Facket – Att hänvisa till kunders eller klienters åsikter om hudfärg eller etnisk bakgrund fritar inte från ansvar för diskriminering. Här tror jag dessutom att min medlem talar samma språk som vissa av era brukare. Organisera så att ni kan utnyttja den kompetensen!

Arbetsgivaren – Javisst hade Elsa jättebra betyg och hon var den enda sökande till tjänsten... men det är klart att jag inte precis blev glad när hon berättade att hon var gravid. Men det som till slut avgjorde att jag avbröt rekryteringen var ekonomin. Vi hade ett dåligt halvårsbokslut.

Facket – Att det förutom graviditet och förväntad föräldraledighet fanns andra skäl bakom beslutet att inte anställa hjälper inte. För diskriminering räcker det, att det delvis finns ett samband med diskrimineringsgrunden. Beslutet att inte anställa Elsa ska bedömas som könsdiskriminering.

Checklista utredning

- ✓ När preskriberas ärendet? Notera sista dag för att påkalla förhandling!
Observera att kollektivavtalen kan ha särskilda regler om tidsfrister.
- ✓ Se till att få fram de uppgifter och handlingar som behövs för att bedöma om medlemmen befunnit sig i en jämförbar situation. Medlemmen har rätt att få en skriftlig uppgift av arbetsgivaren om vilka meriter den person hade som togs ut till anställningsintervju eller fick anställningen eller utbildningsplatsen. Som facklig företrädare kan du sannolikt få fram ett fylligare material genom att kontakta arbetsgivaren. Medlemmens meriter måste vara lika bra och helst lite bättre än jämförelsepersonens, om fallet ska gå att driva.
- ✓ Gör en grundlig intervju med medlemmen. Vad pekar på att arbetsgivarens beslut har samband med en diskrimineringsgrund?
- ✓ Säkra bevisningen. Uppmana medlemmen att skriva ner det inträffade. Vem eller vad kan stödja medlemmens uppgifter? Dokumentera!

Lön

◆ Lika eller likvärdigt arbete? / 79

◆ Lönekartläggning och arbetsvärdering / 82

◆ Sakliga skäl för löneskillnad / 83

◆ Att tänka på för facket / 88

Lön

Lönesättning omfattas av det allmänna förbudet för arbetsgivare att diskriminera. Det finns alltså ingen särskild lagregel om löne-diskriminering. När en arbetsgivare tillämpar olika lön eller anställningsvillkor för anställda som utför lika eller likvärdigt arbete och det inte finns sakliga skäl för löneskillnaden, kan det vara löne-diskriminering. Det krävs dessutom att det helt eller delvis finns ett samband med någon av diskrimineringsgrunderna.

Kriterierna för lönesättning i kollektivavtalen har betydelse både för bedömningen av vilka faktorer som ska beaktas när man bedömer om kraven i arbetena är likvärdiga och när man bedömer vad som ska påverka den individuella delen av lönen. Om kollektivavtalets kriterier är sakliga ska lönejämförelsen utgå från dem.

En utredning om lönediskriminering görs i flera steg.

1. Först måste det undersökas om de personer som lönejämförelsen avser utför lika eller likvärdigt arbete.
2. Därefter granskas om de skäl och förklaringar som arbetsgivaren framfört för att motivera löneskillnaden är sakliga.
3. Slutligen måste man bilda sig en uppfattning om löneskillnaden har samband med någon av diskrimineringsgrunderna.

Den lönekartläggning som en arbetsgivare enligt diskrimineringslagen är skyldig att göra i samverkan med facket har kanske visat att det finns ett mönster att betala anställda med invandrarbakgrund sämre än personer som har sina rötter i Sverige eller att lönemässigt missgynna äldre anställda i jämförelse med yngre. Men mestadels handlar en anmälan om lönediskriminering om att en kvinna jämför sitt arbete och sin lön med manlig kollega.

Lika eller likvärdigt arbete?

Begreppen *lika eller likvärdigt arbete* handlar om arbetets innehåll – kraven i arbetet – och inte om hur bra eller dåligt en anställd utför sina arbetsuppgifter. För att det ska handla om *lika arbete* krävs inte att de arbeten som jämförs är identiskt lika men de huvudsakliga arbetsuppgifterna måste vara desamma. Om arbetena inte är lika kan de vara likvärdiga. Arbeten är *likvärdiga* om kraven i arbetet sammantaget ligger på samma nivå. Helt artskilda arbeten, till exempel vårdarbete och tekniskt arbete, kan jämföras och befinnas likvärdiga men det säger sig självt att det är lättare att jämföra arbeten som inte är alltför olika.

Jämförelse med lägre värderat arbete

🔗 **C-157/86.** Mary Murphy och 28 andra kvinnliga fabriksarbetare på ett irländskt telefontillverkningsföretag ansåg sig lönediskriminerade i jämförelse med en manlig lagerarbetare på samma företag. En undersökning hade visat att deras arbeten var mer kvalificerade och ändå hade de lägre lön. Frågan som EU-domstolen tog ställning till avsåg om lagen tillåter att jämförelse kan göras med en lägre värderad men bättre avlönad jämförelseperson av motsatt kön. EU-domstolen svarade att EU-rätten ska tolkas så att den omfattar även denna situation.

Om kraven i ett arbete ligger högre än i ett annat men lönen är sämre går det alltså också att driva som ett fall av lönediskriminering.

Fallbeskrivning

Britt

Britt provanställdes i januari 2011 som jurist på ett inkassoföretag. I början av maj berättade hon för företagets VD Helena, att hon väntade barn i september. Helena var mycket nöjd med Britts arbete och provanställningen övergick i början av juli till en tillsvidareanställning. Den 3 juli hölls ett möte mellan Britt och Helena. Britt begärde då löneförhöjning och blev, som hon uppfattade det, lovad 2 500 kr mer i månaden. Den 14 juli fick hon besked att det inte skulle bli någon löneförhöjning. Koncernchefen hade ingripit och juli

månads löneutbetalning med lönepåslaget 2 500 kr

skulle korrigeras nästa månad. Det var bara koncernchefen som hade rätt att besluta om lön och det borde Britt känna till, menade bolaget. Dessutom hade ingen annan fått löneförhöjning, eftersom bolaget gått sämre än väntat det senaste året.

DO stämde bolaget till AD för könsdiskriminering och brott mot föräldraledighetslagen. Tvisten gällde om det träffats något avtal om löneförhöjning, vidare om man kunde tala om missgynnande i en situation då ingen annan fått lönepåslag och slutligen om bolagets agerande hade samband med graviditeten och den förväntade föräldraledigheten. I domstolen framkom en del omständigheter som talade till bolagets nackdel. Britt berättade att koncernchefen kallat in henne för samtal när han fått veta att hon var gravid, att han varit mycket irriterad och flera gånger frågat om hon kände till graviditeten när hon anställdes. AD fann att det hade träffats ett avtal om löneförhöjning och att Britt inte hade anledning tro att VD Helena inte hade befogenhet att

bestämma lön. Bolaget hade gjort sig skyldigt till könsdiskriminering och missgynnande enligt föräldraledighetslagen. Britt tillerkändes 50 000 kr i diskrimineringsersättning och skadestånd och därutöver ersättning för löneförlust (AD 2013 nr 18).



Helt olika arbeten kan vara likvärdiga

✦ **C-236/98.** JämO hade stämt Örebro läns landsting för lönediskriminering av två barnmorskor vars arbete och lön jämfördes med en klinikingenjör vid samma sjukhus. EU-domstolen uttalade att ob-tillägg och värdet av arbetstidsförkortning inte skulle räknas in i barnmorskornas lön vid jämförelse med klinikingenjörens lön. Varje lönedel ska jämföras för sig och här avsåg jämförelsen grundlönerna. Landstinget hade hävdade att det inte gick att jämföra en barnmorskas arbete med en teknikers. EU-domstolen slog fast att det inte var något hinder för jämförelse att arbetena var artsilda till sitt innehåll.

För att bedöma om två arbeten är likvärdiga behövs en metodisk genomgång och jämförelse av kraven i arbetena. I diskrimineringslagen anges att kriterier såsom kunskap och färdigheter, ansvar, ansträngning och arbetsförhållanden ska ligga till grund för bedömningen.

- Kunskap och färdigheter handlar om kompetens i form av den utbildning och praktiska erfarenhet som krävs för arbetet. Förmåga att analysera och lösa problem är exempel på vad som hör hit liksom förmåga att kommunicera med andra människor. Det senare är betydelsefullt i vård- och omsorgsarbete.
- Ansvar hänger samman med graden av självständigt beslutsfattande och kan till exempel avse arbetsledningsansvar, ekonomiskt ansvar, ansvar för dyrbar utrustning eller ansvar för människors liv, hälsa eller välbefinnande.
- Ansträngning – eller arbetsinsats som det ibland kallas – handlar om den psykiska och fysiska anspänning som arbetet kräver. Koncentrationsförmåga och stresstålighet är exempel på psykisk anspänning. Att lyfta tungt, att sitta stilla länge eller att arbeta i obekväma ställningar handlar om fysisk anspänning.
- Arbetsförhållanden handlar om den arbetsmiljö i vilken arbetet utförs. Buller, vibrationer, smuts, kontakt med kroppsvätskor, oregelbundna arbetstider är några exempel på vad som ska tillmätas betydelse.

Lönekartläggning och arbetsvärdering

Först bör undersökas om arbetsgivaren gjort en lönekartläggning enligt bestämmelserna i diskrimineringslagen²⁴⁾. Kartläggning och analys av löneskillnader mellan kvinnor och män ska jämte handlingsplan för jämställda löner upprättas vart tredje år av arbetsgivare som har minst 25 anställda. Arbetet ska göras i samverkan med facket. Riksdagen har besgärt att regeringen ska se till att lönekartläggning blir en årlig skyldighet. Sannolikt genomförs en sådan lagändring 2016.

I en lönekartläggning ska alla arbeten hos en arbetsgivare kartläggas och grupperas utifrån en bedömning om att arbetena är lika eller likvärdiga. Ett vanligt misstag är att grupperingarna görs för grova. Det leder till att arbetsgivaren i analysen förklarar löneskillnaderna med att jobben är olika. Det är förstås felaktigt, eftersom analysen ska gälla orsakerna till löneskillnader när arbetena är lika eller likvärdiga. Om till exempel alla chefer inom en kommun sätts i samma grupp – trots att det i praktiken är stora skillnader mellan kraven i deras arbete – blir analysen av löneskillnaderna utan värde eftersom det brister i utgångspunkten att det är lika och likvärdiga arbeten som ska jämföras. Om däremot arbetsgivare, i samverkan med facket, gjort en noggrann gruppering av lika och likvärdiga arbeten, så bör man kunna använda den bedömningen i utredningen av ett lönediskrimineringsärende.

Analys av lönekartläggning

I lönekartläggningens analysdel ska finnas bedömningar om löneskillnaderna direkt eller indirekt har samband med kön. Bedömningen ska göras vid lika arbete och dessutom avse grupper med arbete som är eller brukar vara kvinnodominerat. Även här måste resultatet granskas med kritiskt öga. Allmänna hänvisningar till marknad eller ålder för att förklara mäns högre löner ska inte godtas. Analysen ska fokusera på skälen till kvinnornas eller det kvinnodominerade arbetets lägre löner. Om löne-

LÄSTIPS

 24) Diskrimineringslagen 3 kap. 2 § samt 10–12 §§.

kartläggningsarbetet på en arbetsplats med hundratals anställda resulterar i att inte en enda lön behöver korrigeras är lönekartläggningen knappast trovärdig. Man får då göra bedömningen med annan metodik.

Fackets agerande under lönekartläggningsarbetet är viktigt eftersom det i en lönediskrimineringsvist kan bli en belastning om facket godkänner en lönekartläggning som man vid närmare eftertanke borde ha protesterat mot.

Om det redan tillämpas ett arbetsvärderingssystem på arbetsplatsen bör i första hand det systemet användas för lönejämförelsen. Det är dock inte ovanligt att kommersiella arbetsvärderingssystem underskattar färdigheter och ansvar som förknippas med typiskt kvinnliga arbeten. Då får detta problem tacklas och systemet korrigeras för att sedan kunna användas för jämförelsen av arbetena.

Krav på arbetsvärderingssystem

✦ **C-273/85.** Gisela Rummler var anställd på ett tyskt tryckeri som tillämpade ett arbetsvärderingssystem som enligt henne lönemässigt missgynnade kvinnor eftersom det premierade muskelstyrka, mätt utifrån mäns genomsnittliga värden. EU-domstolen uttalade att om en faktor i ett arbetsvärderingssystem tenderar att gynna ena könet måste det utifrån arbetets beskaffenhet finnas objektiva skäl för detta. Urval av faktorer i ett arbetsvärderingssystem kan granskas ur diskrimineringsynpunkt.

Sakliga skäl för löneskillnad

Skillnader i prestation kan vara en saklig förklaring till olika lön. Om arbetsgivaren förklarar en löneskillnad med att den lägre avlönade personen misskött sitt arbete eller på annat sätt inte motsvarat förväntningarna bör kontroll göras av vilka kriterier som tillämpas på arbetsplatsen beträffande prestationsbedömning. För argumentationens trovärdighet

har det betydelse om arbetsgivaren tidigare framfört kritiken eller om det är något som framförts först sedan lönen ifrågasatts.

Att löner fastställts i ett kollektivavtal är ingen garanti för att de är oklanderliga ur diskrimineringssynpunkt. Diskrimineringslagen är tvingande. Det betyder att om lag och avtal står i strid med varandra så är det lagen som gäller. Både individuella avtal och kollektivavtal kan ogiltigförklaras om de är diskriminerande. I Arbetsdomstolens praxis tillmäts dock kollektivavtalen stor betydelse. Man vågar nog säga att AD, om det inte finns anledning att anta motsatsen, utgår från att parterna som slutit ett kollektivavtal inte gjort sig skyldiga till diskriminering.

Lön ska grundas på fakta

✦ **C-381/99.** Susanna Brunnhofer arbetade på bank men fick lägre lön än en manlig arbetskamrat som tillhörde samma kategori arbetstagare i kollektivavtalet. EU-domstolen uttalade att olika lön ibland kan motiveras av omständigheter som inte framgår av kollektivavtalet. Domstolen slog också fast att en löneskillnad som finns vid anställningstillfället mellan arbetstagare av olika kön för lika eller likvärdigt arbete inte kan försvaras genom att åberopa förhållanden som inte blir kända förrän efter det att anställningen tillträtts. Lönen får inte grundas på skillnader i individuell prestationsförmåga som bara kan bedömas senare under anställningens gång. Ett annat sätt att formulera detta är att lön ska sättas efter fakta, inte efter förväntningar.

Marknaden kan vara ett sakligt skäl för att betala olika lön under förutsättning att arbetsgivaren kan visa att det inte varit möjligt att rekrytera någon till den lön som andra anställda med lika eller likvärdigt arbete uppbär. Arbetsgivaren har bevisbördan för att det är bristen på kvalificerade sökande som är skälet till den högre lönen.

Betydelsen av marknad i lönediskriminerings-tvist

✚ **C-127/92.** Talpedagogen Pamela Enderby var anställd inom samma verksamhet som chefspsykologer och farmaceuter men till väsentligt lägre lön. Hon gjorde gällande att detta berodde på att talpedagog var ett kvinnligt yrke medan jämförelsepersonerna tillhörde mansdominerade yrken. I detta mål tog EU-domstolen ställning till i vad mån det är tillåtet att betala män och kvinnor olika lön vid lika och likvärdigt arbete med hänvisning till marknaden. En allmänt hållen hänvisning till en alternativ marknad räcker inte för att legitimera en löneskillnad. Om det däremot råder brist på sökande och sökande bara kan attraheras genom att högre lön erbjuds är det ett godtagbart marknadsargument. Hela löneskillnaden måste kunna förklaras med arbetskraftsbristen.

En vanlig förklaring i lönediskrimineringsstvister är att löneskillnaden beror på att någon som tidigare varit chef fått behålla sin lön vid omplacering och därför har högre lön än andra med lika eller likvärdigt arbete. ”Historiska löner” får godtas under förutsättning att arbetsgivaren arbetar för att minska löneskillnaden. Det finns andra skäl som kan utgöra en saklig förklaring. Tumregeln är att kontrollera om det anförda skälet tillämpats konsekvent i verksamheten.

I en lönediskrimineringsvist har den fackliga organisationens agerande stor betydelse. Om facket i samband med en lönerevision anser att en viss lön är diskriminerande måste detta påtalas innan lönerevisionen avslutas, normalt genom att tvisteförhandling begärs. Om invändningen kommer först efter det att kollektivavtalet undertecknats är utsikterna små att få gehör i Arbetsdomstolen för att lönesättningen är diskriminerande.

Fackets agerande avgör i Arbetsdomstolen

✦ **AD 1995 nr 158.** Målet gällde lönejämförelsen av likartade arbeten. En kvinnlig ekonom som arbetade på stadsbyggnadsförvaltningen i Kumla kommun hade lägre grundlön och sämre övertidsreglering än två manliga ekonomer, varav den ene arbetade på socialförvaltningen och hade anställts samtidigt med kvinnan och den andre fanns på den centrala förvaltningen.

JämO drev målet sedan kvinnans fack anmält att man ansåg sin medlem lönediskriminerad. Facket hade "brutit ut" kvinnan från de lokala löneförhandlingarna och låtit arbetsgivaren på egen hand bestämma hennes lön samtidigt som man påkallat tvisteförhandling om lönediskriminering. JämO presenterade en arbetsvärdering som innebar att man, utan att använda någon färdig arbetsvärderingsmetod, koncentrerade sig på att värdera skillnaderna mellan ekonomernas arbeten. Domstolen godtog arbetsvärderingen och utgick från att arbetena var likvärdiga.

Därefter tog domstolen ställning till om de av kommunen angivna kriterierna för individbedömning, nämligen prestation, duglighet och bidrag till verksamhetsförbättringar kunde förklara löneskillnaderna. Utifrån vittnesbevisning drogs slutsatsen att kvinnan visserligen hade en blygsammare framtoning än jämförelsepersonen men att hon var lika duktig.

De skäl som kommunen anförde för att försvara mannens högre lön kritiserades. De innehöll en del typiska könsschabloner såsom "handlingskraft" och "behov av hårda nypor". Det var enligt AD varken en adekvat eller nödvändig åtgärd att gå med på mannens lönekrav vid anställningstillfället. Allmänt och ekonomiskt skadestånd för könsdiskriminering dömdes ut.

Domen ovan kan jämföras med AD 2013 nr 64 (se sid. 87). De skillnader som kan iakttas gäller dels de fackliga organisationernas agerande, dels den inverkan ett bifall till talan kunde tänkas få på andra anställdas löner. I Kumlamålet fanns ingen "spridningseffekt" eftersom kvinnan var ensam i sin befattning. I AD-målet 2013 nr 64 förde Vision talan för en behandlingssekreterare som hade ett antal kollegor som också kunde komma att beröras av utslaget i domstolen, även om de formellt inte var part i målet.

Arbetsdomstolen skyddar ingångna avtal

✦ **AD 2013 nr 64.** Målet gällde lönesättning vid nyanställning och jämförelse av två behandlingssekreterare på det privata vårdbolaget Gryning Vård AB, där ett sifferlöst kollektivavtal tillämpades. Det fanns ett antal behandlingssekreterare i verksamheten. Facket förde talan för en av sina medlemmar, en kvinna som var över 60 år och hade varit anställd i bolaget i cirka 20 år. Den nyanställda mannen var mycket yngre och hade kortare yrkeserfarenhet. Arbetsgivaren hävdade att han hade en unik kompetens i form av en tredagarskurs i behandlingsmetodik och att detta motiverade att han fick 2 450 kr mer i månaden än kvinnan. När det blev tvist kom arbetsgivaren också med kritik mot kvinnans prestationer. Arbetsdomstolen ogillade talan om lönediskriminering.

Avgörande för utgången var sannolikt att den lokala fackliga organisationen inte tillräckligt tydligt protesterat mot lönesättningen utan låtit arbetsgivaren avgöra hur kollektivavtalets lönekriterier skulle tolkas. På central nivå hade facket reagerat men då var det för sent och avtal redan träffat.

Det finns en omfattande praxis i EU-domstolen om lönediskriminering med principer som ännu inte fått fullt genomslag i Arbetsdomstolens domar. Det gäller särskilt vilka förklaringar till löneskillnader som ska godtas som sakliga. Arbetsgivare som betalar lägre lön för likvärdigt arbete har i AD hittills kunnat hänvisa till att lönerna bestämts genom kollektivavtal eller att lönesättningen ligger i nivå med vad andra arbetsgivare betalar. EU-domstolen ställer avsevärt högre krav för att godta arbetsgivares hänvisning till kollektivavtal eller marknad som förklaring till löneskillnader.

Att tänka på för facket

- ✓ Börja med att ta fram dokumentation som kan ge besked om varför medlemmen har den aktuella lönen. Hur har lönen motiverats i lönesamtal och vid lönerevisioner?
- ✓ I den lönekartläggning som arbetsgivare ska upprätta enligt bestämmelser i diskrimineringslagen ska finnas en gruppering av vilka arbeten som är lika och likvärdiga. I lönekartläggningens analysdel ska orsakerna till löneskillnader vid lika och likvärdigt arbete anges. Kvaliteten på lönekartläggningen avgör om den kan användas för att bedöma om en viss lön är diskriminerande.
- ✓ Vid arbeten som har stora likheter men ändå inte kan betraktas som lika kan det vara tillräckligt att undersöka skillnaderna mellan de arbeten som ska jämföras och resonera kring betydelsen av dessa skillnader utifrån krav på kunskap och färdigheter, ansvar, ansträngning och arbetsförhållanden. En testfråga kan vara om en van löneförhandlare skulle anse att den ena arbetstagarens jobb är klart mer kvalificerat än den andres.
- ✓ Artskilda arbeten kräver en mer systematisk analys. De arbetsvärderings-system som finns på marknaden är av varierande kvalitet. Ett vanligt problem är att kunskaper och ansvar som är typiska för vård- och omsorgsarbeten undervärderas. Ta hjälp av någon som har sakkunskap om hur en könsneutral arbetsvärdering genomförs!
- ✓ Var observant på att marknadsskäl i form av hänvisning till vad arbetsgivare på arbetsmarknaden brukar betala för ett visst arbete eller till en viss yrkesgrupp inte godtas av EU-rätten som ursäkt för att betala olika lön vid lika eller likvärdigt arbete. Se Enderby-målet C-127/92 på sid. 85.
- ✓ Det ställs hårda krav på facket att påtala om en föreslagen lön är diskriminerande. Facket har en samverkansroll i lönekartläggningsarbetet och är part i ingångna kollektivavtal. Passivitet går ut över facket och medlemmen när Arbetsdomstolen bedömer om arbetsgivaren gjort sig skyldig till lönediskriminering.

- ☑ Om diskrimineringsanmälan gäller andra diskrimineringsgrunder än kön ska jämförelserna ske med hänsyn till den grund som anmälan gäller. Det kan t.ex. handla om att undersöka om det finns sakliga skäl – skäl som inte har samband med diskriminering – när en arbetstagare med annan etnisk bakgrund än svensk har sämre lön än svenska arbetskamrater i en jämförbar situation.

Arbetsledning och uppsägning

◆ Samband med funktionsnedsättning / 92

◆ Samband med graviditet / 93

◆ Samband med könsbyte / 95

◆ Samband med religion / 95

◆ Samband med ålder / 96

◆ Att tänka på för facket / 97

Arbetsledning och uppsägning

Diskrimineringslagen ska ge skydd mot alla typer av diskriminerande åtgärder som en arbetsgivare beslutar eller genomför. Hit hör till exempel beslut att bevilja ledighet, fördelning av arbetstid och arbetsuppgifter, betyg och referenser, uttagning till utbildning, beslut om befordran och villkor för befordran. Det kan också handla om omplacering, disciplinåtgärder eller uppsägning och avskedande.

I anställningsskyddslagen och annan arbetsrättslig lagstiftning – ibland också i kollektivavtalen – finns krav på sakliga skäl för vissa åtgärder. Men diskrimineringslagens skydd sträcker sig längre och omfattar också den krets som är undantagen i anställningsskyddslagen, till exempel medlemmar i arbetsgivarens familj. Ett annat exempel är att provanställda, till skillnad från vad som gäller enligt anställningsskyddslagen, omfattas av skydd mot att anställningen upphör före provotidens utgång.

Följande exempel från rättspraxis belyser att diskrimineringslagen, anställningsskyddslagen och kollektivavtalet ofta blir aktuella i en och samma tvist.

Samband med funktionsnedsättning

Arbetsdomstolens mål²⁵⁾ visar att inte bara uppsägningar av personliga skäl utan också de som påstås ha skett på grund av arbetsbrist kan överprövas när det finns anledning att misstänka ett samband med funktionsnedsättning. Regeln i anställningsskyddslagen om att en arbetsgivare med högst tio anställda har rätt att undanta två personer från turord-

LÄSTIPS

 25) AD 2005 nr 32.

ningen, om arbetsgivaren anser att de har särskild betydelse för verksamheten innebär normalt att arbetsgivarens val av vilka som undantas inte kan ifrågasättas. Det gäller dock inte om regeln används som täckmantel för att bli av med någon som har en funktionsnedsättning. Målet handlade om en projektledare på ett kundundersökningsföretag som insjuknat i multipel skleros och därefter helt eller delvis varit sjukskriven under några månader. Uppdragen till bolaget blev färre. Arbetsbrist uppstod. Genom att två anställda med mycket kortare anställningstid och mindre yrkeserfarenhet plockades bort från turordningen, blev den MS-sjuka mannen den ende som sades upp. AD fann att arbetsgivaren tillämpat sin rätt att undanta två personer från turordningen på ett diskriminerande sätt och dömde ut 100 000 kr i allmänt skadestånd jämte ersättning för löneförluster.

Samband med graviditet

Diskrimineringsskyddet vid graviditet är generellt mycket starkt. Att avbryta en provanställning i förtid strider mot diskrimineringslagen, om det har samband med graviditet. Att säga upp en kvinna på grund av sjukfrånvaro som har samband med graviditet har av EU-domstolen betraktats som könsdiskriminering. Om en arbetsgivare underlåter att förlänga en kvinnas anställningskontrakt och detta har samband med att hon är gravid betraktas det också som könsdiskriminering. Ofta finns bevisning i form av ett tidssamband mellan arbetsgivarens kännedom om graviditeten och åtgärden att bryta ett anställningsförhållande. Anställningsskyddslagen är i regel också aktuell i dessa sammanhang men diskrimineringslagen ger ibland ett mer heltäckande skydd.



Fallbeskrivning

Anette

Anette blev mycket glad när hon efter en tids arbetslöshet först fick praktik och sedan en provanställning som receptionist på en trafikskola. Men det fanns ett problem. Chefen uppträdde redan från Anettes första arbetsdag på ett närgånget sätt med kramar och pussar. Det blev värre allteftersom tiden gick. Ovälkomna förslag, kommentarer och alltmer närgången beröring gjorde att Anette ständigt måste vara på sin vakt. Anette försökte nonchalera det som hände. Hon ville absolut inte bli arbetslös igen. Men till sist orkade hon inte gå till jobbet utan blev sjukskriven. När hon talade om för chefen att det

berodde på de sexuella trakasserierna avbröt han hennes anställning.

Det blev rättegång i Arbetsdomstolen. Chefen förnekade allt och påstod att Anette blivit uppsagd för att hon kom för sent till jobbet. Men Anettes uppgifter om trakasserierna fick stöd av personer som vittnade om vad de sett och vad hon berättat för dem. Trafikskolan dömdes att betala 75 000 kr dels för sexuella trakasserier och dels för repressalier. De senare bestod i att anställningen avbrutits som hämnd för att Anette påtalat trakasserierna (AD 2011 nr 37).

Samband med könsbyte

I ett mål²⁶⁾ gällde frågan om EU-rättens likabehandlingsregler var tillämpliga på en transsexuell man som hade sagts upp i samband med könsbyte. Man kom fram till att diskrimineringsskyddet måste gälla även i en sådan situation och fallet bedömdes som könsdiskriminering. Mannen arbetade som förvaltare på en brittisk skola. Processen med att byta kön inleddes med en period av ”life test” under vilken mannen klädde sig som kvinna. Han varslades då om uppsägning på grund av arbetsbrist. Uppsägningen verkställdes efter det kirurgiska ingreppet. Könsbytet ansågs vara den huvudsakliga anledningen till uppsägningen.

Samband med religion

Två lärare som arbetade på en skola i Knutby blev föremål för åtgärder från skolledningen efter de uppmärksammade händelserna 2004 i Knutby, då en person mördades och en annan utsattes för mordförsök. De båda lärarna var medlemmar i Filadelfiaförsamlingen. De förflyttades till en annan skola. Skolledningen ansåg bland annat att de avvikit från den värdegrund som ska gälla i undervisningen och återopade bestämmelsen om vägande skäl för stadigvarande förflyttning i det kommunala kollektivavtalet. En av lärarna blev dessutom avskedad med hänvisning till ett påstått brutalt ingripande mot två elever. Domstolen fann med stöd av en omfattande bevisning att förflyttningarna hade samband med de båda lärarnas religiösa tillhörighet och därför stod i strid med diskrimineringslagen. Dessutom hade skolledningen brutit mot kollektivavtalet. Beträffande avskedandet tillämpades tvåmånadersregeln i anställningsskyddslagen. Arbetsgivaren hade i mer än två månader känt till det man ville lägga läraren till last. Därför saknades grund för avskedandet²⁷⁾.

LÄSTIPS

 26) EU-domstolens mål C-13/94.

 27) AD 2006 nr 104 och AD 2006 nr 123.

Samband med ålder

EU-domstolen har prövat om uppsägning med hänvisning till 67-årsregeln i anställningsskyddslagen utgjorde åldersdiskriminering av en man som var anställd på Posten AB men ville fortsätta arbeta efter 67 års ålder. Domstolen ansåg att det fanns ett berättigat syfte för att upprätthålla en sådan åldersgräns. Det fanns visserligen inte någon motivering i anställningsskyddslagens förarbeten för 67-årsgränsen men sysselsättningspolitiken och arbetsmarknadspolitikerna i Sverige med dess olika avvägningar mellan yngre och äldre arbetskraft räckte enligt EU-domstolen²⁸⁾ som skäl för att godkänna denna åldersgräns.

Den proportionalitetsprövning som ska göras kan leda till att arbetsgivarens syfte för att låta ålder styra en åtgärd anses berättigat men att åtgärden ändå bedöms som alltför ingripande och därför inte kan accepteras. Det så kallade SAS-målet är ett exempel på detta (se nedan).

Avtalsturlista var åldersdiskriminering

✦ **AD 2011 nr 37.** Flygbolaget SAS hade ekonomiska problem och ville minska personalkostnaderna. En avtalsturlista upprättades som omfattade kabinanställda som fyllt eller snart skulle fylla 60 år och som vid 60 års ålder hade rätt till pension enligt ett särskilt avtal. Enligt anställningsskyddslagen hade de rätt att arbeta till 67 års ålder. AD ansåg att det i och för sig var ett berättigat syfte att SAS i den arbetsbristsituation som förelåg strävade efter att trygga försörjningen för alla kabinanställda.

Åtgärden bedömdes ändå som åldersdiskriminering, eftersom avtalsturlistan inte ansågs vara en lämplig åtgärd för att lösa problemen och det under alla förhållanden var en alltför ingripande åtgärd att säga upp samtliga pensionsberättigade. Arbetsdomstolen ogiltigförklarade uppsägningarna som också stred mot kravet på saklig grund i anställningsskyddslagen. Var och en av de drabbade fick 125 000 kr i diskrimineringsersättning.

LÄSTIPS

 28) EU-domstolens mål C-141/11 Hörnfeldt.

Att tänka på för facket

- ✓ Om en diskrimineringsanmälan gäller hur arbetsledningen sköts, kan bestämmelserna om organisatorisk och social arbetsmiljö i arbetsmiljölagen (AFS 2015:4 i Arbetsmiljöverkets författningssamling) ge ledning om vad som krävs av arbetsgivaren.
- ✓ Vid uppsägning och avskedande tillämpas procedurreglerna i anställningsskyddslagen. Tänk på att den s.k. tvåmånadersregeln i anställningsskyddslagen kan vara tillämplig, om en arbetsgivare hävdar att en uppsägning av personliga skäl inte beror på diskriminering utan på att arbetstagaren misskött sig och det som läggs arbetstagaren till last ligger längre tillbaka i tiden.
- ✓ Diskrimineringslagens skydd omfattar också den krets som är undantagen i anställningsskyddslagen, till exempel arbetstagare med företagsledande ställning och arbetstagare som är medlemmar i arbetsgivarens familj.
- ✓ Vid uppsägningar som påstås bero på arbetsbrist är det enligt rättspraxis mycket svårt att påvisa att arbetsbristen är fingerad. Man kan säga att arbetsgivaren äger bedömningen om det är arbetsbrist eller inte. Men om facket kan göra antagligt att det åtminstone delvis finns ett samband mellan uppsägning och någon av diskrimineringsgrunderna, så ökar utsikterna att få arbetsbristargumentet underkänt. Då måste arbetsgivaren bevisa att det helt saknas ett sådant samband.

Trakasserier

◆ Trakasserier / 100

◆ Samband med arbete / 101

◆ Etnisk tillhörighet/religion
eller annan trosuppfattning / 103

◆ Checklista utredning / 105

Trakasserier

 diskrimineringslagen finns en skyldighet för arbetsgivare att utreda och vidta skäliga åtgärder vid trakasserier på grund av kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder. En förutsättning för utredningsskyldigheten är att arbetsgivaren fått vetskap om att trakasserier påstås ha inträffat.

Påföljden för underlåtenhet att utreda eller åtgärda trakasserierna är diskrimineringsersättning. I vissa fall kan polisanmälan vara aktuell för handlingar som är straffbelagda. Arbetsrättsliga åtgärder såsom disciplinpåföljd, omplacering, uppsägning och avskedande av förövaren kan också bli aktuellt.

Arbetsgivarens *kännedom* är en förutsättning för att det ska finnas en utredningsskyldighet. Om en arbetstagare säger upp sig därför att hon inte står ut med en arbetskamrats sexuella trakasserier men inte talar om varför hon säger upp sig, kan arbetsgivaren inte klandras för att ingen utredning inletts. Kännedom kan fås på olika sätt: genom en anmälan från den drabbade, genom information om det inträffade från facklig företrädare eller genom arbetsgivarens egna iakttagelser.

När arbetsgivaren fått veta att en anställd, en praktikant eller en person som är inhyrd eller inlånad till arbetsplatsen anser sig utsatt för trakasserier eller sexuella trakasserier måste arbetsgivaren *skyndsamt* ta itu med att utreda vad som hänt och vidta de åtgärder som är rimliga i den aktuella situationen. En tumregel för vad som menas med *skyndsamt* är att det handlar om dagar och inte om veckor. Hur bråttom det är att starta en utredning beror av naturliga skäl också på karaktären av de påstådda trakasserierna.



Fallbeskrivning

Erik

Erik fick anställning på ett varuhus som sålde byggmaterial. Han började arbeta i december 2013. När han skulle hämta ut sina arbetskläder visade det sig att herrstorlekarna var slut. Arbetsledaren menade att Erik tills vidare fick hålla tillgodo med damoverallen som visserligen passade i storlek men var annorlunda sydd än herrmodellen. Han protesterade men fick löfte om att en ny uppsättning kläder skulle komma så småningom. Erik försökte ta det hela med gott humör men förstod så småningom att det spritts ett rykte på arbetsplatsen som handlade om hans sexuella läggning.

Han tog illa vid sig och påminde om att han ville ha de rätta kläderna. Chefen antydde då att Erik var homosexuell och därför inte borde ha något att invända mot att kläderna var i dammodell. Erik anmälde varuhuset till DO för trakasserier på grund av sexuell läggning.

DO menade att påståendet om homosexualitet uppenbarligen hade gjorts i förklenande syfte. Efter någon tid medgav varuhuset att det var oacceptabelt att en chef betedde sig på det här sättet. Tvisten slutade med en uppgörelse i godo och Erik fick 20 000 kr i diskrimineringsersättning.

Åtgärder innebär att arbetsgivaren dels måste se till att trakasserierna upphör och dels på lämpligt sätt förebygga och förhindra att trakasserierna fortsätter. Om de inblandade personerna arbetar nära varandra kan arbetsgivaren behöva ändra på detta. Det är inte den drabbade som ska omplaceras för att fortsatta trakasserier ska förhindras.

Om det redan från början står klart att inga trakasserier har inträffat, behöver ingen utredning inledas. Men vid minsta misstanke om att det som berättas kan vara sant måste arbetsgivaren påbörja utredning. Om den drabbade inte vill att någon utredning alls ska göras bör som huvudregel arbetsgivaren respektera detta. Situationen kan dock vara sådan att trakasserierna, förutom i relationen till den drabbade, kan utgöra ett allvarligt åsidosättande av anställningsavtalet och innebära risker för att andra också trakasseras. Då måste arbetsgivaren agera.

Samband med arbete

Trakasserierna ska enligt lagtexten ha inträffat *i samband med arbetet*. Det betyder att trakasserierna inte nödvändigtvis behöver ha inträffat i arbetsplatsens lokaler eller under normal arbetstid. Personalfester och tjänsteresor har ett naturligt samband med arbetet, däremot inte händelser i en *privat relation utanför arbetet*. Det finns dock undantag när det inträffade varit allvarligt och kan förväntas framöver påverka relationerna på arbetsplatsen mellan offer och förövare och därmed innebära risk för fortsatta trakasserier. Målet AD 2005 nr 22 (se sid. 46) som handlade om en kvinna som blivit våldtagen av en arbetskamrat i dennes bostad är ett exempel på detta.

Utredningarna ska vara diskreta

Arbetsgivaren måste bilda sig en egen uppfattning om vad som hänt. Det är naturligt att i första hand be den som anser sig trakasserad berätta och i det samtalet försöka kartlägga vad som hänt. Det är viktigt att ta reda på hur personen i fråga upplever situationen och vad han eller hon vill ska göras på arbetsplatsen. Normalt måste också den eller de som

utpekats som trakasserande intervjuas och få ge sin syn på saken. Utredningen bör skötas diskret för att undvika skvaller och skambeläggning.

Det är vanligt att ord står mot ord. Det betyder inte att arbetsgivaren kan avbryta utredningen och låta saken bero. Arbetsgivaren måste bilda sig en egen uppfattning om det som påtalats har inträffat. I utredningsskyldigheten ingår att följa utvecklingen och informera den som anmält sig trakasserad om vad som händer i utredningen och vilken bedömning som slutligen görs. Brister en arbetsgivare i sin utredningsskyldighet genom att dröja för länge med att utreda eller underlåta att vidta de åtgärder som behövs är sanktionen diskrimineringsersättning till den drabbade. Tämligen höga belopp har dömts ut.

Etnisk tillhörighet/religion eller annan trosuppfattning

I rättspraxis är sexuella trakasserier den vanligaste formen av trakasserier. Både fackförbund och DO har med framgång drivit den typen av mål.

När det gäller trakasserier som har samband med etnisk tillhörighet eller religion har det visat sig väsentligt svårare att få gehör i Arbetsdomstolen. En jargong på arbetsplatsen med rasistiska undertoner har accepterats i flera avgöranden med hänvisning till att den drabbade inte sagt ifrån på ett tillräckligt tydligt sätt.

Ett av dessa mål handlade om avstängning och förflyttning av en rehabiliteringsassistent med ursprung i Gambia, som arbetade på ett boende för autistiska vuxna. I målet prövades om arbetsgivaren varit skyldig att utreda etniska trakasserier. Enhetschefen brukade enligt mannen säga att han hade bra hand med de boende för att han använde voodoo, vidare att de boende gjorde som han sade åt dem för att han var stor och svart. Arbetskollegerna kallade honom blackey, big bastard, afrikanen och svartskalle. Arbetsdomstolen kom fram till att mannen inte

gjort klart för arbetsledningen att han tog illa vid sig av tillmälena²⁹⁾. DO förlorade målet.

I ett annat fall hade två kvinnor som var troende muslimer och bar huvudduk utsatts för återkommande frågor om sin trosuppfattning och sina sedvänjor på sin arbetsplats. De var anställda som timvikarier hos en ideell idrottsförening och valde att sluta för att de inte stod ut med arbetsmiljön. Deras chef ställde fortlöpande frågor som de upplevde som kränkande. Det kunde till exempel handla om ”varför arabiska män dödar kvinnor som är otrogna”, varför de bar huvudduk och varför de inte ville äta fläskkött. Mannen ansåg att han upprätthöll en trevlig och skämtsam samtalston på arbetsplatsen. Avgörande för Arbetsdomstolens bedömning var också i detta mål att man inte ansåg att kvinnorna klagat att de kände sig kränkta. DO som förde kvinnornas talan förlorade målet³⁰⁾.

Nytt intressant kunskapsområde

I bägge domarna lade Arbetsdomstolen hela bevisbördan för trakasserierna på arbetstagarna och avvek därigenom från vad EG-rätten föreskriver om bevislättnader för den klagande. I debatten kring dessa domar har framförts att en förklaring till den negativa utgången kan vara att det saknas kunskap i domstolen om hur människor som upplever etniska trakasserier reagerar när de blir utsatta för så kallade skämt och befinner sig i en underordnad position. En lärdom att dra av dessa mål är därför att den som företräder facket i den här typen av tvister måste ta del av och kunna argumentera utifrån den forskning som finns om etniska trakasserier. Det här är ett relativt nytt kunskapsområde och därmed ett lämpligt ämne för fortbildning, till exempel inom ramen för arbetsmiljöarbetet. Det gäller för övrigt också trakasserier på grund av könsidentitet, sexuell läggning, funktionsnedsättning och ålder.

LÄSTIPS

 29) AD 2009 nr 4.

 30) AD 2010 nr 21, se även AD 2011 nr 13.

Checklista utredning

- ✓ Gör en första bedömning om medlemmens berättelse stämmer in på diskrimineringslagens definition av trakasserier.
- ✓ Är det arbetsgivaren eller en arbetskamrat som pekas ut som förövare? Om det är arbetsgivaren måste facket fortsätta att utreda. Om medlemmens berättelse verkar stämma påkallas tvisteförhandling om brott mot diskrimineringslagen.
- ✓ Om det är en arbetskamrat som är förövaren uppmanar du medlemmen att omedelbart anmäla saken till arbetsgivaren eller, om medlemmen accepterar, tar själv kontakt och påtalar trakasserierna, gärna skriftligt för att säkra bevis.
- ✓ Det är arbetsgivarens plikt att skyndsamt utreda anmälan om trakasserierna. Som facklig företrädare bör du kontrollera hur ärendet handläggs och hålla dig informerad om vad som görs. Övervaka särskilt att förändringar i arbetssituationen inte går ut över medlemmen när arbetsgivaren fattar beslut för att förhindra fortsatta trakasserier.
- ✓ Håll kontakt med medlemmen och informera också om vad som gäller enligt diskrimineringslagen.
- ✓ Om offer och förövare bägge är medlemmar i förbundet följ ditt förbunds praxis för hur en sådan intressekollision ska hanteras. Det är i regel olämpligt att samma person företräder båda.

Sökord

- Anställningsskyddslagen, sid. 4, 14–15, 31, 59, 61, 63, 92–93, 95–97
- Annonsering, sid. 17, 68
- Aktiva åtgärder, sid. 4, 15, 17, 31, 47
- Arbetstagare med tidsbegränsad anställning, sid. 10, 41
- Arbetsvärdering, sid. 82–83, 86, 88
- Bevisbörda, sid. 53–55, 57, 84, 104
- Bevisfrågor, sid. 53–54
- Bevislättnader, sid. 53, 104
- Bristande tillgänglighet, sid. 4, 27, 34, 41–42, 57, 64
- Direkt diskriminering, sid. 34–35, 37–38
- Diskrimineringsersättning, sid. 21, 36, 49, 60–65, 71–72, 80, 96, 100–101, 103
- Ekonomisk förlust, sid. 64
- Etnisk tillhörighet, sid. 3–4, 15, 17–18, 22–24, 35–36, 38, 49, 56, 71, 100, 103
- Funktionshinder, sid. 4, 26–27
- Funktionsnedsättning, sid. 3–4, 8, 15, 18, 26–27, 35, 38, 40–42, 49, 57, 72, 92–93, 100, 104
- Föräldraledighetslagen, sid. 10, 19, 63, 80
- Instruktioner att diskriminera, sid. 34, 46
- Indirekt diskriminering, sid. 23, 34, 39–41, 49, 56
- Jämförbar situation, sid. 27, 35, 37, 41–43, 56–57, 68–69, 71, 73, 75, 89
- Kränkande särbehandling, sid. 10, 45–46
- Könsöverskridande identitet eller uttryck, sid. 3–4, 15, 18, 21–22, 35, 38, 100
- Lagen om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare, sid. 10, 41
- Lön, sid. 37, 64, 78–79, 81, 83–89
- Lönekartläggning, sid. 47, 78–79, 82–83, 88
- Löneskillnad, sid. 78, 82–88
- Missgynnande, sid. 10, 19, 27, 35, 37, 39, 42, 47, 56, 58, 63, 68–69, 73, 80
- Ogiltighet, sid. 60, 64
- Positiv särbehandling, sid. 20–21, 23
- Preskription, sid. 59–60, 64–65
- Påföljder, sid. 52, 60
- Rekrytering, sid. 16, 20, 22, 29, 34, 36, 37, 40, 47, 53, 56, 68–74
- Religion eller annan trosuppfattning, sid. 3, 4, 15, 18, 24, 35, 38, 100, 103
- Repressalier, sid. 34, 47–48, 53, 55, 60, 94
- Rätt till skydd, sid. 14
- Sexuell läggning, sid. 3–4, 8, 15, 18, 22, 28–29, 35, 38, 55, 100–101, 104
- Sexuella trakasserier, sid. 34, 43–48, 58, 60, 94, 100, 103
- Tillåten särbehandling, sid. 30
- Trakasserier, sid. 34, 43–48, 58, 60, 65, 94, 100–105
- Underlåtenhet att vidta åtgärder, sid. 42
- Vite, sid. 60

Domar

Arbetsdomstolen och Högsta domstolen

AD 1995 nr 158 – Fackets agerande avgör i Arbetsdomstolen, sid. 86

AD 2005 nr 22 – Utredningsskyldighet vid trakasserier, sid. 46

AD 2005 nr 87 – Indirekt diskriminering på bilfabrik, sid. 40

AD 2010 nr 13 – Anpassning på arbetsplatsen, sid. 43

AD 2010 nr 91 – Personlig lämplighet – ett gungfly, sid. 71

AD 2011 nr 37 – Avtalsturlista var åldersdiskriminering, sid. 96

AD 2013 nr 29 – Kränkande ordningsregel ogiltig, sid. 65

AD 2013 nr 64 – Arbetsdomstolen skyddar ingångna avtal, sid. 87

AD 2014 nr 28 – Tillämpning av bevisreglerna, sid. 55

AD 2015 nr 44 – Litet utrymme för positiv särbehandling, sid. 21

NJA 2006 – s. 170, sid. 55

NJA 2014 – s. 499 I och II, sid. 61

För domar i EU-domstolen och i Europadomstolen (Europeiska domstolen förmånskliga rättigheter) se nästa sida.

EU-domstolen

Mål C- 273/85 – Rummler mot Dato-Druck GmbH. "Krav på arbetsvärderings-system", sid. 83

Mål C-157/86 – Mary Murphy m.fl. mot An Bord Telecom Eireann. "Jämförelse med lägre värderat arbete", sid. 79

Mål C-177/88 – E.J.P Decker mot Stichting vormingscentrum voor Jong Volwassenen "Starkare skydd för gravida", sid. 39

Mål C-127/92 – Dr Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health "Betydelsen av marknad i lönediskriminerings-tvist", sid. 85

Mål C-180/95 – Nils Draehmpaehl mot Urania Immobilienservice oHG "Effektiva och avskräckande skadestånd", sid. 61

Mål C-236/98 – Jämställdhetsombudsmannen mot. Örebro läns landsting "Helt olika arbeten kan vara likvärdiga", sid. 81

Mål C-407/98 – Katarina Abrahamsson och Leif Anderson mot Elisabet Fogelqvist "Kvoteringslag var könsdiskriminering", sid. 20

Mål C-381/99 – Susanna Brunnhofer mot Bank der österreichischen Postsparkasse AG "Lön ska grundas på fakta", sid. 84

Mål C-109/00 – Tele Danmark A/S mot Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK) "Starkt skydd för gravida", sid. 39

Mål C-354/13 – Kaltoft mot Billund Kommun "Diskrimineringsskydd vid fetma, sid. 27

Mål C-54/07 – Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn NV, "Diskriminerande annonsering", sid. 17

Europadomstolen (Europeiska domstolen för mänskliga rättigheter)

Eweida m. fl. mot Storbritannien, mål 48420/10, 59842/10, 51671/10 och 36516/10, dom 15 januari 2013, "Skydd för religion och religionsfrihet", sid. 25



Grafisk form:
Intellecta Corporate. Illustrationer: Tomas Nilsson
Upplaga: 9 700 ex. Tryck: TMG Sthlm, 2016

Vad är diskriminering? – En facklig handbok är ett led i Offentliganställdas Förhandlingsråds (OFR) arbete med att öka kunskaperna om diskrimineringslagen och visa hur lagen kan användas i det fackliga arbetet. Handboken vänder sig till förtroendevalda och ombudsmän som kommer i kontakt med diskrimineringsärenden men också till de som samverkar med arbetsgivaren i det förebyggande arbetet på arbetsplatsen.

Boken innehåller information om bestämmelserna i diskrimineringslagen med fokus på arbetslivet. Förutom redovisning av aktuell rättspraxis ges också tips och råd om hur olika situationer bör hanteras vid misstanke om diskriminering.

OFR är en uppdragsstyrd förhandlingsorganisation som samlar fjorton fackförbund inom offentlig sektor. Tillsammans med förbunden arbetar vi för att förbundens medlemmar inom offentlig sektor ska ha bra och trygga arbetsvillkor. OFR är mötesplatsen för dialog och samverkan – här samverkar och samarbetar medlemsförbunden i gemensamma frågor samtidigt som de behåller en stark självständighet.

OFRs medlemsförbund:

Lärarförbundet, Vision, Vårdförbundet, Fackförbundet ST, Lärarnas Riksförbund, Akademikerförbundet SSR, Sveriges läkarförbund, Polisförbundet, Ledarna, Officersförbundet, Fysioterapeuterna, Försvarsförbundet, Tull-Kust och Teaterförbundet för scen och film.

www.ofr.se



Lärarförbundet



VÅRDFÖRBUNDET



Akademikerförbundet SSR



Polisförbundet



Teaterförbundet
/ för scen och film