

Innehåll

Sammanfattning	9
Summary	15
1 Uppdraget	31
2 Internationella åtaganden	33
2.1 Europarådets sociala stadga	33
2.2 FN:s standardregler	34
2.3 ILO-konventioner	35
3 Europeiska Unionen	37
4 Gällande rätt	39
4.1 Anställning	40
4.2 Anställningsvillkor	42
4.3 Arbetsledningsbeslut	43
4.4 Anställningstrygghet	44
4.5 Trakasserier	46
4.5.1 Arbetsmiljölagen m.m.	47
4.5.2 Övriga antidiskrimineringslagar	48
4.6 Övrig lagstiftning och annan normgivning av intresse	49
4.6.1 Främjandelagen	49
4.6.2 Arbetsmiljölagen	50
4.6.3 Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter	53
4.6.4 Lag om allmän försäkring	54
4.6.5 Lagen om Handikappombudsmannen m.m.	55
5 Tidigare utredningar	57
5.1 1989 års handikapputredning	57
5.1.1 Remissinstansernas yttranden	59

5.1.2	Förslagets fortsatta behandling.....	62
5.2	Departementspromemorian.....	63
5.2.1	Remissinstansernas yttranden.....	64
6	Utländska förhållanden.....	69
6.1	Danmark.....	69
6.2	Finland.....	69
6.3	Frankrike.....	71
6.4	Storbritannien.....	71
6.5	Irland.....	73
6.6	Tyskland.....	73
6.7	USA.....	73
6.8	Kanada.....	76
6.9	Australien.....	78
6.10	Nya Zeeland.....	79
6.11	Sydafrika.....	79
7	Diskrimineringsbegreppet.....	81
7.1	Diskrimineringsbegreppet.....	81
7.1.1	Inledning.....	81
7.1.2	En indelning av begreppet diskriminering.....	83
7.1.3	Diskrimineringsbegreppet i EG-rätten.....	85
7.1.4	Diskriminering i jämställdhetslagen.....	88
7.1.5	Diskriminering i lagen mot etnisk diskriminering.....	90
8	Behovet av lagstiftning.....	93
9	Överväganden och förslag till lag.....	97
9.1	Målsättning för lagstiftningen.....	97
9.2	Allmänna utgångspunkter för ett diskrimineringsförbud... ..	98
9.3	En arbetsrättslig lag.....	100
9.4	Skydd för arbetstagare och arbetssökande.....	101
9.5	Diskriminering på grund av funktionshinder.....	103
9.5.1	Inledning.....	103
9.5.2	Diskrimineringsgrunden funktionshinder.....	104
9.5.3	Förbud mot direkt diskriminering.....	108
9.5.4	Undantag från förbudet mot direkt diskriminering.....	110
9.5.5	Förbud mot indirekt diskriminering.....	112
9.5.6	Arbetsgivarens skyldighet att vidta anpassningsåtgärder m.m.....	114
9.6	Förfaranden som bör träffas av diskrimineringsförbud... ..	119

9.6.1	Behandlingen av arbetssökande	119
9.6.2	Behandlingen i ett bestående anställningsförhållande.....	124
9.7	Trakasserier.....	126
9.7.1	Inledning.....	126
9.7.2	Skyldighet att utreda och ingripa mot trakasserier.....	128
9.8	Repressalier på grund av anmälan om diskriminering.....	134
9.9	Bevisfrågor	136
9.9.1	Jämställdhetslagen	136
9.9.2	Lagen mot etnisk diskriminering.....	138
9.9.3	Bevisfrågor i svensk rätt i övrigt.....	138
9.9.4	EG-rätten.....	139
9.9.5	Slutsats.....	142
9.10	Påföljder.....	148
9.10.1	Skadestånd	148
9.10.2	Skadestånd när flera diskrimineringsgrunder är tillämpliga samtidigt m.m.....	155
9.10.3	Ogiltighet.....	158
9.11	Uppgiftsskyldighet mot enskilda	158
9.12	Tillsynen av lagens efterlevnad.....	160
9.12.1	Närmare om Handikappombudsmannens befogenheter m.m.	161
9.12.2	Behovet av nämnd.....	162
9.13	Processuella regler	164
9.13.1	Tillämpliga regler	164
9.13.2	Preskription m.m.	165
9.13.3	Rättegångskostnadsfrågor	166
9.13.4	Sekretess	167
9.14	Samordningsfrågor	167
10	Konsekvenser av våra förslag	169
11	Författningskommentarer	172
11.1	Förslag till lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.....	172
11.2	Förslag till lag om Handikappombudsmannen.....	184
11.3	Förslag till lag om ändring i lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister	187
11.4	Förslag till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100)..	188

Sammanfattning

Uppdraget

Enligt direktiven skall utredningen utreda och föreslå hur en lagstiftning med förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder bör vara utformad samt vilka förfaranderegler som skall vara tillämpliga hos Handikappombudsmannen med anledning av den nya lagen. Därutöver har utredningen haft i uppdrag att inhämta och redovisa andra länders lagstiftning på området samt att se över lagen (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder och ta ställning till om reglerna om anställningsfrämjande åtgärder helt kan utgå ur lagen eller om de behövs till viss del i omarbetat skick och lämna förslag på sådana åtgärder.

Behovet av lagstiftning

Regeringen anger redan i direktiven att skyddet för funktionshindrade mot diskriminering skall ges i lag.

Utredningen gör dessutom bedömningen att lagförslaget motiveras av såväl principiella skäl som faktiskt behov av en lag som förbjuder diskriminering.

I dag finns ingen lag i Sverige som specifikt förbjuder diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder. Sådana lagar finns däremot i ett flertal andra länder, t.ex. USA och Storbritannien.

En undersökning som utförts av Statistiska centralbyrån på uppdrag av Handikappombudsmannen och som presenterades i juli 1997 visar på att en stor del av drygt 5 400 tillfrågade personer med funktionshinder upplever eller har upplevt sig diskriminerade i arbetslivet. Undersökningen kan svårligen tolkas på annat sätt än att diskriminering förekommer i arbetslivet men dess utbredning är svår att bedöma.

Ett förmodligen viktigare skäl för en lag är emellertid att samhället på ett klart sätt anger sitt avståndstagande mot diskriminering. En lag kan

förväntas bli normbildande samt förändra av slentrian eller fördomar befästa attityder mot funktionshindrade.

Utredningens förslag

Utredningen föreslår i detta delbetänkande en lag med förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder. I betänkandet föreslås även en ny lag om Handikappombudsmannen med anledning av de tillkommande arbetsuppgifter som bör åläggas ombudsmannen till följd av den nya antidiskrimineringslagen. Därutöver föreslås några konsekvensändringar i redan befintlig lagstiftning.

Förslag till lag mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder

Utredningen föreslår en arbetsrättslig lag till skydd för både arbetssökande och arbetstagare.

Funktionshindrad är den som har en medfödd eller till följd av skada eller sjukdom förvärvad fysisk, psykisk eller begåvningsmässig begränsning av funktionsförmågan. Det är inte graden av funktionsnedsättningen som är avgörande utan förekomsten av funktionshindret. Funktionshindret skall dock vara varaktigt.

Förbudet mot diskriminering är i huvudsak uppbyggt kring tre bestämmelser. Två av dem uttrycker förbud mot diskriminering och den tredje anger vilka förfaranden som förbudet gäller.

Den första av dessa bestämmelser uttrycker förbudet mot *direkt diskriminering*. Med direkt diskriminering avses att en funktionshindrad person missgynnas i förhållande till hur någon annan utan det ifrågavarande funktionshindret behandlas eller skulle ha behandlats i en likartad situation. Ett *missgynnande* består i att den funktionshindrade utsätts för en nackdel; t.ex. nekad anställning eller sämre anställningsvillkor än andra arbetstagare. För att konstatera huruvida *likartad* situation föreligger förväntas en jämförelse göras mellan den funktionshindrade och en eller flera andra utan motsvarande funktionshinder. En faktisk jämförelseperson krävs dock inte utan en hypotetisk jämförelse går också bra. I en anställningssituation antas jämförelsen i första hand göras av meriter i form av utbildning, erfarenhet och personlig lämplighet för arbetet.

I jämförelse med andra diskrimineringsgrunder (kön, ras religion, sexuell läggning etc.) kan funktionshinder betydligt oftare antas komma att ha inverkan på den enskildes förmåga att utföra ett visst arbete. Förhållandena på arbetsplatsen kan därför i många fall komma att

innebära att en funktionshindrad inte har samma möjlighet att utföra arbetet i fråga som de flesta andra. Även om den funktionshindrade i övrigt har jämförbara meriter föreligger i sådana fall inte *likartad* situation. Det kan då inte heller vara fråga om diskriminering.

Förslaget innehåller med hänsyn till detta för gruppen funktionshindrade mycket speciella förhållande en regel som anger att förbudet mot diskriminering även gäller de fall då arbetsgivaren genom att vidta stöd- och anpassningsåtgärder *kan skapa* en likartad situation och det skäligen kan krävas att arbetsgivaren vidtar sådana åtgärder. Åtgärder som kan behöva vidtas är anskaffande av tekniska hjälpmedel och särskilda arbetsredskap eller förändringar i den fysiska arbetsmiljön. Det kan även bli fråga om ändringar i arbetsorganisationen, arbetsuppgifterna, arbetstiderna m.m. Arbetsgivaren åläggs således *i det enskilda* fallet en viss skyldighet att anpassa arbetsplatserna. Vid bedömningen av vad som är skäligt att kräva av arbetsgivaren bör hänsyn tas till omständigheter som kostnaden för åtgärden, den förväntade effekten därav, övriga olägenheter för arbetsgivare, den förväntade varaktigheten av anställningen m.m.

Den andra förbudsregeln uttrycker förbud mot *indirekt diskriminering*. Den innebär att en arbetsgivare inte får lov att tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som förefaller vara neutralt men som vid en närmare anblick missgynnar en väsentligt större andel personer med visst funktionshinder jämfört med personer utan sådant funktionshinder. Detta gäller, såvida inte, bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet motsvarar ett godtagbart verksamhetsbehov samt tillämpningen är lämplig och nödvändig.

De *förfaranden* vid vilka skyddet mot diskriminering gäller är när en arbetsgivare tar ut sökande till anställningsintervju, beslutar i anställningsfrågan eller vidtar annan åtgärd under anställningsförfarandet. Vidare gäller skyddet när arbetsgivaren beslutar om befordran eller tar ut arbetstagare till utbildning för befordran eller tillämpar lön eller andra anställningsvillkor, leder och fördelar arbetet, säger upp, avskedar, permitterar eller vidtar andra ingripande åtgärder mot en arbetstagare. Att ett anställningsbeslut har fattats är inte en förutsättning för att förbudet skall kunna åberopas. En ensam sökande som inte får ett arbete kan göra förbudet gällande. Även om ett anställningsförfarande avbryts, och ingen alls anställs, kan diskriminerande förfaranden under rekryteringsförfarandet eller beslutet att inte anställa angripas.

Det förutsätts inte, för att diskriminering skall kunna föreligga, att arbetsgivaren haft diskriminerande avsikt, i betydelsen en vilja att orsaka skada eller nackdel för arbetssökanden eller arbetstagaren. Överhuvudtaget krävs inte något diskriminerande uppsåt eller ens

vårdslöshet hos arbetsgivaren. Såväl avsiktlig som oavsiktlig diskriminering omfattas alltså av lagen.

Det erfordras emellertid ett samband mellan funktionshindret och missgynnandet. I den mån en avsikt att diskriminera föreligger finns det erforderliga sambandet. Även då en arbetsgivare missgynnat någon som följd t.ex. av undfallenhet mot andras önskemål om att slippa ha med funktionshindrade att göra finns sambandet. Funktionshindret behöver inte utgöra ensam orsak eller ens den viktigaste orsaken till en viss behandling utan det räcker att den är en av flera omständigheter som påverkat arbetsgivarens handlande.

Är fråga om direkt diskriminering krävs, för att sambandet skall anses föreligga, att arbetsgivaren känt till eller förmodat att personen i fråga vara funktionshindrad. Är i stället fråga om indirekt diskriminering, som avser generella beteenden såsom tillämpningen av ett visst kriterium för alla arbetssökande, krävs emellertid ingen vetskap eller insikt hos arbetsgivaren om att någon eller några av de berörda är funktionshindrad. Det räcker med att tillämpningen av kriteriet etc. typiskt sett missgynnar en eller flera grupper i förhållande till de flesta andra.

Utredningen föreslår ingen lagfäst bevisregel men vi förespråkar att domstolarna tillämpar den bevisregel som föreslås i EU:s förslag till direktiv om bevisbörla i mål om könsdiskriminering. Detta innebär att den som anser sig ha blivit diskriminerad har att lägga fram sådana faktiska omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering förekommit. Förmår den arbetssökande eller arbetstagaren att fullgöra sin bevisbörla åligger det arbetsgivaren att förklara sitt handlande. Om arbetsgivaren inte kan lämna en godtagbar förklaring föreligger diskriminering.

Utredningen föreslår en uttrycklig regel som ålägger en arbetsgivare att *utreda förekomsten av uppgivna trakasserier* på grund av funktionshinder på arbetsplatsen samt en skyldighet att *vidta erforderliga åtgärder för att förhindra fortsatta trakasserier*. Med trakasserier avses mobbning och annat ovälkommet uppträdande. Arbetsgivarens skyldighet att utreda de närmare omständigheterna kring trakasserierna initieras när denne får kännedom om att en funktionshindrad arbetstagare anser sig bli eller ha blivit utsatt för trakasserier på grund av funktionshindret av någon eller några andra arbetstagare på arbetsplatsen. Arbetsgivaren bör efter genomförd utredningen, som lämpligen bör omfatta samtal med den som utsatts för trakasserier och de eller de som påstås ha utfört dessa, bilda sig en egen uppfattning om förekomsten av och i förekommande fall arten av trakasserier. Ger utredningen anledning att utgå från att trakasserier förekommer skall arbetsgivaren vidta de åtgärder som skäligen kan krävas för att förhindra fortsatta trakasserier. Vilka åtgärder som kan

behöva vidtas får bestämmas från fall till fall. Det förutsätts dock kunna bli fråga om allt från tillsägelser, varningar, omplaceringar till uppsägningar av den eller de som utför trakasserierna.

Vidare föreslår utredningen ett uttryckligt förbud för arbetsgivare att vidta *repressalier* mot den arbetstagare som utnyttjar rätten att anmäla arbetsgivaren för diskriminering till Handikappombudsmannen eller sin fackliga organisation.

Den viktigaste *påföljden* vid överträdelser av lagens förbudsregler antas bli skadestånd. En arbetssökande kan endast erhålla ersättning för den kränkning som en diskriminerande behandling kan innebära (allmänt skadestånd). En arbetsgivare som diskriminerar en arbetstagare kan bli skyldig att betala skadestånd för den kränkning han eller hon åsamkat och för den ekonomiska förlust (ekonomiskt skadestånd) arbetstagaren kan ha vållats.

Ett avtal som föreskriver eller medger sådan diskriminering som är förbjuden enligt utredningens lag är ogiltigt. Även diskriminerande rättshandlingar, såsom t.ex. uppsägning av en arbetstagare kan förklaras ogiltigt av domstol, om arbetstagaren begär det.

Ändringar i lagen om Handikappombudsmannen

Utredningen föreslår att Handikappombudsmannen skall utöva tillsynen av den nya lagens efterlevnad. Ombudsmannen bör därför ges befogenheter att kalla arbetsgivare till överläggningar hos ombudsmannen och att förelägga arbetsgivare att lämna uppgifter som berör dennes förhållande till arbetstagare och arbetssökande. Uppgiftsskyldigheten skall kunna förenas med vitesföreläggande. Handikappombudsmannen ges rätt att föra talan i mål enligt den nya lagen i Arbetsdomstolen på en arbetssökandes eller arbetstagares vägnar.

Övriga förslag

Nämnden mot etnisk diskriminering, som bör byta namn till Diskrimineringsnämnden, föreslås pröva överklaganden rörande Handikappombudsmannens vitesförelägganden.

Vi föreslår också, som följd av den nya antidiskrimineringslagen, ändringar i *lagen om rättegången i arbetstvister* och i *sekretesslagen*.

Samråd

Utredningen har i sitt arbete samrått med företrädare för handikapporganisationer och arbetsmarknadens parter samt med EDA-utredningen (SOU 1997:174) och SEDA-utredningen (SOU 1997:175).

Summary

Our terms of reference

According to our terms of reference the Committee of Inquiry was to examine and propose how a law against discrimination of disabled persons in working life should be structured as well as which procedural rules should apply in regard to the Disability Ombudsman as a result of the new law. In addition, the Committee of Inquiry has had the task of collecting and reviewing the legislation of other countries in this field. Moreover, the Committee's assignment included examining the Act (1974:13) on certain employment promotion measures (for the disabled and the elderly), which included taking a position on whether the rules on employment promotion measures can be removed from the law or whether they are needed to some extent in a revised form, as well as providing proposals regarding such measures.

The need for legislation

Already in the terms of reference the Government specified that the protection for the disabled against discrimination should be stated in law.

The Committee, in addition, comes to the conclusion that the proposal for new legislation is motivated due to reasons of principle as well as the actual need for a law prohibiting discrimination.

There is no law today in Sweden that specifically prohibits discrimination against the disabled in working life. Such laws do however exist in a number of other countries, e.g. the USA and Great Britain.

A survey carried out by Statistics Sweden on behalf of the Disability Ombudsman, published in July 1997, showed that a large portion of the approximately 5 400 disabled person interviewed, experienced or had experienced discrimination in working life. It is difficult to interpret the

survey's results in any other way than that discrimination does occur in some measure in working life, but that its extent is difficult to determine.

However, a presumably more important reason for a new law is that society in a clear manner should state its rejection of discrimination. A law can be expected to have a normative effect as well as lead to a change in the attitudes based on habit and prejudice against the disabled.

The Committee's Proposals

The Committee, in this report, proposes a new law prohibiting discrimination against the disabled in working life. The report also includes proposed amendments to the Disability Ombudsman Act (1994:749) due to the broadened authority that should be given to the Ombudsman as a result of the new anti-discrimination law. In addition, there are some consequential changes proposed in existing legislation.

Proposal for a law against discrimination of the disabled in working life

The Committee proposes a labour law for the protection of both job applicants and employees.

A *disabled person* is a person who was born with or due to an injury or illness has a physical or mental limitation of his or her ability to function. It is not the degree of the limitation in functioning that is decisive but the existence of a disability. However, the disability must be a lasting one.

The prohibition against discrimination is basically built up around three rules. Two of them state the prohibition against discrimination and the third indicates the processes to which the prohibition applies.

The first of these rules states the prohibition against direct discrimination. Direct discrimination refers to a situation where a disabled person is treated less favourably in terms of how another person without the disability has been or would have been treated in a similar situation. Less favourable treatment occurs when the disabled person is subjected to a detriment; e.g. is denied a particular post or is given less favourable terms of employment than other employees. To determine if a similar situation exists a comparison must be made between the disabled person and one or more other persons without a similar disability. However, an actual person to compare with is not a requirement: a hypothetical comparison is sufficient. In a job application situation, the

comparison is expected, in the main, to involve qualifications in the form of education, experience and personal suitability for the work.

In comparison with other grounds of discrimination (sex, race, religion, sexual orientation etc.), a disability can significantly more often be assumed to have an effect on the individual's ability to carry out a particular job. The circumstances in the workplace can therefore in many cases come to mean that the disabled person does not have the same ability to carry out the work in question in the same way as most others. Even if the disabled person otherwise has comparable qualifications, there is not a *similar* situation in such cases. There is thus no issue of discrimination either.

Given the very special situation of the disabled, the proposal includes a rule through which the prohibition against discrimination also covers cases where the employer, through support and adaptation measures, *can create* a similar situation and it can reasonably be required of the employer that such measures are undertaken. The measures that can be needed are e.g. the acquisition of technical devices and special work tools or changes in the physical working environment. They can even involve changes, e.g., in the work organisation, work assignments or work schedules. A certain duty, *in the individual* case, is thus placed on the employer to adapt the workplace. In determining what is reasonable to require from an employer, various factors should be taken into account such as the cost of the measure, the expected effects, other types of inconvenience for the employer and the expected length of the employment.

The second discrimination rule states the prohibition against indirect discrimination. This means that an employer may not use a rule, criterion or procedure that seems neutral but that, when examined more closely, leads to a disadvantage for a significantly larger portion of the persons with a particular disability in comparison to persons without such disabilities. This constitutes discrimination unless the rule, criterion or procedure reflects an acceptable business need, and its usage is both suitable and necessary.

The decision processes to which the protection against discrimination apply are when an employer takes in job applicants for employment interviews, when an employer makes the decision to employ and when an employer takes other measures during the employment process. Furthermore, the protection applies when an employer makes a decision on promotion or chooses employees for training for promotion or uses a salary scale or other terms of employment, or takes management decisions, or gives notice, fires, lays off or otherwise undertakes other measures that have a serious effect on an employee. The existence of a decision to actually employ someone else is not a prerequisite to a finding

of discrimination. Even if there is only a sole applicant who does not get the job, he or she can make a claim of discrimination. Even if an employment process is cut off, and nobody at all is employed, discrimination in the recruitment process or decision to not employ can still be challenged.

For a finding of discrimination, it is not necessary that the employer had a discriminatory intent in the meaning of a wilful intent to cause an injury or detriment to the job applicant or employee. It can basically be said that neither a discriminatory intent, nor even negligence, on the behalf of the employer is required. Thus both conscious and unconscious fall within the scope of the law.

However, a connection is required between the disability and the detrimental treatment. To the extent that there was a discriminatory intent, the necessary connection exists. Even if an employer has treated someone detrimentally as a result, e.g., of giving in to the desires of others to avoid having to deal with disabled persons, the connection exists. The disability does not have to be the sole reason or even the primary reason for a particular treatment. It is sufficient if it was one of several factors that affected the employer's actions.

If the issue is one of direct discrimination, in order to find that a connection existed it is necessary that the employer knew or assumed that the person at issue was disabled. If the issue instead is one of indirect discrimination, which is focused on general behaviour such as the application of a specific criterion in regard to all job applicants, no knowledge or insight is needed by the employer in regard to whether or not those affected are disabled. It is sufficient that the effect of the criterion etc. on a general basis results in a disadvantage for one or more groups in relation to most others.

The Committee does not propose the introduction of a special evidentiary rule in the law but we recommend that the courts apply the rule of evidence proposed in the EC:s proposal for a directive on the burden of proof in sex discrimination cases. This means that a person who claims he or she has been discriminated against is to put forth sufficient factual circumstances so that there is reason to assume that discrimination has occurred. If the job applicant or employee is successful in fulfilling his or her burden of proof, then it will be up to the employer to explain his actions. If the employer cannot provide a satisfactory explanation for his actions, a finding of discrimination will be made.

The Committee proposes the adoption of a specific rule that imposes on an employer the duty to investigate the existence of reported harassment in the workplace on the basis of disability, as well as a duty to undertake the measures necessary to prevent continued harassment.

The term harassment refers to mobbing and other unwanted behaviour. The employer's duty to investigate the circumstances around the harassment is triggered when the employer obtains the knowledge that a disabled employee considers themselves to be or have been the subject of harassment due to a disability by one or several of the other employees in the workplace. After carrying out an investigation, which should probably include discussions with the various parties involved, the employer should develop his own conclusions about the existence and type of harassment at issue. If the investigation gives the employer reason to assume that the harassment occurs, he or she shall undertake those measures which can reasonably be required to prevent the continued occurrence of the harassment. The measures necessary will have to be determined on a case by case basis. It is assumed however that they can include everything from reprimands, warnings and transfers to the firing of the parties carrying out the harassment.

Furthermore, the Committee proposes the introduction of an express prohibition concerning retaliatory measures by employers against employees who utilise their right to report an employer for discrimination to the Disability Ombudsman or their union.

The most important sanction for a violation of the rules prohibiting discrimination is assumed to be the awarding of damages. A job applicant can only be awarded damages for the violation of his or her personal integrity that a discriminatory treatment can involve (general damages). An employer who discriminates against an employee can be required to pay damages for the violation of personal integrity he has caused as well as for the economic loss (economic damages) that may have been caused to the employee.

A contract that requires or allows for the type of discrimination that is prohibited according to this law is void. In addition, even certain discriminatory legal acts, such as a discriminatory termination of employment can be declared to be void by a court, if the employee requests it.

Changes in the Disability Ombudsman Act

The Committee proposes that the Disability Ombudsman be given the responsibility of overseeing the enforcement of the new law. The Ombudsman should therefore be given the power to require the presence of employers for the purpose of discussions with the Ombudsman, as well as the power to issue an order requesting information concerning the employer's relationship to his employees and job applicants. It should be possible to combine the duty to provide information with an order under

penalty of a fine. The Disability Ombudsman is also to be given the right to bring cases in the Labour Court in accordance with the new law on behalf of job applicants and employees.

Other proposals

It is proposed that the Board Against Ethnic Discrimination, which should have its name changed to the Discrimination Board, should be given the power to examine appeals concerning the Disability Ombudsman's issuance of orders under penalty of a fine.

We also propose, as a result of the new law against discrimination, changes in the Act concerning trials in labour-related disputes and in the Official Secrets Act.

Consultation

In carrying out its work the Committee has consulted with representatives of organisations for the disabled and the parties on the labour market as well as with the EDA Committee of Inquiry (SOU 1997:174) and the SEDA Committee of Inquiry (SOU 1997:175).

Författningsförslag

Förslag till lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder

Lagens ändamål

1 § Denna lag har till ändamål att motverka diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder.

Definitioner

2 § Med funktionshinder avses medfödda eller till följd av skada eller sjukdom förvärvade fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en individs funktionsförmåga.

3 § Med diskriminering på grund av funktionshinder avses i denna lag att någon missgynnas i strid med bestämmelserna i 4–6 §§ av orsak som har samband ett funktionshinder hos honom eller henne.

Med trakasserier på grund av funktionshinder avses trakasserier, såsom mobbning eller annat ovälkommet uppträdande, som grundas på en persons funktionshinder och som kränker hans eller hennes integritet på arbetsplatsen.

Förbud mot diskriminering

4 § En arbetsgivare får inte behandla en arbetssökande eller arbetstagare med funktionshinder mindre förmånligt än arbetsgivaren behandlar eller skulle ha behandlat personer utan sådant funktionshinder i en likartad situation (*direkt diskriminering*).

Förbudet gäller även i sådana situationer då arbetsgivaren genom att vidta stöd- och anpassningsåtgärder kan skapa en likartad situation och det skäligen kan krävas att arbetsgivaren vidtar sådana åtgärder.

Förbuden i första och andra stycket gäller inte om behandlingen är berättigad av hänsyn till ett sådant ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen inte bör vika för intresset av att diskriminering på grund av funktionshinder inte förekommer.

5 § En arbetsgivare får i förhållande till en arbetssökande eller arbetstagare inte tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som i praktiken missgynnar en väsentligt större andel personer med visst funktionshinder jämfört med personer utan sådant funktionshinder. Detta gäller inte såvida tillämpningen av bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet motsvarar ett objektivt godtagbart verksamhetsbehov samt tillämpningen är lämplig och nödvändig för att tillgodose behovet (*indirekt diskriminering*).

6 § Förbuden mot diskriminering i 4–5 §§ gäller när arbetsgivaren

1. tar ut sökande till anställningsintervju, beslutar i anställningsfrågan eller vidtar annan åtgärd under anställningsförfarandet,
2. beslutar om befordran eller tar ut arbetstagare till utbildning för befordran eller
3. tillämpar lön eller andra anställningsvillkor, leder och fördelar arbetet, säger upp, avskedar, permitterar eller vidtar andra ingripande åtgärder mot en arbetstagare.

Uppgift om meriter

7 § En arbetssökande, som inte har anställts, eller en arbetstagare, som inte har befordrats eller tagits ut till utbildning för befordran, har rätt att på begäran få en skriftlig uppgift av arbetsgivaren om arten och omfattningen av utbildning, yrkeserfarenhet och andra jämförbara meriter i fråga om den som i stället fick arbetet eller utbildningsplatsen.

Förbud mot repressalier

8 § En arbetsgivare får inte utsätta en arbetstagare för repressalier på grund av att arbetstagaren har anmält arbetsgivaren för diskriminering enligt denna lag.

Den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta om en arbetstagares arbetsförhållanden skall vid tillämpning av första stycket likställas med arbetsgivare.

Skyldighet att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier

9 § En arbetsgivare som får kännedom om att en arbetstagare anser sig ha blivit utsatt för trakasserier på grund av funktionshinder av en annan arbetstagare skall se till att frågan utreds och, i förekommande fall, vidta de åtgärder som skäligen kan krävas för att förhindra fortsatta trakasserier.

Påföljder

Ogiltighet

10 § Ett avtal är ogiltigt i den utsträckning det föreskriver eller medger sådan diskriminering som är förbjuden enligt denna lag.

11 § Diskrimineras en arbetstagare på något sätt som är förbjudet enligt denna lag genom en bestämmelse i ett avtal med arbetsgivaren skall bestämmelsen jämkas eller förklaras ogiltig, om arbetstagaren begär det. Har bestämmelsen sådan betydelse för avtalet att det inte skäligen kan krävas att detta i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet förklaras ogiltigt.

Diskrimineras en arbetstagare på något sätt som är förbjudet enligt denna lag genom att arbetsgivaren säger upp ett avtal eller vidtar annan sådan rättshandling, skall rättshandlingen förklaras ogiltig, om arbetstagaren begär det.

Vad nu sagts gäller inte om 10 § är tillämplig.

Skadestånd

12 § Om en arbetssökande diskrimineras genom att arbetsgivaren bryter mot förbudet i 4–6 §§ skall arbetsgivaren betala skadestånd till den arbetssökande för den kränkning som diskrimineringen innebär.

13 § Om en arbetstagare diskrimineras genom att arbetsgivaren bryter mot förbudet i 4–6 §§ skall arbetsgivaren betala skadestånd till arbetstagaren för den förlust som uppkommer och för den kränkning som diskrimineringen innebär.

14 § Om en arbetstagare utsätts för repressalier som avses i 8 § skall arbetsgivaren betala skadestånd till arbetstagaren för den förlust som uppkommer och för den kränkning som repressalierna innebär.

15 § Om en arbetsgivare inte fullgör sina skyldigheter enligt 9 § skall arbetsgivaren betala skadestånd till arbetstagaren för den kränkning som underlåtenheten innebär.

16 § Om det är skäligt, kan skadestånd enligt 12–15 §§ sättas ned eller helt falla bort.

Rättegången i diskrimineringstvister

Tillämpliga regler

17 § Mål enligt denna lag skall handläggas enligt lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister.

Därvid anses som arbetstagare också arbetssökande och som arbetsgivare också den som någon har sökt arbete hos.

Andra stycket gäller också vid tillämpningen i en tvist enligt denna lag av reglerna om tvisteförhandlingar i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

Rätt att föra talan

18 § I en tvist enligt 17 § får Handikappombudsmannen föra talan för en enskild arbetstagare eller arbetssökande, om den enskilde medger det och om ombudsmannen finner att en dom är betydelsefull för rättstillämpningen eller det annars finns särskilda skäl för det. Om ombudsmannen finner det lämpligt får ombudsmannen i samma rättegång föra också annan talan som ombud för den enskilde.

Ombudsmannens beslut i frågor enligt första stycket får inte överklagas.

Ombudsmannens talan enligt första stycket förs vid Arbetsdomstolen.

19 § När en arbetstagarorganisation har rätt att föra talan för den enskilde enligt 4 kap. 5 § lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister, får Handikappombudsmannen föra tala bara om organisationen inte gör det.

Vad som i den lagen föreskrivs om den enskildes ställning i rättegången skall tillämpas också när ombudsmannen för talan.

20 § Talan om skadestånd enligt 12 § med anledning av ett beslut om anställning som meddelats av en arbetsgivare med offentlig ställning får inte prövas innan beslutet om anställningen har vunnit laga kraft.

Preskription m.m.

21 § Om någon för talan med anledning av uppsägning eller avskedande skall 34 § andra och tredje stycket, 35 § andra och tredje stycket, 37 §,

38 § andra stycket andra meningen, 39–42 §§ samt 43 § första stycket andra meningen och andra stycket lagen (1982:80) om anställningsskydd tillämpas.

22 § I fråga om någon annan talan än som avses i 21 § skall 64–66 och 68 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet tillämpas med den skillnaden att den tidsfrist som anges i 66 § första stycket första meningen skall vara två månader.

23 § I fråga om en skadeståndstalan med anledning av ett beslut om anställning som har meddelats av en arbetsgivare med offentlig ställning, räknas tidsfristerna enligt 22 § från den dag då beslutet i fråga om anställningen vann laga kraft.

24 § Talan som förs av Handikappombudsmannen behandlas som om talan hade förts på egna vägnar av arbetstagaren eller den arbetssökande.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 1999

Förslag till lag om Handikappombudsmannen

Handikappombudsmannens uppgifter

1 § Handikappombudsmannen har till uppgift att bevaka frågor som angår funktionshindrade personers rättigheter och intressen. Målet för verksamheten skall vara full delaktighet i samhällslivet och jämlikhet i levnadsvillkor för personer med funktionshinder.

Handikappombudsmannens verksamhet skall i första hand avse uppföljning och utvärdering i frågor som anges i första stycket.

Handikappombudsmannen äger rätt att för en enskild arbets sökande eller arbetstagar e föra talan i tvister angående tillämpningen av lagen (1998:000) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder enligt vad som närmare anges i 18 § i den lagen.

2 § Handikappombudsmannen skall verka för att brister i lagar och andra författningar i fråga om personer med funktionshinder avhjälps.

3 § Handikappombudsmannen skall när det behövs ta initiativ till överläggningar med myndigheter, företag, organisationer och andra i syfte att motverka att personer missgynnas eller på annat sätt utsätts för orättvis eller kränkande behandling på grund av funktionshinder.

Handikappombudsmannen skall även genom informationsverksamhet och på annat liknande sätt verka för att ingen missgynnas eller på annat sätt utsätts för orättvis eller kränkande behandling på grund av funktionshinder.

Förfarandet hos Handikappombudsmannen

4 § *En arbetsgivare är skyldig att på Handikappombudsmannens uppmaning komma till sådana överläggningar och lämna sådana uppgifter som berör arbetsgivarens förhållande till arbets sökande och arbetstagar e och som behövs för ombudsmannens verksamhet på arbetslivets område. En arbetsgivare är vidare skyldig att lämna uppgifter, när ombudsmannen biträder en begäran av en enskild arbets sökande eller arbetstagar e enligt 7 § lagen (1998:000) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.*

5 § § *Om arbetsgivaren inte rättar sig efter en uppmaning att lämna ut uppgifter enligt 4 §, får Handikappombudsmannen vid vite förelägga arbetsgivaren att fullgöra sin skyldighet.*

Ombudsmannens beslut att förelägga vite får överklagas hos Nämnden mot etnisk diskriminering.

Talan om utdömande av vite förs vid tingsrätt av ombudsmannen.

6 § Myndigheter, landsting och kommuner som har skyldighet att fullgöra uppgifter som rör personer med funktionshinder, skall på Handikappombudsmannens uppmaning lämna uppgifter till ombudsmannen om sin verksamhet. De är också skyldiga att på ombudsmannens uppmaning komma till överläggningar med denne.

Vad som sägs i första stycket gäller också den som enligt 11 kap. 6 § tredje stycket regeringsformen anförtrotts förvaltningsuppgift som rör personer med funktionshinder eller som fått bidrag av staten, ett landsting eller en kommun med skyldighet att främja funktionshindrades intressen.

Råd

7 § Handikappombudsmannen biträds av ett särskilt råd. Ombudsmannen är rådets ordförande och leder dess verksamhet. Regeringen utser ombudsmannen och rådets ledamöter för en bestämd tid.

Denna lag träder i kraft den 1 januari 1999 då lagen (1997:749) om Handikappombudsmannen upphör att gälla.

Förslag till ändring i lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 kap.

3 §

Tvist som skall handläggas enligt denna lag får i stället genom avtal hänskjutas till avgörande av skiljemän. Detta gäller dock ej fall som avses i 31 § första eller tredje stycket lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet. Ej heller får i tvist rörande föreningsrätt eller könsdiskriminering eller om otillbörlig särbehandling av arbetssökande eller arbetstagare enligt lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering göras gällande avtal, som före tvistens uppkomst träffats om att tvisten skall avgöras av skiljemän utan förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen

Tvist som skall handläggas enligt denna lag får i stället genom avtal hänskjutas till avgörande av skiljemän. Detta gäller dock ej fall som avses i 31 § första eller tredje stycket lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet. Ej heller får i tvist *om* föreningsrätt eller könsdiskriminering eller om otillbörlig särbehandling av arbetssökande eller arbetstagare enligt lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering *eller diskriminering enligt lagen (1998:000) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder* göras gällande avtal, som före tvistens uppkomst träffats om att tvisten skall avgöras av skiljemän utan förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen

Denna lag träder i kraft den 1 januari 1998.

Förslag till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100)

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

9 kap

20 §

Sekretess gäller hos domstol i mål om tillämpningen av lagen (1982:80) om anställningsskydd, lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, 31–33 §§ lagen (1994:260) om offentlig anställning, 4–11 §§ lagen (1994:261) om fullmaktsanställning, 15–20 och 22–28 §§ jämställdhetslagen (1991:433) och 8, 9 och 11–15 §§ lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering samt i mål om kollektivavtal för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde eller någon honom närstående lider avsevärd skada eller betydande men om uppgiften röjs.

Sekretess gäller hos domstol i mål om tillämpningen av lagen (1982:80) om anställningsskydd, lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, 31–33 §§ lagen (1994:260) om offentlig anställning, 4–11 §§ lagen (1994:261) om fullmaktsanställning, 15–20 och 22–28 §§ jämställdhetslagen (1991:433) och 8, 9 och 11–15 §§ lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering *och i mål om tillämpningen av lagen (1998:000) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder* samt i mål om kollektivavtal för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde eller någon honom närstående lider avsevärd skada eller betydande men om uppgiften röjs.

21 §

Sekretess gäller i ärende hos Jämställdhetsombudsmannen eller Jämställdhetsnämnden enligt jämställdhetslagen (1991:433) för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

Sekretess gäller hos ombudsmannen och Nämnden mot etnisk diskriminering i ärende enligt lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

Sekretess gäller i *verksamhet* enligt lagen (1994:749) om Handikappombudsmannen för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde eller någon honom närstående lider skada eller men om uppgiften röjs.

Sekretess gäller i *ärenden* enligt lagen (1994:749) om Handikappombudsmannen för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde eller någon honom närstående lider skada eller men om uppgiften röjs.

Sekretess gäller hos Konsumentombudsmannen i ärende enligt lagen (1997:379) om försöksverksamhet avseende medverkan av Konsumentombudsmannen i vissa tvister för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

I fråga om uppgift i allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

Lagen träder i kraft den 1 januari 1999.

1 Uppdraget

Enligt direktiven (Dir. 1997:8) skall utredningen

- * Utreda och föreslå hur en lagstiftning med förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder bör vara utformad.
- * Kartlägga och redovisa andra länders lagstiftning mot diskriminering av personer med funktionshinder.
- * Överväga hur lagens förbudsregler skall förhålla sig till motsvarande bestämmelser i jämställdhetslagen, lagen mot etnisk diskriminering och en eventuell lagstiftning mot diskriminering i arbetslivet på grund av homosexualitet eller sexuell läggning.
- * Utreda och lämna förslag på vilka förfaranderegler som skall vara tillämpliga hos Handikappombudsmannen.
- * Analysera och ta ställning till om reglerna om anställningsfrämjande åtgärder i främjandelagen helt kan utgå ur lagen eller om de behövs till viss del i omarbetat skick och lämna förslag på förändringar.

Utredningen skall även beakta det förslag som 1989 års handikapputredning (Handikapputredningen) i juni 1992 lämnade i sitt slutbetänkande Ett samhälle för alla (SOU 1992:52) och det förslag som en arbetsgrupp inom Arbetsmarknadsdepartementet i september 1997 lämnade i en promemoria med förslag till lag mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder (Ds 1996:56) samt vad remissinstanserna anförde. Särskild uppmärksamhet skall ägnas åt följande frågor.

- Vilka skall omfattas av skyddet mot diskriminering,
 - vad innebär begreppet indirekt diskriminering,
 - är det möjligt och lämpligt att även indirekt diskriminering omfattas av lagen och
 - vilka konsekvenser innebär ett sådant förbud för arbetsmarknaden.
-
- Utredaren skall undersöka om det behövs en uttrycklig bevisbörderegul och i så fall lämna förslag på en sådan regel.
 - Utredaren skall analysera och lämna förslag på hur skadeståndspåföljden skall vara konstruerad om flera diskrimineringsgrunder är aktuella i samma ärende.

– Utredaren skall i nära samråd med utredningen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning och utredningen om översyn av lagen mot etnisk diskriminering överväga hur lagstiftningen bör vara utformad.

Därutöver har utredningen fått i uppdrag att utreda om det finns behov av en nämnd mot diskriminering av personer med funktionshinder motsvarande Jämställdhetsnämnden eller nämnden mot etnisk diskriminering eller om eventuella uppgifter för en sådan nämnd kan utföras av redan befintliga myndigheter eller domstolar.

2 Internationella åtaganden

2.1 Europarådets sociala stadga

På initiativ av Europarådets ministerkommitté påbörjades år 1954 utarbetandet av en europeisk social stadga som komplement till Europakonventionen om mänskliga rättigheter. Stadgan öppnades för undertecknade år 1961 och ratificerades av Sverige året därpå. Vissa förpliktelser undantogs dock från ratifikation. Stadgan trädde i kraft 1965.

I en första del innehåller stadgan en rad principer som konventionsstaterna skall sträva efter att förverkliga. Det anges bl.a. att var och en skall ha möjlighet att förtjäna sitt uppehälle i ett fritt valt arbete, att alla arbetstagare äger rätt till skäliga arbetsvillkor samt till trygga och sunda arbetsförhållanden. I en andra del (artiklarna 1-19) anges konventionsstaternas förpliktelser med avseende på olika rättigheter. Till de artiklar Sverige har förbundit sig hör stadgans artikel 15. I denna anges att för att trygga fysiskt eller psykiskt handikappade personers rätt till yrkesutbildning, rehabilitering och social återanpassning förbinder sig de fördragsslutande parterna att vidta erforderliga åtgärder dels för att bereda de handikappade möjlighet till yrkesutbildning, dels för att placera handikappade i arbetslivet. Sverige rapporterar regelbundet om tillämpningen av konventionen. Europarådets granskningsorgan avseende sociala stadgan har inte riktat någon anmärkning mot Sverige beträffande tillämpningen av artikel 15.

Den sociala stadgan har omarbetats och fr.o.m. 1996 föreligger den reviderade sociala stadgan. Den har undertecknats av Sverige den 3 maj 1996, den dag den öppnades för undertecknande. I den reviderade versionen har artikel 15 omarbetats och ändrats på så sätt att den inte längre endast behandlar yrkesmässig rehabilitering utan även funktionshindrades rätt till oberoende, social integrering och deltagande i samhällslivet i allmänhet. Arbetsmarknadsdepartementet har med anledning av den reviderade versionen utarbetat promemorian Europarådets sociala stadga (Ds 1997:65).

2.2 FN:s standardregler

Sverige har under många år haft en aktiv roll i det internationella samarbetet för funktionshindrade. Under år 1989 initierade regeringen ett arbete inom Förenta Nationerna (FN) i syfte att få till stånd internationella regler om funktionshindrades rätt till full delaktighet och jämlikhet. Detta ledde fram till ett beslut inom FN om att utarbeta standardregler om grundläggande rättigheter för personer med funktionshinder. I december 1993 antog FN:s generalförsamling ett sådant förslag. I reglerna, som är avsedda att vara normbildande och utgöra grund för moraliska och politiska beslut i medlemsstaterna, anges tydliga principiella ståndpunkter när det gäller rättigheter, möjligheter och ansvar. Reglerna anvisar även konkreta förslag till hur en stat kan undanröja hinder för personer med funktionsnedsättningar och för hur ett tillgängligt samhälle kan skapas.

Det finns en klar överensstämmelse mellan innehållet i reglerna och målet för den svenska handikappolitiken, se avsnitt 8.1. För Sveriges del är det därför naturligt att ha FN:s standardregler som utgångspunkt i det pågående handikappolitiska arbetet. I Sverige åligger det Handikappombudsmannen att övervaka tillämpningen av dessa standardregler.

Inom området arbete anger standardreglerna att lagar och regler inte får diskriminera personer med funktionsnedsättningar. Inte heller skall lagar och regler tillåtas hindra anställningar av personer med funktionsnedsättningar. Staterna bör ha handlingsprogram, i vilka det bör ingå att vidta åtgärder så att arbetsplatserna utformas och anpassas så att de blir tillgängliga för personer med olika slag av funktionsnedsättningar, att ge stöd till att ny teknik utnyttjas och till att hjälpmedel, verktyg och utrustning utvecklas och tillverkas. Dessutom åligger det staterna att se till att sådana hjälpmedel och utrustningar görs tillgängliga för människor med funktionsnedsättningar så att de kan erhålla eller behålla ett arbete.

Inom den offentliga sektorn bör staterna som arbetsgivare skapa gynnsamma förutsättningar för anställning av personer med funktionsnedsättningar. Vidare bör staterna samarbeta med arbetsmarknadens parter för att trygga en rättvis rekryterings- och befordringspolitik samt rättvisa anställningsvillkor och lönestrukturer. Staterna bör dessutom verka för att en bättre arbetsmiljö skapas. Därigenom förhindras att skador och sjukdomar med funktionsnedsättningar som eventuell följd uppkommer. En sådan arbetsmiljö möjliggör dessutom att arbetstagare som fått arbetsskador lättare kan rehabiliteras.

2.3 ILO-konventioner

Sverige ratificerade år 1984 ILO:s konvention nr 159 om yrkesinriktad rehabilitering och arbete (personer med handikapp). I konventionens första del finns olika definitioner och där anges dess tillämpningsområde. Uttrycket ”person med handikapp” definieras som en person vars utsikter att erhålla, behålla och bli befordrad i lämpligt arbete är väsentligt begränsade till följd av en i vederbörlig ordning konstaterad fysisk eller psykisk skada. Varje medlemsstat skall sätta som mål att göra det möjligt för en person med handikapp att erhålla, behålla och bli befordrad i lämpligt arbete. Konventionens andra del ställer upp en rad principer för yrkesinriktad rehabilitering och sysselsättningspolitik avseende personer med handikapp. Konventionens tredje del föreskriver åtgärder på det nationella planet för att utveckla yrkesinriktad rehabilitering och förmedlingservice för personer med handikapp. Bland annat skall åtgärder vidtas för att främja inrättande och utveckling av yrkesinriktad rehabilitering och arbetsförmedlingservice för personer med handikapp på landsbygden och i glesbygder.

Samtidigt med konventionen antog ILO rekommendationen nr 168 som innehåller detaljerade anvisningar om hur personer med funktionshinder genom åtgärder på olika områden skall kunna integreras i arbetslivet och samhället i övrigt.

Bland ILO:s grundläggande instrument om mänskliga rättigheter räknas konventionen nr 111 om diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning samt den tillhörande rekommendationen nr 111. Konventionen ratificerades av Sverige år 1962. Härigenom har Sverige förbundit sig att utforma och tillämpa en nationell politik, avsedd att genom metoder, anpassade efter landets förhållanden och praxis, främja likställdhet med avseende på möjligheter och behandling i fråga om anställning och yrkesutövning i syfte att avskaffa varje diskriminering i nämnda hänseende. I konventionen (art. 1.1.a) definieras *diskriminering* som varje åtskillnad, uteslutning eller företräde på grund av ras, hudfärg, kön, religion, politisk uppfattning, nationell härstamning eller socialt ursprung, som har till följd att likställdhet med avseende å möjligheter eller behandling i fråga om anställning eller yrkesutövning omintetgörs eller beskäres.

Konventionen omfattar alltså inte diskriminering av funktionshindrade. En översiktlig rapport om tillämpningen av konventionen nr 111 och rekommendationen nr 111, utarbetad av ILO:s oberoende expertkommitté, förelades Internationella arbetskonferensen under år 1996, konferensdokument Report III (Part 4B) Equality in employment and occupation. I rapporten fann expertkommittén att en utveckling skett i många medlemsländer på så sätt att även andra än de

diskrimineringsgrunder som anges i konventionen inkluderats i den nationella lagstiftningen. Expertkommittén väckte mot den bakgrunden frågan om tiden nu inte var mogen för att i ett tilläggsprotokoll till konventionen nr 111 inkludera andra diskrimineringsgrunder än de sju som räknas upp i artikel 1.1.a.

3 Europeiska Unionen

EG-rätten saknar uttryckliga bestämmelser om förbud mot diskriminering av funktionshindrade.

Ministerrådet utfärdade dock i juli 1986 en rekommendation ”Council Recommendation 86/379/EEC of 24th July 1986 on the Employment of Disabled people in the Community”. I denna rekommenderas medlemsstaterna att vidta åtgärder för att främja jämlika möjligheter för personer med funktionshinder till arbete, yrkesutbildning och rehabilitering. I en bilaga till rekommendationen anges riktlinjer för mer konkreta åtgärder för att främja funktionshindrade personers möjligheter till arbete och yrkesutbildning.

I december 1996 utfärdade Europeiska unionens (EU) råd och företrädarna för medlemsstaternas regeringar resolution (97/C 12/01) om lika möjligheter för människor med funktionshinder (EGT nr C, 13.1.1997). I denna uppmanar rådet medlemsstaterna bl.a. att överväga att relevant nationell politik beaktar att undanröja hinder så att det blir möjligt för människor med funktionshinder att till fullo delta i samhällslivet och att fostra den allmänna opinionen så att den blir mottaglig för den förmåga som människor med funktionshinder besitter och för strategier som grundar sig på lika möjligheter. Resolutionen uppmanar vidare kommissionen att när så är lämpligt och i enlighet med fördragets bestämmelser ta hänsyn till de principer som anges i resolutionen vid alla relevanta förslag till lagstiftning, program eller initiativ på gemenskapsnivå som den lägger fram.

Den 29 mars 1996 inleddes inom EU en regeringskonferens med syfte att se över EU:s grundfördrag. Konferensen avslutades den 17 juni 1997 i Amsterdam då stats- och regeringscheferna kom överens om ett nytt fördrag. Det nya fördraget undertecknades av stats- och regeringscheferna i Amsterdam i oktober 1997. Därefter skall det godkännas av varje medlemsstats nationella parlament. I Sverige krävs riksdagens godkännande.

Det nya fördraget antas komma att ersätta det nu gällande fördraget, som slutförhandlades i Maastricht 1991 och som varit i kraft sedan den 1 november 1993.

Ett av huvudavsnitten i fördragstexten handlar om Frihet, säkerhet och rättvisa. Här berörs grundläggande rättigheter och icke-

diskriminering (Fundamental rights and non-discrimination). Bl.a. fastslås tydligare än hittills att EU bygger på de grundläggande principerna om frihet, demokrati, mänskliga rättigheter och rättsstatlighet. Vidare tillfogas en ny artikel, artikel 6 a, som ger EU möjlighet att vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, etniskt eller socialt ursprung, religion, *funktionshinder*, (kursivt här) ålder eller sexuell läggning.

Den faktiska verkan i dag av den nya artikeln förefaller begränsad. Artikeln är högst allmänt hållen men torde kunna uppfattas som ett principiellt avståndstagande från diskriminering på grund av funktionshinder. Den kan inte sägas innehålla något faktiskt åtagande att agera för Sverige eller något annat land. Den har vidare inte s.k. direkt effekt och kan alltså inte åberopas av en medborgare mot en medlemsstat. Artikeln är vidare försedd med vissa förbehåll om bl.a. Europaparlamentets medverkan och som nämnts träder den i kraft först när alla medlemsstaternas parlament godkänt den. Artikeln ger dock kommissionen möjlighet att ta olika initiativ i framtiden för att motverka diskriminering bl.a. på grund av funktionshinder.

4 Gällande rätt

De grundläggande bestämmelserna om skydd mot diskriminering finns i regeringsformen (RF). I 1 kap. 2 § RF slås fast att den offentliga makten skall utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet, liksom att etniska, språkliga och religiösa minoriteters möjligheter att behålla och utveckla ett eget kultur- och samfundsliv bör främjas. Detta är ett s.k. programstadgande som inte kan göras gällande mot det allmänna i domstol, men det har betydelse som ett allmänt ställningstagande mot diskriminering och det kan åberopas av JO i ärenden som gäller diskriminering från offentliga organs eller funktionärens sida. I 2 kap. 15 § RF sägs att lag eller annan föreskrift inte får innebära att någon medborgare missgynnas därför att han med hänsyn till ras, hudfärg eller etniskt ursprung tillhör en minoritet. Detta stadgande innebär ett förbud mot diskriminerande lagstiftning (normgivning). Förbudet riktar sig till normgivaren – främst riksdagen – och kan inte åberopas i domstol av en enskild individ som för talan mot en arbetsgivare.

RF anger vidare ett krav på allas likhet inför lagen samt att saklighet och opartiskhet skall iaktas inom den offentliga förvaltningen (1 kap. 9 § RF). I den mån den offentlige arbetsgivarens handlande utgör myndighetsutövning – t.ex. ett anställningsbeslut – innebär regeln ett förbud mot diskriminering som får antas omfatta förbud även mot diskriminering på grund av funktionshinder. En arbetstagare kan dock inte med stöd av regeln rikta anspråk direkt mot den offentlige arbetsgivaren.

De regler som nu nämnts har inriktning på diskriminering i allmänhet. När det särskilt gäller arbetslivet finns det inte några bestämmelser som generellt – heltäckande – förbjuder all diskriminering. I stället kan ur olika lagar, som var och en behandlar *en* aspekt av arbetslivet och primärt har andra tillämpningsområden, utläsas ett visst skydd för godtyckligt eller orättvist handlande från en arbetsgivare. Jämställdhetslagen (1991:433) förbjuder (otillåten) könsdiskriminering och lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering, vars bestämmelser huvudsakligen gäller i arbetslivet, förbjuder etnisk diskriminering. Med könsdiskriminering avses att någon missgynnas under sådana omständigheter att missgynnandet har ett direkt eller indirekt samband

med den missgynnades könstillhörighet. Med etnisk diskriminering avses att en person eller grupp av personer missgynnas i förhållande till andra eller på annat sätt utsätts för orättvis eller kränkande behandling på grund av ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse.

Vissa generella regler, t.ex. reglerna i regeringsformen och bestämmelsen om saklig grund för uppsägning i lagen (1982:80) om anställningsskydd (anställningsskyddslagen), har vidare betydelse även i diskrimineringssammanhang.

Det finns inte några bestämmelser som uttryckligen förbjuder diskriminering på grund av funktionshinder i arbetslivet.

En utgångspunkt för de arbetsrättsliga lagarna, som ofta har karaktär av skyddslagstiftning, är att de gäller för alla utan hänsyn till särskiljande drag eller egenskaper som etniskt ursprung eller funktionshinder. Stora delar av lagstiftningen är vidare tvingande till arbetstagarnas förmån, dvs. kan inte lagligen avtalas bort. Vissa lagregler kan dock frångås genom överenskommelser (kollektivavtal) mellan arbetsgivare och fackliga organisationer. Ett avtal som ingås av en arbetsgivare och en enskild arbetstagare och innehåller avvikelser som i jämförelse med en tvingande lag är till arbetstagarens nackdel är dock i princip ogiltigt. Den enskilde arbetstagare som förmås ingå ett sådant oförmånligt avtal är alltså i princip inte bunden av överenskommelsen.

Förhållandena inom den offentliga sektorn av arbetsmarknaden skiljer sig något från dem inom den privata. Visserligen gäller t.ex. anställningsskyddslagen, lagen (1975:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL), och stora delar av den arbetsrättsliga lagstiftningen i övrigt hela arbetsmarknaden men på den offentliga sidan finns alltså viss särreglering. Numera är dock skillnaderna mellan de båda sektorerna inte särskilt stora och generellt är tendensen att de två sektorerna allt mer regleras med likalydande regler. En viktig skillnad finns dock alltså i reglerna om anställningars ingående. Dessa behandlas närmast nedan.

4.1 Anställning

På den *privata arbetsmarknaden* är sedan gammalt utgångspunkten att en arbetsgivare kan anställa den arbetsökande han finner lämplig. Här råder en i princip fri anställningsrätt; arbetsgivaren bestämmer när, om och vem han skall anställa. Ytterst av den privata äganderätten följer att arbetsgivaren har frihet att bestämma om t.ex. hur arbetsorganisationen skall se ut, vilka yrkeskvalifikationer arbetstagarna skall uppfylla och vilka andra egenskaper de skall ha. Jämställdhetslagen, lagen mot etnisk

diskriminering och lagen (1974:13) om anställningsfrämjande åtgärder, den s.k. främjandelagen, anger några begränsningar i denna huvudregel. Något krav på att anställningsbeslut skall fattas på sakliga grunder, eller att den privata arbetsgivaren överhuvudtaget skall kunna motivera sina anställningsbeslut, finns dock inte. En privat arbetsgivare kan därför välja att systematiskt och med öppna hänvisningar till de sökandes funktionshinder, som inte alls behöver vara föranledda av något godtagbart skäl, neka att anställa t.ex. hörselskadade eller rullstolsburna arbetssökande. Det finns inte någon rättslig möjlighet att ingripa mot sådan särbehandling på grund av en arbetssökandes funktionshinder.

Den *statlige arbetsgivaren* är, förutom jämställdhetslagen, lagen mot etnisk diskriminering och främjandelagen bunden av bestämmelsen i 11 kap. 9 § andra stycket RF och 4 § lagen (1994:260) om offentlig anställning (LOA). LOA anger att vid tillsättning av statlig tjänst skall avseende fästas endast vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet. Med förtjänst avses erfarenhet och vana genom tidigare tjänstgöring och med skicklighet förstås lämplighet för anställningen med hänsyn till utbildning, yrkeskunskande och erfarenhet. Som sakliga grunder räknas vidare bl.a. företrädesrätt till återanställning efter uppsägning samt tillämpning av reglerna i främjandelagen. Regeln ger också utrymme för att beakta allmänna arbetsmarknads-, jämställdhets-, sysselsättnings-, och socialpolitiska mål. Det anses att en arbetssökande av underrepresenterat kön med hänvisning till grundlagen kan beredas anställning inte bara när den sökande är jämbördig i fråga om förtjänst och skicklighet, utan också när sökanden är i det närmaste jämbördig.

Anställningsförfarandet och de bedömningsgrunder som används vid anställning hos staten anges i LOA och anställningsförordningen (1994:373). Anställningsbeslut utgör som nämnts myndighetsutövning. Den som anser sig felaktigt förbigången kan överklaga anställningsbeslutet, ytterst till regeringen.

För den *kommunale arbetsgivaren* gäller regeln i 1 kap. 9 § RF om att förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen skall i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet. Regeln kan ses som ett diskrimineringsförbud. I detta torde ligga att kommunerna skall avgöra anställningsfrågor enligt sakliga grunder såsom förtjänst och skicklighet. Det finns därutöver inga generella bestämmelser om anställning; LOA och anställningsförordningen gäller inte i dessa delar på den kommunala sidan. Den kommunale arbetsgivaren har däremot att rätta sig efter LAS, främjandelagen, jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering. Kommunernas beslut i lämplighetsfrågor, bl.a. när det gäller anställning av personal, kan inte överprövas vilket tidigare var möjligt i en del

kommuner. Tillsättningsbeslut kan numera endast överklagas genom laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Sammanfattningsvis saknas alltså regler som förbjuder diskriminering på grund av funktionshinder vid anställning på den privata arbetsmarknaden, medan statliga och kommunala arbetsgivare har att iaktta saklighet vid anställning och synes därmed inte lagligen otillbörligt kunna beakta funktionshinder vid anställningsbeslut.

4.2 Anställningsvillkor

De arbetsrättsliga lagarna är, som vi anført ovan, i allmänhet tvingande. Det innebär att de inte kan avtalas bort, i vart fall inte av den enskilde arbetstagaren. Dessa lagar gäller i allmänhet alla arbetstagare. Rätten till t.ex. semester och säker arbetsmiljö är frågor som är särskilt reglerade i sådan lagstiftning. Dessa rättigheter kan inte med giltig verkan inskränkas för en enskild arbetstagare ens om denne själv skulle förmås att ingå ett sådant avtal. Andra lagregler kan frångås genom en överenskommelse mellan en arbetsgivare eller dennes arbetsgivarorganisation och en facklig organisation. I den fackliga organisationens medverkan har ansetts ligga en garanti för att en sådan överenskommelse inte får en diskriminerande eller otillbörlig utformning.

Det vid sidan av lagarna mest verksamma skyddet mot att en enskild arbetstagare får finna sig i sämre villkor än andra arbetstagare, torde ligga i kollektivavtalens bindande och normerande verkan.

Ett kollektivavtal som träffats av en arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation binder även de enskilda medlemmarna i organisationen. Arbetsgivare och arbetstagare som är bundna av kollektivavtal kan inte med bindande verkan träffa överenskommelser som strider mot avtalet (26–27 §§ MBL). Ett avtal t.ex. om lön som avviker från kollektivavtalet är alltså ogiltigt, till och med om det ”privata” avtalet ger den organiserade arbetstagaren bättre förmåner än kollektivavtalet.

Kollektivavtal som binder en arbetsgivare i förhållande till en facklig organisation och dess medlemmar är inte bindande för en oorganiserad arbetstagare. Om den oorganiserade arbetstagaren ingår avtal med arbetsgivaren är detta avtal bindande för båda parter, oavsett om det står i strid med vad som gäller enligt kollektivavtalet. Kollektivavtal innehåller emellertid ofta en uttrycklig eller underförstådd förpliktelse för arbetsgivaren – i förhållande till den fackliga organisationen – att inte tillämpa andra anställningsvillkor för arbetstagare som inte är medlemmar i organisationen. En arbetsgivare som tillämpar anställningsvillkor för oorganiserade arbetstagare som står strid med

kollektivavtalet gör sig därför skyldig till kollektivavtalsbrott mot den fackliga organisationen och kan därmed ådra sig skyldighet att betala skadestånd. Kollektivavtalet blir därför normerande även för avtal mellan arbetsgivaren och arbetstagare som inte är anslutna till den organisation med vilken arbetsgivarens slutit kollektivavtal.

En arbetsgivare som inte är bunden av kollektivavtal kan i princip fritt träffa vilka avtal som helst. Vanligen överensstämmer dock anställningsvillkoren även hos sådana arbetsgivare med villkoren i det inom branschen dominerande kollektivavtalet. Villkor i ett anställningsavtal som anses oskäligen kan också jämkas eller lämnas utan avseende med stöd av 36 § avtalslagen (1915:218). I Arbetsdomstolens (AD) praxis finns avgöranden där domstolen med stöd av 36 § avtalslagen lämnat lönevillkor utan avseende och i stället bestämt en skälig lön (t.ex. AD 1982 nr 142).

Jämställdhetslagen innehåller förbud mot lönediskriminering mellan kvinnor och män och könsdiskriminering i övrigt vad gäller anställningsvillkor. Lagen mot etnisk diskriminering stadgar förbud mot otillbörlig särbehandling på etnisk grund såvitt avser oförmånliga anställnings- och arbetsvillkor.

4.3 Arbetsledningsbeslut

Arbetsgivaren leder och fördelar arbetet, i princip. I den rätten ingår t.ex. att besluta om hur arbetet skall organiseras, om ordningsföreskrifter och kontroll på arbetsplatsen, vidare att vidta omplaceringar och omflyttningar och att utvälja personal till utbildning och befordran m.m. Arbetsgivarens beslut i sådana frågor anses vanligen inte kunna angripas på rättslig väg.

Arbetsgivarens befogenheter är dock begränsade i några avseenden. Jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering förbjuder inom sina tillämpningsområden diskriminerande ledningsbeslut. MBL innehåller regler om föreningsrätt; rätten att tillhöra och verka för en facklig organisation får inte inskränkas genom arbetsledningsbeslut.

AD har i sin rättstillämpning utvecklat en grundsats av innebörd att en arbetsgivares arbetsledningsbeslut inte får strida mot god sed på arbetsmarknaden. Arbetsgivaren tillåts i enlighet därmed inte utnyttja sin rätt godtyckligt eller i övrigt på ett sätt som strider mot god sed på arbetsmarknaden och måste anses otillbörligt. Denna begränsning anses ingå som en underförstådd, s.k. dold klausul i kollektivavtalen och åtgärder i strid med principen utgör kollektivavtalsbrott som kan föranleda skadeståndsskyldighet.

En speciell typ av arbetsledningsbeslut är omplaceringar med särskilt långtgående verkningar för en enskild arbetstagare vad gäller arbetsuppgifter, anställningsförmåner och anställningsförhållanden i övrigt. En sådan varaktig omplacering, som vidtagits av skäl som hänför sig till arbetstagaren personligen och vars verkningar kan jämföras med en uppsägning, kan prövas rättsligt. Arbetsgivaren måste i ett sådant fall för att undgå skadeståndsskyldighet visa att han haft godtagbara skäl för omplaceringen. Domstolens prövning liknar den sakliga grundprövning som görs vid uppsägningar, men är inte densamma. Det anses att vad som krävs för att godtagbara skäl skall föreligga, är något mindre än vad som krävs för saklig grund vid uppsägning.

Den nu nämnda principen har växt fram i AD:s praxis. Det bör understrykas att den är uttryck för ett undantag från den i övrigt omfattande rätten för arbetsgivaren att leda och fördela arbetet.

Ett beslut om permittering innebär att en arbetstagare, trots att anställningen består, inte längre bereds arbete och att han befrias från skyldigheten att vistas på arbetsplatsen. AD har slagit fast att ett beslut om permittering måste vara sakligt grundat, dvs. grundat på arbetsbrist.

De nu nämnda reglerna och principerna torde i tillämpliga delar gälla även om en arbetsgivare motiverar ett arbetsledningsbeslut med en anställds funktionshinder.

4.4 Anställningstrygghet

Anställningsskyddslagen föreskriver i 7 § att en uppsägning från arbetsgivarens sida skall vara sakligt grundad och i 18 § att avskedande får ske om arbetstagaren grovt har åsidosatt sina åligganden mot arbetsgivarna. Funktionshinder har inte ansetts utgöra saklig grund för uppsägning annat än i de fall arbetstagaren inte kunnat utföra arbete av någon betydelse, se AD 1978 nr 139 och AD 1979 nr 67.

I domen AD 1982 nr 99 uttalade domstolen att det bör åvila arbetsgivaren att ta tillvara de möjligheter som finns att underlätta fortsatt verksamhet för en anställd som av medicinska skäl inte kan utföra sitt tidigare arbete. AD menade att ett sådant åliggande innefattar i förekommande fall att inom rimliga gränser anskaffa tekniska hjälpmedel. Vid bedömningen av hur långt åliggandet sträcker sig uttalade domstolen att tekniska och ekonomiska faktorer spelar in vid sidan av bedömningen i vilken utsträckning en arbetstagare kan bli mera varaktigt hjälpt av en teknisk anordning. Eftersom bestämmelserna i anställningsskyddslagen är tvingande ger de skydd mot diskriminerande uppsägningar och avskedanden.

I AD 1993 nr 43 och AD 1997 nr 52 tar domstolen upp frågan om betydelsen av arbetsgivarens skyldighet att före en uppsägning överväga alla möjligheter att flytta arbetstagaren till någon annan uppgift inom företaget, dvs. att omplacera arbetstagaren. I domarna hänvisade domstolen till förarbetena till 1991 års ändringar i lagen om allmän försäkring (prop. 1990/91:141 s. 43) där det markerats att det är väsentligt för den enskildes trygghet i anställningen att arbetsgivaren gör allt som är möjligt att göra för att anställning skall kunna bestå. Arbetsdomstolen betonade att i detta ligger att arbetsgivaren måste överväga om det är möjligt genom en ändrad arbetsorganisation eller omplacering att på annat sätt bereda arbetstagaren arbetsuppgifter så att denne kan stanna kvar. Det kan också vara fråga om att anskaffa tekniska hjälpmedel för att på så sätt underlätta för arbetstagaren att behålla anställningen.

Anställningsskyddslagen innehåller även bestämmelser om turordning vid uppsägning och rätt till återanställning för arbetstagare som sagts upp p.g.a. arbetsbrist. Bestämmelserna är dispositiva och kan därför sättas åt sidan genom kollektivavtal. Diskriminerande avtal har dock inte ansetts tillåtna, se AD 1983 nr 107.

I 22 § anställningsskyddslagen anges i vilken turordning uppsägningar skall ske vid arbetsbrist. I 23 § har angivits ett undantag från den regeln av innebörd att arbetstagare som har nedsatt arbetsförmåga och som på grund därav beretts särskild sysselsättning hos arbetsgivaren skall, om det kan ske utan allvarliga olägenheter, få företräde till fortsatt arbete oberoende av turordningen. Syftet är att de personer har sådan särskild sysselsättning skall undantas från den konkurrens som avgörs genom turordningsreglerna. Med nedsatt arbetsförmåga avses, liksom i lag (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder (främjandelagen), att arbetstagaren på grund av den nedsatta arbetsförmågan har svårt att få eller behålla en anställning.

Om en uppsägning skett utan att saklig grund förelegat skall domstol på begäran av den uppsagde eller dennes fackliga organisation förklara uppsägningen ogiltig. Anställningen fortsätter därefter som förut. Detsamma gäller inte om uppsägningen endast angrips med att den strider mot turordningsreglerna. I sådana fall är sanktionen vanligen enbart skadestånd. Om arbetsgivaren vägrar att följa ett domstolsutslag som förklarar en uppsägning ogiltig skall anställningsförhållandet anses som upplöst. Arbetsgivaren skall då betala skadestånd till arbetstagaren.

Anställningsskyddslagen gäller för arbetstagare i såväl allmän (offentlig) som enskild tjänst, såvida inte avvikande regler lämnats i någon annan lag. Från lagens tillämpningsområde är dock fyra kategorier av arbetstagare undantagna (1 §). Från lagens tillämpning

undantas de som med hänsyn till arbetsuppgifter och anställningsvillkor får anses ha företagsledande eller därmed jämförlig ställning, de som tillhör arbetsgivarens familj, de som är anställda för arbete i arbetsgivarens hushåll och de som har anvisats beredskapsarbete eller skyddat arbete. Dessa arbetstagare torde dock ha visst skydd mot diskriminerande uppsägningar eller avskedanden genom den allmänna rättsgrundsatsen att en arbetsgivares handlande mot en arbetstagare inte får strida mot lag eller god sed på arbetsmarknaden.

4.5 Trakasserier

Trakasserier av arbetstagare kan ta sig många olika uttryck. Det kan vara fråga om åtgärder från arbetsgivare, arbetsledning eller från andra arbetstagare. Handlandet kan från arbetsgivarens sida bestå i t.ex. att utlovade förmåner uteblir, försämrade arbetsförhållanden eller arbetsvillkor, orimliga prestationskrav och dåliga vitsord m.m. Från arbetstagares sida kan det vara fråga om mobbning i form av skämt, hån, förlöjliganden utfrysning ur gemenskapen m.m.

Frågan har beröringspunkter dels med regler i brottsbalken (BrB), dels med arbetsmiljöregler. Även jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering kan ha betydelse.

När det gäller BrB avser beröringspunkten i första hand brottet *ofredande* (4 kap. 7 § BrB). Den som handgripligen antastar eller genom olika typer av hänsynslöst beteende ofredar någon kan dömas för ofredande. Lagtexten nämner som exempel på sådant hänsynslöst beteende skottlossning, stenkastning och oljud.

Under uttrycket "handgripligen antastar" faller t.ex. knuffar, krokben, ryckande och slitande i kläder och andra liknande beteenden som inte bör bedömas som misshandel. Hit hör också fall då någon hindras från att komma fram eller att en man tar en kvinna under armen eller antastar henne med klappar eller smekningar. Regelns tillkomst var bl.a. motiverad av skyddet för kvinnofriden på gator och allmänna platser. Ett ofredande av en kvinna i syfte att nå en sexuell förbindelse kan falla under bestämmelsen även om hon inte antastas handgripligen, i synnerhet om fråga är om "envist pockande".

För att en gärning skall bedömas som ofredande genom "hänsynslöst beteende" har det ansetts böra krävas att den enligt vanlig värdering kan sägas utgöra en kännbar fridskränkning. Som exempel kan nämnas att någon genom telefonpåringningar stör annans nattro, telefonföljelse dagtid och - just - trakasserier.

Regeln gäller även i arbetslivet. Det förefaller dock som regelns praktiska tillämpning på en arbetsplats begränsas genom kravet på

”kännbar fridskränkning”. Det måste, i avsaknad av klar domstolspraxis, bedömas som troligt att många typer av trakasserier på arbetsplatser i form av kommentarer, glåpord, verbala lustigheter, utfrysningar, etc., som riktar sig mot funktionshindrade arbetstagare, inte skulle vara straffbara som ofredande just därför att de inte uppfattas som tillräckligt allvarliga fall av fridsstörningar. Detta gäller i vart fall så länge fråga är om enstaka tillfällen av trakasserier.

Naturligtvis kan också reglerna om bl.a. *förolämpning*, *misshandel* och *arbetsmiljöbrott* komma att tillämpas på trakasserier av arbetstagare. Dessa bestämmelser, som typiskt sett tar syfte på allvarligare typer av handlingar än ofredande, förefaller dock ha en än mer marginell betydelse för trakasserier av funktionshindrade än ofredanderegeln.

4.5.1 Arbetsmiljölagen m.m.

Arbetsmiljölagens (1977:1160) ändamål är att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet samt att även i övrigt uppnå en god arbetsmiljö. Kravet på en god arbetsmiljö avser även psykosociala förhållanden.

Arbetsmiljölagen är en ramlag. Arbetarskyddsstyrelsen har regeringens bemyndigande att meddela föreskrifter som förtydligar och preciserar reglerna i lagen. I dess författningssamling föreligger publikationen *Kränkande särbehandling i arbetslivet* (AFS 1993:17). Kungörelsen syftar till att få till stånd och stimulera ett aktivt och förutseende arbetsmiljöarbete riktat mot sådana arbetsförhållanden som kan ge upphov till kränkande särbehandling.

Föreskrifterna definierar kränkande särbehandling såsom ”återkommande klandervärda eller negativt präglade handlingar som riktas mot enskilda arbetstagare på ett kränkande sätt och kan leda till att dessa ställs utanför arbetsplatsens gemenskap.” Sådan kränkande särbehandling anges i de allmänna råden till föreskrifterna kunna bestå i bl.a. vuxen-mobbning, psykiskt våld, social utstötning och sexuella och andra trakasserier. Den kan utföras av såväl arbetstagare (dvs. arbetskamrater) som arbetsgivare. Det anges sammanfattande att förhållningssätten i kränkande handlingar präglas av grov respektlöshet och att de bryter mot allmänna heders- och moralbegrepp om hur människor bör bemötas.

Egenskaper hos dem som utsätts för den kränkande särbehandlingen saknar betydelse för kungörelsens tillämpning. De kränkande handlingarna anses inte kunna accepteras oavsett mot vem de riktar sig.

Huvudsyftet med kungörelsen är att ge arbetsgivare vägledning om förebyggande åtgärder. Enligt föreskrifterna åligger det arbetsgivare

bl.a. att planera och organisera arbetet så att kränkande särbehandling så långt som möjligt förebyggs. Arbetsgivare skall vidare bl.a. ha rutiner för att på ett tidigt stadium fånga upp signaler om otillfredsställande arbetsförhållanden och att snabbt ge arbetstagare som utsätts för kränkande särbehandling hjälp eller stöd.

Föreskrifterna anger inte några påföljder för arbetsgivare som inte uppfyller de angivna kraven. Yrkesinspektionen och Arbetarskyddsstyrelsen utövar tillsyn över att arbetsmiljölagen efterlevs och Yrkesinspektionen kan med stöd i arbetsmiljölagen meddela de förelägganden eller förbud som behövs för att lagen eller föreskrifter som meddelats med stöd av lagen skall efterlevas. Ytterst kan därmed den arbetsgivare som bryter mot ett sådant föreläggande eller förbud dömas till fängelse eller böter. Yrkesinspektionens agerande härvid avser dock inte arbetsgivarens förfarande i ett enskilt fall utan dennes efterlevnad av lagen i allmänhet. Inte heller kan den enskilde arbetssökande eller arbetstagare som trakasserats tillerkännas skadestånd med stöd i arbetsmiljölagen eller Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter.

4.5.2 Övriga antidiskrimineringslagar

Den nuvarande lagen mot etnisk diskriminering innehåller förbud mot trakasserier på så sätt att åtgärder i form av handling eller underlåtenhet som hänför sig till arbetsgivarens arbetsledning i den vedertagna arbetsrättsliga meningen och som sker på etnisk grund kan omfattas. Andra former av nedsättande eller otrevlig behandling av arbetstagare får enligt förarbetena snarast behandlas som en arbetsmiljöfråga på samma sätt som ”mobbing” på annan än etnisk grund (SOU 1992:96 s. 172)

Jämställdhetslagen innehåller förbud mot trakasserier till följd av att arbetstagaren har avvisat arbetsgivarens sexuella närmanden eller anmält arbetsgivaren för könsdiskriminering. Den arbetstagare som utsatts för trakasserier av arbetsgivaren eller en ställföreträdare för denna har rätt till ersättning för den kränkning trakasserier innebär.

Enligt jämställdhetslagen skall en arbetsgivare inom ramen för de aktiva åtgärderna verka för att inte någon arbetstagare utsätts för sexuella trakasserier av vare sig arbetsgivare eller arbetskamrater.

Jämställdhetslagens bestämmelser om sexuella trakasserier är för närvarande föremål för översyn. I Rapporten Sexuella trakasserier och arbetsgivarens ansvar (97/3077/JÄM) föreslås ett utvidgat ansvar för arbetsgivaren vad gäller sexuella trakasserier. Sexuella trakasserier föreslås omfatta inte bara ovälkommet uppträdande av sexuell natur

utan även annat uppträdande grundat på kön som påverkar arbetstagares integritet på arbetsplatsen och som skapar en skrämmande, fientlig eller förnedrande arbetsmiljö. Enligt förslaget avser detta bl.a. ovälkommet fysiskt, verbalt eller icke-verbalt uppträdande. Ett förfarande skall anses som trakasserande om den som trakasserar insåg eller borde ha insett att hans beteende eller handlande var oönskat. Den drabbade måste dock klargöra sin uppfattning för den som trakasserar.

Enligt förslaget skall en arbetsgivare som får kännedom om att en arbetstagare kan ha utsatts för sexuella trakasserier, eller trakasserier på grund av en anmälan om könsdiskriminering vidta nödvändiga åtgärder för att förhindra fortsatta trakasserier. Fullgör arbetsgivaren inte dessa skyldigheter skall han enligt förslaget betala skadestånd till den drabbade arbetstagaren som blivit utsatt för sexuella trakasserier av en annan arbetstagare.

Arbets sökande omfattas inte av skyddet. Inte heller omfattar den föreslagna lagändringen trakasserier i form av annan mobbning eller arbetsledningsbeslut i vedertagen arbetsrättslig mening från arbetsgivarens sida.

4.6 Övrig lagstiftning och annan normgivning av intresse

4.6.1 Främjandelagen

Lagen (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder (främjandelagen) innehåller dels regler om varsel vid driftsinskränkningar, dels bestämmelser om åtgärder för att främja anställning av äldre arbetstagare och arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga.

Lagens anställningsfrämjande åtgärder bygger på tanken att arbetsmarknadsmyndigheterna vid överläggningar med arbetsgivare och berörda organisationer skall diskutera vilka åtgärder som kan behöva vidtas i syfte att skapa bättre möjligheter för äldre och funktionshindrade arbetstagare att behålla eller erhålla anställning på den öppna arbetsmarknaden. Om inte lösningar uppnås i samförstånd kan såväl Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) som länsarbetsnämnden utfärda anvisningar om vilka åtgärder som behöver vidtas. Följs inte anvisningarna kan AMS som yttersta åtgärd förordna att arbetsgivaren

vid straffansvar måste anställa den person som anvisas från eller godtagits av arbetsförmedlingen.

4.6.2 Arbetsmiljölagen

På sätt har angivits i avsnitt 4.6 är ändamålet med arbetsmiljölagens att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet samt att även i övrigt uppnå en god arbetsmiljö. Detta anges i lagens portalbestämmelse (1 kap. 1 §). Lagen gäller med få undantag (se 1 kap. 4 och 5 §§) varje verksamhet i vilken arbetstagare utför arbete för en arbetsgivares räkning (1 kap. 2 §). Med arbetstagare likställs bl.a. den som genomgår utbildning, utför anvisat arbete under vård i anstalt eller tjänstgör enligt lagen (1994:1809) om totalförsvarsplikt (1 kap 3 §).

I lagens andra kapitel anges grundläggande bestämmelser för hur arbetsmiljön skall vara utformad och vad som i fråga om olika förhållanden krävs för att miljön skall vara tillfredsställande. Bestämmelserna är allmänt hållna, vilket hänger samman med att arbetsmiljölagen är en s.k. ramlag. Precisering av dessa bestämmelser sker genom föreskrifter som Arbetarskyddsstyrelsen meddelar med stöd av bemyndiganden i 18 § arbetsmiljöförordningen.

I det följande kommer en redogörelse att lämnas för de bestämmelser i arbetsmiljölagen som är av primärt intresse för utredningens arbete. Vi syftar då till bestämmelsen i 2 kap. 1 § som anger generella kriterier för hur en god arbetsmiljö åstadkoms och för hur en god arbetsorganisation kan utvecklas, 3 kap. 2a § andra stycket, som ålägger arbetsgivaren att se till att det finns en på lämpligt sätt organiserad arbetsanpassnings- och rehabiliteringsverksamhet samt 3 kap. 3 § tredje stycket som ålägger arbetsgivaren att anpassa arbetsförhållandena efter arbetstagarens särskilda förutsättningar.

2 kap. Arbetsmiljöns beskaffenhet

1 § Arbetsmiljön skall vara tillfredsställande med hänsyn till arbetets natur och den sociala och tekniska utvecklingen i samhället.

Arbetsförhållandena skall anpassas till människors olika förutsättningar i fysiskt och psykiskt avseende.

Arbetstagaren skall ges möjlighet att medverka i utformningen av sin egen arbetssituation samt i förändrings- och utvecklingsarbete som rör hans eget arbete.

Teknik, arbetsorganisation och arbetsinnehåll skall utformas så att arbetstagaren inte utsätts för fysiska eller psykiska belastningar som kan medföra ohälsa eller olycksfall. Därvid skall även löneformer och

förläggning av arbetstider beaktas. Starkt styrt eller bundet arbete skall undvikas eller begränsas.

Det skall eftersträvas att arbetet ger möjligheter till variation, social kontakt och samarbete samt sammanhang mellan enskilda arbetsuppgifter.

Det skall vidare eftersträvas att arbetsförhållandena ger möjligheter till personlig och yrkesmässig utveckling liksom till självbestämmande och yrkesmässigt ansvar. Lag (1994:579).

I 2 kap. 1 § anges att arbetsmiljön skall vara tillfredsställande med hänsyn till arbetets natur och den sociala och tekniska utveckling. I första stycket görs även en hänvisning till arbetets natur. Häri ligger att arbetsförhållandena skall anpassas till olika arbetsuppgifters art och ändamål. Naturligtvis kan arbetsmiljön inte vara densamma för alla typer av arbeten. Kravet är dock att den skall vara tillfredsställande med hänsyn till förutsättningarna. I ett yttrande över tidigare en lagändring (prop. 1990/91:140) tog lagrådet upp frågan om utformningen av de grundläggande bestämmelserna i arbetsmiljölagen. Lagrådet påpekade att flera viktiga samhällsfunktioner, såsom sjukvård, räddningstjänst m.m., inte kan fullgöras utan att arbetstagarna utsätts för någon form av risk för ohälsa eller olycksfall. Lagrådet menade att de insatser som krävs för att förbättra arbetsmiljön inte får vara orimliga i förhållande till de resultat som kan uppnås. Enligt lagrådet borde det av lagtexten kunna utläsas att kravet på god arbetsmiljö kan behöva vägas mot andra viktiga intressen. I samband med en senare ändring av arbetsmiljölagen anförde departementschefen (prop 1993/94:186), med anledning av lagrådets tidigare påpekande, att lagstiftaren med uttrycket "arbetsmiljön skall vara tillfredsställande med hänsyn till arbetets natur" avsett att ange att en intresseavvägning likt den lagrådet pekat på skall kunna ske. Det har dock inte ansetts vara möjligt att i lagtexten ange alla de motstående intressen som skall beaktas. Det framhölls vidare att, likt många andra säkerhetslagstiftningar, måste en rimlighetsavvägning göras av behövliga insatser.

I kravet på anpassning till människors olika förutsättningar i andra stycket ligger att åtgärder skall vidtas för att hindra belastning som kan undvikas genom olika slag av tekniska lösningar och genom riktig utformning av arbetsmetoder, arbetsredskap, m.m. Arbetarskyddsstyrelsen har utfärdat allmänna ergonomiska bestämmelser i kungörelsen om arbetsställningar och arbetsrörelser (AFS 1983:6). Därutöver har Arbetarskyddsstyrelsen utfärdat en rad föreskrifter, speciellt för vissa typer av arbeten.

3 kap. Allmänna skyldigheter

2a § Arbetsgivaren skall systematiskt planera, leda och kontrollera verksamheten på ett sätt som leder till att arbetsmiljön uppfyller kraven i denna lag och i föreskrifter som har meddelats med stöd av lagen. Han skall utreda arbetsskador, fortlöpande undersöka riskerna i verksamheten och vidta de åtgärder som föranleds av detta. Åtgärder som inte kan vidtas omedelbart skall tidsplaneras.

Arbetsgivaren skall i den utsträckning verksamheten kräver dokumentera arbetsmiljön och arbetet med denna. Handlingsplaner skall därvid upprättas.

Arbetsgivaren skall vidare se till att det i hans verksamhet finns en på lämpligt sätt organiserad arbetsanpassnings- och rehabiliteringsverksamhet för fullgörande av de uppgifter som enligt denna lag och enligt 22 kap. lagen (1962:381) om allmän försäkring vilar på honom. Lag (1994:579).

I första stycket regleras arbetsgivarens skyldighet för den s.k. internkontrollen. I andra stycket anges ett krav på dokumentation och upprättande av handlingsplaner. Sistnämnda bör omfatta alla slags arbetsmiljöåtgärder som arbetsgivaren avser att genomföra och dessa bör upprättas i samråd med arbetstagarerna och de fackliga organisationerna.

Bestämmelsens tredje stycke infördes genom en lagändring som trädde i kraft fr.o.m. den 1 juli 1991. Dessförinnan ålåg det skyddskommittén (en partssammansatt kommitté på arbetsplatsen, se 6 kap. 8 § arbetsmiljölagen) att verka för att arbetsanpassnings- och rehabiliteringsinsatser vidtogs för de anställda på arbetsplatsen. Genom lagändringen önskade man klarlägga och lagfästa arbetsgivarens ansvar för att det i verksamheten fanns en på lämpligt sätt organiserad anpassnings- och rehabiliteringsverksamhet.

Samtidigt med ändringen i arbetsmiljölagen gjordes en ändring i lagen om allmän försäkring som slog fast arbetsgivarens ansvar för att en arbetstagarers rehabiliteringsbehov utreds och för att erforderliga rehabiliteringsåtgärder vidtas, se vidare avsnitt 4.9.

3 § Arbetsgivaren skall se till att arbetstagarerna får god kännedom om de förhållanden, under vilka arbetet bedrivs, och att arbetstagarerna upplyses om de risker som kan vara förbundna med arbetet. Arbetsgivaren skall förvissa sig om att arbetstagarerna har den utbildning som behövs och vet vad han har att iaktta för att undgå riskerna i arbetet.

Arbetsgivaren skall genom att anpassa arbetsförhållandena eller vidta annan lämplig åtgärd ta hänsyn till arbetstagarernas särskilda förutsättningar för arbetet. Vid arbetets planläggning och anordnande skall beaktas att människors förutsättningar att utföra arbetsuppgifter är olika. Lag (1991:677).

Även denna bestämmelses andra stycke fick sin nuvarande lydelse genom lagändringen år 1991. Ändringen innebar i stort att lagstiftaren på ett tydligare sätt, än vad som gjorts tidigare, ville framhålla arbetsgivarens ansvar för arbetsmiljöanpassningen. Det angavs i förarbetena att genom förändringen förtydligades arbetsgivarens skyldighet att dels anpassa arbetsförhållandena till arbetstagarens särskilda förutsättningar, dels även i övrigt ta hänsyn till arbetstagarens särskilda förutsättningar för arbetet. Att ta hänsyn till arbetstagarens särskilda förutsättningar kan t.ex. innebära en bedömning i det enskilda fallet om arbetstagaren behöver särskilda personella stödinsatser m.m. Det andra kravet tar sikte på individriktade åtgärder i miljön. Som exempel härpå angavs tekniska åtgärder eller anpassning av arbetsredskap, men även arbetsorganisatoriska frågor och åtgärder för att förbättra den psykosociala arbetsmiljön kan komma i fråga.

Departementschefen angav vidare bl.a. följande (prop 1990/91:140 s. 46 f.).

Jag vill dock framhålla att avsikten med den nu föreslagna ändringen inte är att varje arbetsplats och arbetsuppgift måste anpassas till de olika förutsättningarna hos varje enskild individ. I vissa fall kan det exempelvis vara en lämpligare lösning att i första hand försöka bereda en anställd andra och mer lämpliga arbetsuppgifter inom ramen för anställningen. Detta förhållande får dock inte leda till att omplaceringslösningen av bekvämlighetsskäl väljs före arbetsmiljöanpassning. [...]

Föredraganden framhöll i propositionen till arbetsmiljölagen att det naturligtvis finns en gräns för hur mycket man kan kräva av en arbetsgivare. Även i dag är det omöjligt att i lagen klart avgränsa ansvaret. Jag vill dock understryka att möjligheterna att anpassa arbetsvillkoren har ökat genom den tekniska utvecklingen och genom allt bättre kunskaper inom rehabiliteringsområdet. Detta måste också avspeglas i vad man kan kräva av arbetsgivaren. [...]

4.6.3 Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter

Vi har tidigare redogjort för att arbetsmiljölagen i stora drag är en ramlag, vars innehåll fylls ut med föreskrifter samt anvisningar och råd från Arbetarskyddsstyrelsen. I Arbetarskyddsstyrelsens författningssamling publiceras dessa föreskrifter samt anvisningar och råd.

Däribland ingår publikationen *Datorstöd i arbetet* Arbetarskyddsstyrelsens allmänna råd om datorstöd i arbetet (AFS

1986:27). Dessa allmänna råd tar i första hand fasta på möjligheten att tillgodose arbetsmiljökraven vid utveckling och införande av datorstöd i arbetet. I ett särskilt avsnitt, benämnt handikappanpassning, påpekas att datortekniken kan medföra att människor med funktionshinder blir handikappade i arbetssituationen genom att tekniken ställer nya krav på funktionsförmågan. Å andra sidan kan denna teknik samtidigt innebära nya möjligheter för att överbrygga funktionsnedsättningar och därmed bidra till integrering av funktionshindrade personer i arbetslivet. Arbetsarkivstyrelsen lämnar i avsnittet en lista över omständigheter som myndigheten anser viktiga att beakta i sammanhanget. Där nämns det viktiga med att tillvarata ny teknik, att den funktionshindrade bereds tillfälle att yttra sig, att skyddskommitténs och företagshälsovårdens kompetens utnyttjas och att man anlitar extern expertis i komplicerade fall.

I *Arbetsanpassning och rehabilitering* (AFS 1994:1) lämnas föreskrifter och allmänna råd beträffande arbetsgivarens verksamhet på detta tema liksom arbetsgivarens åtgärder för att anpassa arbetssituationen till den enskilde arbetstagarens förutsättningar för arbetet. Det framhålls att arbetsgivaren därvid särskilt skall beakta om den enskilde arbetstagaren har någon funktionsnedsättning eller annan begränsning av arbetsförmågan.

I de allmänna råden framhålls vikten av att arbetet utformas utifrån en helhetssyn, där såväl människors fysiska och psykiska behov som deras olika förutsättningar beaktas. Beträffande funktionshindrade personer anges att de själva oftast bäst kan bedöma vilka åtgärder som behövs. Exempel på åtgärder som kan vidtas är anskaffande av tekniska hjälpmedel och särskilda arbetsredskap eller förändringar i den fysiska arbetsmiljön. Förändringar kan också behöva göras i arbetsorganisationen, arbetsfördelningen arbetsuppgifter, arbetstiderna, arbetsmetoderna samt psykologiska och sociala förhållandena. Andra åtgärder kan vara särskilda informationsinsatser, arbetsträning eller arbetsprövning. Byte av befattning eller personella stödinsatser är också åtgärder som kan vara aktuella anger man i de allmänna råden.

4.6.4 Lag om allmän försäkring

Enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring har arbetsgivaren ansvar för att de anställdas rehabiliteringsbehov klarläggs och för att erforderliga arbetslivsinriktade rehabiliteringsåtgärder vidtas. Arbetsgivarens ansvar regleras närmare i lagens 22 kap. Där anges bl.a. när en arbetsgivare är skyldig att vidta rehabiliteringsutredning och hur han eller hon skall gå till väga. Därutöver regleras försäkringskassornas

övergripande samordningsansvar för rehabiliteringsverksamheten. Försäkringskassorna åläggs även ett generellt ansvar för att den enskildes rehabiliteringsbehov klarläggs och för att erforderliga åtgärder vidtas så att rehabiliteringen blir effektiv. I 22 kap. 2 § anges att rehabiliteringen skall syfta till att återge den som drabbats av sjukdom sin arbetsförmåga och förutsättningar att försörja sig själv genom förvärvsarbete. I förarbetena till bestämmelserna (prop. 1990/91:141 s. 42) anges att arbetsgivaren - förutom skyldigheten att vidta rehabiliteringsutredningar - bör vidta de arbetslivsinriktade rehabiliteringsåtgärder som kan genomföras i eller i anslutning till den egna verksamheten. Som exempel härpå anges arbetsprövning, arbetsträning, utbildning och omplacering. Arbetsgivarens ansvar innefattar vidare - om nödvändigt - att vidta tekniska åtgärder eller att anskaffa särskild utrustning för att ändra den fysiska miljön och därmed minska belastningen för den enskilde. Ytterligare åtgärder kan vara att ändra arbetsinnehållet eller arbetsorganisationen.

4.6.5 Lagen om Handikappombudsmannen m.m.

Lagen (1994:749) om Handikappombudsmannen anger i 1 § att myndigheten har till uppgift att bevaka frågor som angår funktionshindrade personers rättigheter och intressen. Målet för verksamheten skall vara full delaktighet i samhällslivet och jämlikhet i levnadsvillkor för personer med funktionshinder. I förarbetena till lagen (prop. 1993/94:219) anges att andra principiella utgångspunkter är en miljörelaterad syn på handikapp och FN:s standardregler för funktionshindrade.

Handikappombudsmannen skall enligt 2 § verka för att brister i lagar och andra författningar i fråga om personer med funktionshinder avhjälps.

Ombudsmannen skall, när det behövs, ta initiativ till överläggningar med myndigheter, företag, organisationer och andra i syfte att motverka att personer missgynnas eller på annat sätt utsätts för orättvis eller kränkande behandling på grund av funktionshinder (3 §). I samma bestämmelse anges att Handikappombudsmannen i detta syfte även skall verka genom informationsverksamhet.

I 4 § anges att myndigheter, landsting och kommuner, som har skyldighet att fullgöra uppgifter som rör personer med funktionshinder, skall på uppmaning av Handikappombudsmannen lämna uppgifter om sin verksamhet och delta i överläggningar med denne.

I 5 § anges att Handikappombudsmannen biträds av ett särskilt råd och att ombudsmannen är rådets ordförande.

I förordningen (1994:949) med instruktion för Handikappombudsmannen anges myndighetens uppgifter närmare i detalj. I sin verksamhet skall Handikappombudsmannen upprätthålla kontakt med funktionshindrade personer, samt med organisationer, företag, landsting, kommuner, länshandikappråd, kommunala handikappråd, och liknande regionala och lokala samarbetsorgan samt med andra myndigheter och andra vars verksamhet rör personer med funktionshinder. Handikappombudsmannen skall följa forsknings- och utvecklingsarbete samt följa tillämpningen av lagstiftningen på områden som rör funktionshindrade personer. Myndigheten skall vidare utvärdera de åtgärder som vidtas för att förverkliga FN:s standardregler för att tillförsäkra människor med funktionshinder delaktighet och jämlikhet samt följa den internationella utvecklingen inom ansvarsområdet. Därutöver skall Handikappombudsmannen förmedla den samlade kunskap som ombudsmannen får genom sitt bevaknings- och uppföljningsarbete till allmänheten.

5 Tidigare utredningar

Under 1990-talet har frågan om lagstiftning mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder varit föremål för två förslag. I det följande kommer en redogörelse för dessa förslag att lämnas liksom för vad remissinstanserna anfört.

5.1 1989 års handikapputredning

I september 1988 bemyndigades dåvarande statsrådet Bengt Lindqvist att tillkalla en kommitté med uppdrag att utreda frågor om socialtjänstens och habiliteringens/rehabiliteringens insatser för människor med omfattande funktionshinder. Kommittén antog namnet 1989 års handikapputredning. I juni 1992 lämnade den sitt slutbetänkande Ett samhälle för alla (SOU 1992:52). Samma år remissbehandlades betänkandet. En sammanställning av remissvaren finns i departementspromemorian Ds 1993:95.

I slutbetänkandet lämnade utredningen förslag bl.a. till lag om arbetslivets tillgänglighet för personer med funktionshinder.

I förslaget 1 § anges att lagens ändamål är att göra personer med funktionshinder fullt delaktiga och jämställda i arbetslivet. I detta syfte innehåller förslaget dels regler om arbetsgivares skyldighet att vidta en rad aktiva åtgärder, dels förbud mot diskriminering av arbetssökande och arbetstagare med funktionshinder. Lagen är utformad med jämställdhetslagen som förebild.

Enligt förslaget (2–4 §§) föreligger skyldighet för en arbetsgivare att vidta aktiva åtgärder enligt följande. En arbetsgivare skall undersöka behovet av och genomföra åtgärder som främjar anställnings- och arbetsmöjligheterna för personer med funktionshinder. En arbetsgivare skall se till att det finns arbetshjälpmedel och annat stöd som behövs för att en arbetstagare med funktionshinder skall kunna utföra sitt arbete. Arbetsgivaren skall vidare anpassa personalutvecklande åtgärder och arbetsledning till förutsättningar och behov hos arbetstagare med funktionshinder. En arbetsgivare skall årligen, beroende på arbetsplatsens storlek, ställa ett visst antal praktikplatser till förfogande

för den krets som omfattas av utredningens förslag till lag om stöd och service för vissa funktionshindrade.

Bestämmelserna i 5–11 §§ innehåller olika förbud mot diskriminering av personer med funktionshinder. I förslaget uttrycks det förbjudna som *otillåtet missgynnande* medan motsvarande i jämställdhetslagen anges som *otillåten diskriminering*. I övrigt är förslaget bestämmelser utformade i enlighet med motsvarande bestämmelser i jämställdhetslagen. Detta innebär bl.a. följande.

En arbetsgivare får vare sig direkt eller indirekt missgynna en arbetssökande eller arbetstagare p.g.a. hans eller hennes funktionshinder. Otillåtet missgynnande skall anse föreligga, när en arbetsgivare vid anställning, befordran eller utbildning för befordran utser en person utan funktionshinder framför en person med sådant hinder, fastän den som förbigås har bättre förutsättningar för arbetet eller utbildningen. Detta gäller såvida arbetsgivaren inte kan visa att beslutet vare sig direkt eller indirekt beror på funktionshindret. Otillåtet missgynnande skall också anses föreligga om en arbetsgivare vid anställning, befordran eller utbildning för befordran utser en person utan funktionshinder framför en person med funktionshinder om de har likvärdiga förutsättningar för arbetet eller utbildningen och det är sannolikt att syftet med arbetsgivarens beslut är att missgynna den med funktionshinder. Otillåtet missgynnande skall dessutom anses föreligga om arbetsgivaren tillämpar sämre anställningsvillkor för arbetstagare med funktionshinder än för dem utan funktionshinder. Detsamma gäller om arbetsgivaren leder och fördelar arbetet på sådant sätt att personer med funktionshinder blir oförmånligt behandlade i jämförelse med personer utan funktionshinder samt om arbetsgivaren avskedar, säger upp, omplacerar, permitterar eller vidtar annan jämförlig åtgärd till skada för en arbetstagare med funktionshinder. Om arbetsgivaren inte vidtar åtgärder som han eller hon är skyldig att vidta enligt 2–4 §§ skall otillåtet missgynnande också anses föreligga.

I 12 § föreskrivs att person med funktionshinder som anser sig otillåtet missgynnad har rätt att från arbetsgivaren få ut merituppgifter om den person utan funktionshinder som fick anställningen eller utbildningsplatsen. Bestämmelserna i 13–17 §§ anger de sanktioner arbetsgivaren kan drabbas av om denne bryter mot lagen. Avtal som är diskriminerande kan förklaras helt eller delvis ogiltiga. Arbetsgivare som otillåtet missgynnar arbetstagare och arbetssökande kan bli skadeståndsskyldig. Bestämmelserna i 18–20 §§ anger hur rättegång skall föras i mål rörande otillåtet missgynnande. Handikappombudsmannen ges en rätt att föra talan för den enskilde om denne medger det. Om en arbetstagarorganisation har rätt att föra talan för den enskilde enligt 4 kap. 5 § lagen (1974:371) om rättegången i

arbetstvister får Handikappombudsmannen föra talan endast om organisationen avstår från sin rätt.

Utredningen föreslog också att en särskild Handikappombudsman inrättades. Enligt förslag till lag om Handikappombudsman skulle denne dels ha en rådgivande och upplysande funktion, dels en roll som granskare och utvärderare av gällande lag på området, dels en processförande roll.

5.1.1 Remissinstansernas yttranden

Vid remissbehandlingen inkom svar, som behandlade utredningens förslag om lag om arbetslivets tillgänglighet för personer med funktionshinder, från 89 remissinstanser. Av dessa biföll 52 förslaget, 25 avstyrkte det, 3 förordade en djupare analys och 7 redovisade tekniska eller andra synpunkter utan att ta ställning till förslaget.

Utredningen föreslog i slutbetänkandet sammanlagt 13 nya lagar eller lagändringar. Även i övrigt är betänkandet omfattande. Möjligen är detta en förklaring till att yttrandena i stor omfattning är generella och inte behandlar den föreslagna lagen om arbetslivets tillgänglighet för personer med funktionshinder mer i detalj.

Flertalet remissinstanser biföll alltså förslaget. Yttrandena från dessa instanser är i många fall ytterst kortfattade och inskränks ofta till just ett bifall. Betydligt sällsyntare är utförliga redogörelser för varför förslaget bifalls. Tvärtom förhåller det sig med dem som är kritiska till förslaget. Dessa instanser har i mycket högre utsträckning utvecklat grunderna för sina inställningar. Den följande redovisningen av remissinstanserna yttranden kommer därför främst att uppehålla sig vid vad kritikerna anförde och den bör alltså inte uppfattas som någon allmän redogörelse för de samlade synpunkterna på förslaget.

Statens Arbetsgivarverk anförde att grunden för att en person anställs bör vara den kompetens och förmåga denne har och inte de funktionshinder som föreligger. Enligt Statens Arbetsgivarverk föreslog utredningen det motsatta, vilket därför avstyrktes. *Hovrätten för Västra Sverige* anförde att det föreföll som om utredningens begrepp funktionshinder var vidsträcktare än Handikappförbundens Centralkommittés definition på handikappad (den som till följd av bestående funktionsnedsättning möter betydande svårigheter i sin dagliga livsföring). Hovrätten ställde sig frågande till om inte begreppet funktionshindrad borde förklaras närmare i lagtexten. Detta var av särskild vikt menade hovrätten bl.a. för det straffansvar som föreslogs i 16 kap. 9 § brottsbalken för den näringsidkare som i sin verksamhet diskriminerade någon för dennes funktionshinder. *Riksförbundet för*

Social och Mental Hälsa menade att man felaktigt kunde tro att lagen endast omfattade personer med fysiska funktionshinder och att det av lagtexten borde framgå att den även omfattade psykiska och begåvningsmässiga funktionshinder. Även *Svenska Arbetsgivareföreningen* (SAF) påpekade att ingen definition lämnats till begreppet funktionshindrad men menade samtidigt att detta inte var möjligt. SAF hävdade att begreppet var relativt och anförde dessutom att funktionshinder för den enskilde kan variera över tiden.

Kammarrätten i Sundsvall invände dels att lagen bör innehålla en definition av begreppet diskriminering motsvarande den som återfinns i 15 § jämställdhetslagen, dels att "bättre förutsättningar" bör ändras till "bättre sakliga förutsättningar". *Landstingsförbundet* anförde att även om lagstiftning med förbudsregler kan förefalla vara det effektivaste instrumentet vid bekämpning av diskriminering så var det Landstingsförbundets uppfattning att en positiv inställning till funktionshindrade i det långa perspektivet framför allt gynnades av aktiva upplysningsinsatser i attitydpåverkande riktning. *Kommunförbundet*, som avstyrkte lagförslaget, ansåg att förbudsreglerna i 5-12 §§ var ytterligt svåra att tolka. Kommunförbundet menade att detta belystes väl av ett citat ur specialmotiveringen till 6 § där det anges: "Frågan om vilken grad av arbetsförmåga och arbetsinsats som kan krävas av den enskilde måste även ses i förhållande till arbetsgivarens möjlighet att erhålla någon form av ekonomisk ersättning, främst lönebidrag, för den faktiska nedsättningen av arbetsförmågan som föreligger". Kommunförbundet tyckte att svårigheten att tolka en sådan formulering ute i det praktiska arbetet var uppenbar. *Företagarnas Riksorganisation*, som också avstyrkte lagförslaget, menade att en lag som föreskriver att alla arbetsgivare skall tillse att det finns arbetshjälpmedel, arbetsbiträde m.m. kan verka hämmande för mindre företag. Merarbetet och kostnaderna för dessa arbetsgivare kunde bli omfattande menade man.

Jämställdhetsombudsmannen ifrågasatte om det var lyckat att använda jämställdhetslagens regler som förebild vid utformningen av förbudsreglerna eftersom de intressen lagarna skulle tillvarata inte var direkt jämförbara med varandra. Jämställdhetsombudsmannen pekade bl.a. på följande situation vid tillsättningsfallen (6-7 §§). Utöver vad som gäller enligt arbetsmiljölagen kan man bara kräva att arbetsgivaren vidtar sådana åtgärder som han eller hon får bidrag för. Ett problem härvid är att det ställer höga krav på arbetsgivaren att han har kännedom om vilka hjälpmedel som finns och vilka möjligheter som finns till ekonomisk ersättning för dessa samt att det kan dra ut på tiden innan besked lämnas om att visst bidrag beviljats. Jämställdhetsombudsmannen menade att en tjänstetillsättning därför

kunde bli väldigt utdragen och svårhanterlig. Avslutningsvis anförde Jämställdhetsombudsmannen att det fanns för många omständigheter vid sidan av meritvärdering och ett eventuellt diskriminerande syfte hos arbetsgivaren för att jämställdhetslagens förbudsregler skulle vara applicerbara på missgynnande av personer med funktionshinder.

SAF anförde att användningen av jämställdhetslagen som förebild inte var bra, dels eftersom det regelsystemet i sig inte var särskilt lyckat, dels föga lämpat att tillämpas på helt andra och mindre klart avgränsade grupper. SAF menade också att det förekommer alltför många faktorer som spelar in vid bedömningen av huruvida en arbetsgivare brutit mot förbudet för att det skall vara möjligt att i förväg bedöma var gränsen för det otillåtna går. Kravet på förutsägbarhet och rättssäkerhet går därför inte att uppfylla med den föreslagna konstruktionen anförde SAF.

De Handikappades Riksförbund eftersökte, utan att ta ställning till förslaget i helhet en mer bindande regel i 2 § liksom i övriga delar av lagförslaget.

Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS), som delade utredningens uppfattning i stort, ansåg att det nu fanns starka skäl för att på ett tydligt sätt lagstifta om arbetslivets tillgänglighet för personer med funktionshinder. *Handikappförbundens Centralkommitté* (nuvarande Handikappförbundens Samarbetsorgan), som biföll förslaget, framhöll att en lag aktivt kan bidra till att ändra attityder till funktionshindrades möjligheter att utföra ett arbete men ansåg också att förslagets 2 § om aktiva åtgärder borde kopplas till någon sanktionsregel. *Synskadades Riksförbund* (SRF) inledde med att uttrycka sin uppskattning för utredningens arbete och fortsatte med att anföra att delaktighet i yrkeslivet är den enskilt viktigaste frågan för yngre personer med funktionsnedsättning. SRF trodde dock inte att utredningens förslag på något avgörande sätt kunde garantera de funktionshindrades rätt till arbete.

Många var missnöjda med den konsekvensbedömning utredningen presenterat i fråga om kostnaderna för förslaget och ansåg att förslaget var bristfälligt i det avseendet.

En del var negativa till att utredningens förslag i visst avseenden innebar en dubbelreglering eftersom en del frågor redan var reglerade i annan lag. Utredningen benämnde lagen om arbetslivets tillgänglighet för personer med funktionshinder som en "pluslag" och angav att lagen var avsedd att förstärka och komplettera de rättigheter som enligt redan befintliga lagar tillkom den enskilde med funktionshinder. Kritiken gick ut på att det var onödigt med en dubbelreglering, att det fanns risk för gränsdragningstvister, dubbelarbete och oklara ansvarsområden. Ett exempel på sådan dubbelreglering har bestämmelserna i den föreslagna 3

§ 1 st 1 och 3 p ansetts vara eftersom frågorna redan omfattades av arbetsmiljölagens bestämmelser.

5.1.2 Förslagets fortsatta behandling

Betänkandet föranledde bl.a. förslag till riksdagen om inrättande av en handikappombudsman (prop. 1993/94:219). Förslaget godkändes av riksdagen (bet. 1993/94:SoU27, rskr. 1993/94:397) Myndigheten Handikappombudsmannen inrättades den 1 juli 1994. I lagen (1994:749) om Handikappombudsmannen och förordningen (1994:949) med instruktion för Handikappombudsmannen anges myndighetens arbetsuppgifter och dess funktion. Där framgår att Handikappombudsmannen skall bevaka frågor som rör funktionshindrades rättigheter och intressen på olika samhällsområden och verka för att funktionshindrade inte missgynnas. Det anges vidare att målet för verksamheten skall vara full delaktighet i samhällslivet och jämlikhet i levnadsvillkor för funktionshindrade. Myndighetens funktion sägs vara allmänt rådgivande, upplysande, granskande och utredande.

I förarbetena till lagen om Handikappombudsmannen anger departementschefen sammanfattningsvis följande med anledning av utredningens förslag om att Handikappombudsmannen skulle ges en processförande roll.

Förutsättningen för att ombudsmannen skall ha en processförande roll är att det finns sanktionerade förbudsbestämmelser. Utredningen föreslår att sådana bestämmelser om sanktioner och förbud införs, bl. a. i lagen om arbetslivets tillgänglighet för personer med funktionshinder. Enligt förslaget skall Handikappombudsmannen ha det övergripande ansvaret för att lagen efterlevs och kunna föra den enskildes talan i AD. Remissopinionen är splittrad i frågan om Handikappombudsmannen skall ges en processförande roll och flera remissinstanser anser att frågan bör utredas ytterligare. Andra menar att utredningens förslag om ny lagstiftning på t.ex. arbetslivsområdet kan innebära en dubbelreglering och svårigheter att veta vilken lagstiftning som skall tillämpas, eftersom flera lagar kommer att beröra varandra. Ett stort antal av remissinstanserna har också påpekat att det råder stor osäkerhet om de kostnadsmissiga konsekvenserna av utredningsförslaget.

Regeringen ansåg mot den bakgrunden att den inte var beredd att lägga fram förslag som innebar att Handikappombudsmannen gavs en processförande roll. Regeringen menade att Handikappombudsmannens roll borde koncentreras till övergripande utvärderings- och uppföljningsuppgifter av handikappolitikens utveckling och

måluppfyllelse samt till bevakning, allmän rådgivning och opinionsbildning. Dessutom anförde regeringen att Handikappombudsmannens verksamhet borde ses över och utvärderas efter en treårsperiod.

5.2 Departementspromemorian

I september 1996 presenterade en arbetsgrupp inom Arbetsmarknadsdepartementet ett förslag till lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder (Ds 1996:56). Förslaget remissbehandlades under hösten 1996.

Arbetsgruppen fann i sin utredning att det förelåg behov av en lag som förhindrade diskriminering av personer med funktionshinder i arbetslivet. I promemorian behandlar arbetsgruppen frågor som lagens ändamål, vilken personkrets den skall tillämpas på, tillämpningsområdet i övrigt, hur förbudsreglerna skall utformas, vilka sanktioner som skall drabba den arbetsgivare som bryter mot lagen och vilka regler som skall gälla för rättegången i diskrimineringstvister. Arbetsgruppen lämnade även förslag på hur förfarandet hos Handikappombudsmannen borde förändras samt föreslog att frågan om eventuella förändringar av främjandelagen skulle utredas i särskild ordning. Det anges att bestämmelserna i förslaget utformats med lagen mot etnisk diskriminering som förebild.

I 1 § anges lagens ändamål och vilken personkrets som skall omfattas av lagen. Där sägs att syftet är att motverka diskriminering i arbetslivet av personer på grund av deras funktionshinder. Funktionshinder definieras som varaktigt fysiskt eller psykiskt funktionshinder som förorsakar betydande begränsningar i den dagliga livsföringen. Därefter följer två bestämmelser som förbjuder otillbörlig särbehandling av arbetssökande och arbetstagare med funktionshinder. En arbetsgivare får enligt 2 § inte otillbörligt särbehandla en arbetssökande genom att förbigå denne p.g.a. av hans eller hennes funktionshinder. I 3 § räknas en rad olika situationer upp vid vilka lagen uttryckligen förbjuder en arbetsgivare att otillbörligt särbehandla en arbetstagare p.g.a. dennes funktionshinder. I 4 § lagfästs en rättighet för den som anser sig ha blivit otillbörligt särbehandlad enligt 2 eller 3 §§ att från arbetsgivaren få ut vissa uppgifter om den som erhöll arbetet eller utbildningsplatsen.

Bestämmelserna i 5-9 §§ anger vilka sanktioner som kan drabba den arbetsgivare som bryter mot lagens föreskrifter. Där anges att avtal som föreskriver eller medger otillbörlig särbehandling som förbjudits i det föregående är ogiltigt. Även del av avtal kan förklaras ogiltigt om det medger en särbehandling som är otillåten enligt 3 §. Den arbetsgivare

som bryter mot 2 § skall betala allmänt skadestånd till den eller de kränkta. Om arbetsgivaren bryter mot 3 § skall han eller hon utöver allmänt skadestånd även utge ekonomiskt skadestånd för den förlust som uppkommer. För det fall flera arbetssökande blir diskriminerade av samma arbetsgivare vid ett och samma anställningsförfarande har alla rätt till skadestånd för den kränkning diskrimineringen inneburit. Skadeståndet skall då bestämmas som om endast en av dem blivit diskriminerad och delas lika mellan dem.

Bestämmelserna därefter reglerar rättegången i diskrimineringstvister. Där föreskrivs bl.a. följande. Tvister med tillämpning av lagen skall handläggas enligt lagen om rättegången i arbetstvister, varvid även arbetssökande skall anses som arbetstagare och den hos vilken någon sökt arbete skall anses som arbetsgivare. Handikappombudsmannen ges, i förhållande till arbetstagarorganisation med rätt att föra talan, en sekundär rätt att föra den enskildes talan. Om flera arbetssökande anser sig ha blivit diskriminerade och med tillämpning av 7 § andra stycket väcker skadeståndstalan mot samma arbetsgivare skall målen på arbetsgivarens begäran handläggas i en rättegång. Lagförslaget innehåller även andra tillfällen då flera mål skall handläggas gemensamt. Slutligen anvisar förslaget, med hänvisning till bestämmelser i anställningsskyddslagen och medbestämmandelagen, olika preskriptionsfrister för väckande av talan.

5.2.1 Remissinstansernas yttranden

Arbetsgruppens förslag gick ut på remiss bland 33 instanser, varav alla utom en svarade. Av yttrandena framgår att 19 instanser var positiva till en förbudslag. Av dem föreslog dock 16 helt eller delvis andra lösningar än de arbetsgruppen hade presenterat. Några tyckte också att frågan borde utredas ytterligare. 9 av remissinstanserna förklarade sig inte ha någon erinran mot förslaget. Det var endast 4 instanser som avstyrkte förslaget med hänvisning till att det inte fanns behov av en lag som den föreslagna.

Bland argumenten från dem som avvisade lagförslaget kan följande nämnas. Såvida det inte kan påvisas att det råder allvarliga missförhållanden i något avseende och att dessa missförhållanden bäst avhjälpas med lagstiftning som metod kan det inte komma i fråga att utvidga den arbetsrättsliga floran av förbudsregler. Så var inte fallet med funktionshinderade menade dessa instanser. I stället borde det vara möjligt att inom ramen för arbetsmarknadspolitiska åtgärder underlätta för personer med funktionshinder att finna arbete.

De flesta som var positiva till en ny antidiskrimineringslag var alltså missnöjda med den utformning arbetsgruppen gett förslaget. Remissinstansernas invändningar rörde bland annat frågorna; vilken personkrets skall omfattas av lagen, skall lagen omfatta såväl direkt som indirekt diskriminering, vilken bevisbörda bör åläggas den som påstår sig ha blivit diskriminerad och vad skall gälla om flera diskrimineringslagstiftningar är tillämpliga samtidigt? Kritiken kan sammanfattas enligt följande.

Personkretsen

Arbetsgruppens förslag att lagen borde omfatta den, som har ett varaktigt fysiskt eller psykiskt funktionshinder, om detta innebär betydande begränsningar i den dagliga livsföringen.

Socialstyrelsen ansåg att det i lagens definition på funktionshinder bör anges att lagen omfattar begåvningsmässiga funktionshinder då det enligt Socialstyrelsens uppfattning inte är vedertaget att inbegripa sådana funktionshinder i psykiska funktionshinder. En liknande inställning redovisade *Arbetsmarknadsstyrelsen* som dock föreslog begreppet ”intellektuella funktionshinder”.

Handikappombudsmannen invände mot användningen av begreppet funktionshinder. I stället borde uttrycket funktionsnedsättning, som följer av FN:s standardregler, användas menade Handikappombudsmannen. Ombudsmannen ansåg vidare att personkretsen definierats alltför snävt. Ett diskrimineringsförbud borde omfatta all form av otillbörlig diskriminering som grundas på funktionsnedsättning. Definitionen ”betydande begränsningar i den dagliga livsföringen” kunde dessutom orsaka tolkningsproblem menade Handikappombudsmannen. En liknande inställning redovisade *Synskadades riksförbund* som menade att det ledet kunde utgå. Med den amerikanska lagen Americans with Disabilities Act (ADA) som förebild föreslog Handikappombudsmannen att lagen även skulle göras tillämplig i fall av diskriminering vid förmodad men i verkligheten inte existerande funktionsnedsättning. Även *Jämställdhetsombudsmannen* föreslog att lagen gjordes tillämplig beträffande personer med förmodad funktionsnedsättning. Jämställdhetsombudsmannen ifrågasatte vidare det uppställda kravet på ”betydande” begränsningar i den dagliga livsföringen.

Arbetslivsinstitutet, som i och för sig inte hade någon erinran mot den krets av personer som förslaget avsett att skydda, ställde sig frågande till om den föreslagna lagen inte försvårade situationen för dem med mindre uttalade funktionshinder som föll utanför lagens tillämpningsområde.

Handikappförbundens samarbetsorgan samt *De handikappades riksförbund* önskade tillägga att personer med behov av olika slag av hjälp med kommunikation eller som har ett talhandikapp borde ingå i personkretsen. Liknande tillägg gjorde *Hörselskadades riksförbund* som ansåg att alla hörselskadade som har behov av anpassning, hjälpmedel och rehabilitering i arbetslivet borde ingå i kretsen.

Arbetsdomstolen och *Samhall AB* delade arbetsgruppens uppfattning att personkretsen inte fick göras för vid. *Arbetsdomstolen* befarade att vissa gränsdragningsproblem i fråga om personkretsen oundvikligen skulle uppstå men ansåg att de bäst löstes i rättstillämpningen.

Direkt och indirekt diskriminering

Arbetsgruppens föreslog att förbudet riktas mot avsiktliga otillbörliga förfaranden som innebär negativ särbehandling på grund av funktionshinder och som utgör direkt diskriminering. Indirekt diskriminering omfattades inte av lagens förbud.

Många remissinstanser ansåg att även indirekt diskriminering skulle förbjudas. Bland dessa remissinstanser kan nämnas *Handikappombudsmannen*, *Jämställdhetsombudsmannen*, *Samhall AB*, *SACO*, *Synskadades riksförbund*, *Arbetslivsinstitutet*, *TCO*, *LO*, *Industrifacket*, *Handikappförbundens samarbetsorgan* samt *De handikappades riksförbund*. *Jämställdhetsombudsmannen* anförde bl.a. att det är meningslöst att införa ett diskrimineringsförbud som endast tar sikte på avsiktliga förfaranden, särskilt i kombination med regler om bevisning som ålägger käranden att styrka eller göra sannolikt att diskriminering förekommit. Enligt *Jämställdhetsombudsmannen* är det väl känt från länder som har omfattande rättspraxis avseende diskriminering att det ytterst sällan är möjligt att styrka ett avsiktligt missgynnande. *Jämställdhetsombudsmannen* hade även i sitt eget arbete gjort motsvarande iakttagelser. *Synskadades Riksförbund* ansåg att all form av diskriminering skulle förbjudas. Graden av diskriminering liksom eventuell avsikt härtill borde enligt förbundet vägas in i påföljdssystemet.

Andra remissinstanser tyckte att det var rimligt att lagen endast omfattade direkt diskriminering. *Uppsala universitet* menade att med presumtionsregler riskerade lagen att drabba arbetsgivare som inte haft diskriminerande avsikter men som t.ex. missbedömt två sökandes meriter. Mot bakgrund av att det i departementspromemorian har angivits att värdet av lagen låg i dess normbildande och attitydpåverkande effekt ansåg universitetet att det var väsentligt att

lagen lägger vikt vid omständigheter som motiverar dess införande. Av dessa orsaker menade Uppsala universitet att det inte fanns skäl att vare sig införa presumtionsregler eller låta lagen omfatta indirekt diskriminering.

Bevisfrågor

Arbetsgruppen föreslog att en uppdelning av bevisbördan enligt den modell som används i mål rörande föreningsrättskränkning skulle användas.

Många remissinstanser ansåg att diskrimineringsförbuden borde vara utformade som presumtionsregler i samma utsträckning som jämställdhetslagen. *Handikappombudsmannen* anförde att de beviskrav som ställs upp i lagen mot etnisk diskriminering är alltför höga. Detta får till följd att lagen är omöjlig att tillämpa samt att den har symbolkaraktär menade *Handikappombudsmannen*. *Handikappombudsmannen* menade också att jämställdhetslagen borde användas som förebild eftersom lagen visat sig vara ett effektivt instrument mot diskriminering. *Jämställdhetsombudsmannen* ansåg att förslaget speglade en för låg ambitionsnivå som illa svarade mot behovet av skydd mot diskriminering. Liknande synpunkter framfördes från flertalet andra remissinstanser. *Jämställdhetsombudsmannen* föreslog också att diskrimineringsförbuden utformades lika oavsett vilken skyddskategori det handlar om och ansåg att jämställdhetslagen då borde tjäna utgångspunkt.

Andra remissinstanser delade arbetsgruppens förslag till fördelning av bevisbördan. Av dem som anfört skäl för sin uppfattning kan nämnas *Arbetslivsinstitutet* som menade att funktionshindrade personer definitionsmässigt kräver särbehandling och att det därför inte kan vara rimligt att all särbehandling skall kunna presumeras utgöra diskriminering.

Övriga frågor

Arbetsgruppen föreslog bl.a. med hänvisning till osäkerheten om som skall gälla om konkurrens uppstår mellan flera diskrimineringslagstiftningar att en utredning med uppgift att utreda om en samlad lagstiftning mot diskriminering i arbetslivet tillsätts.

Av de remissinstanser som ansåg att ytterligare utredning krävdes var det flera som menade att man borde undersöka förutsättningarna för en

samlad diskrimineringslagstiftning. Andra menade att man i vart fall borde ha en enhetlig utformning av diskrimineringsförbuden.

Stockholms tingsrätt anförde att frågan om vad som skall gälla om konkurrens uppstår mellan flera diskrimineringslagstiftningar inte är löst. Detta måste anses som en allvarlig brist som kan ge svåra tillämpningsproblem, fortsatte *Stockholms tingsrätt*. Tingsrätten ansåg att dessa oklarheter var av så allvarlig natur att förslaget inte borde leda till lagstiftning.

6 Utländska förhållanden

I avsnitt detta följer en kortfattat redogörelse för andra länders lagstiftning mot diskriminering på grund av funktionshinder, främst i fråga om arbetslivet.

6.1 Danmark

I Danmark finns inget lagstadgat förbud mot diskriminering av funktionshindrade i arbetslivet. Den danska grundloven innehåller dock ett skydd mot godtycklig behandling som anses kunna åberopas i fall av diskriminering i offentlig verksamhet. Förvaltningsloven och allmänna förvaltningsrättsliga regler ger ett generellt skydd mot särbehandling utan saklig grund. Det får anses oklart om det gäller även diskriminering på grund av funktionshinder.

Nyligen antogs en lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet (Lov om förbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v.) som trädde i kraft 1 juli 1996. Lagen omfattar direkt och indirekt diskriminering på grund av ras, hudfärg, religion, politiskt åsikt, sexuell läggning eller nationellt, socialt eller etniskt ursprung. Diskriminering av personer med funktionshinder omfattas emellertid inte av lagen.

6.2 Finland

I 17 § lagen om arbetsavtal finns ett allmänt diskrimineringsförbud. Enligt bestämmelsen skall arbetsgivaren bemöta sina arbetstagare opartiskt så att ingen utan fog ges en annan ställning än andra på grund av börd, religion eller någon annan därmed jämförlig omständighet. Huruvida funktionshinder utgör en diskrimineringsgrund enligt lagen om arbetsavtal är inte klarlagt men det förefaller i vart fall inte uteslutet. Bestämmelsen tar sikte på förfaranden i anställningssituationer och i anställningsförhållanden.

Efter lagändringar 1995 har påföljder för överträdelser av det civilrättsliga diskrimineringsförbudet flyttats till strafflagen. Sådana

överträdelser ligger under allmänt åtal. Den enskilde kan med stöd i lagen om arbetsavtal föra civil talan om skadestånd.

Med lagändringen 1995 preciserades samtidigt diskrimineringsförbudets innehåll och dess omfattning utvidgades. I den finska strafflagen (47 kap. 3 §) stadgas numera att en arbetsgivare eller en företrädare för denne som vid annonsering om en arbetsplats vid valet av arbetstagare eller under ett anställningsförhållande utan vägande och godtagbart skäl försätter en arbetssökande eller arbetstagare i en ofördelaktig ställning på grund av ras, hudfärg ... hälsotillstånd ... skall dömas för diskriminering i arbetslivet till böter eller fängelse i högst sex månader. Bestämmelsen utgör ett specialstadgande till en allmän diskrimineringskriminalisering som återfinns i strafflagen 11 kap. 9 §. Diskrimineringsgrunderna är desamma i de båda brottbestämmelserna.

Diskriminering på grund av funktionshinder anses innefattas i diskriminering på grund av hälsotillstånd och utgör således en straffbar gärning enligt 47 kap 3 §. En arbetsgivare gör sig skyldig till diskriminering om han eller hon utan vägande och godtagbart skäl försätter en arbetssökande eller arbetstagare i ofördelaktig ställning. För att påvisa en diskriminerande behandling har man utgått från att det vanligen finns ett jämförelseelement. Något krav på att det finns ett jämförelseobjekt är dock inte uppställt. En fiktiv jämförelse med hur andra arbetsgivare bemöter liknande situationer lagligt och opartiskt bör i sådana fall kunna ske. Samtliga fall kräver dock att arbetsgivaren enligt en objektiv bedömning försätter arbetssökanden eller arbetstagare i en sämre situation än andra. Enbart det faktum att olika personer bemöts olika anses inte räcka för att göra en gärning straffbar.

Om någon på det sätt som anges i bestämmelsen försätts i en ofördelaktig ställning är gärningen inte straffbar om det finns ett vägande och godtagbart skäl till detta. Det har ansetts att detta skäl bör vara relaterat till arbetet. Så är t.ex. fallet när vid valet av redaktör för ett partiorgan en sökande som i och för sig är mera meriterad men företräder en syn, som avviker från tidningens linje, förbigås. Likaså bör den som t.ex. väljs till en kyrklig tjänst förutsättas ha en religiös övertygelse.

I andra fall kan ett godtagbart skäl vara en integrerad del av ett förfarande varmed arbetsgivaren medvetet försöker förbättra ställningen för vissa arbetstagare som är i behov av särskilt skydd på bekostnad av andra. Det anses inte vara fråga om diskriminering om t.ex. en ensamstående arbetstagare på grund av arbetsbrist permitteras i stället för en ensamförsörjare. Det anses dock inte acceptabelt att någon eller några arbetstagare favoriseras godtyckligt utan förfarandet skall vara grundat antingen på lag eller vedertagna verksamhetsprinciper eller, såsom i det angivna exemplet, följa ett kollektivavtal.

För att en diskriminerande gärning skall vara straffbar krävs att gärningsmannen haft uppsåt men inte att han eller hon haft ett diskriminerande syfte. Motivet för arbetsgivarens handlande kan t.ex. vara en ekonomisk förmån eller att få arbetet att löpa smidigt. Oaktat härav är det straffbart att säga upp någon t.ex. på grund av graviditet. Arbetsgivaren måste dock haft insikt om eller varit medveten om diskrimineringsgrunden för att gärningen skall vara straffbar.

6.3 Frankrike

Den franska lagstiftningen mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder finns i strafflagen, Code pénal. Därutöver finns bestämmelser mot diskriminering i en arbetsrättslig lag, Code du travail. Denna omfattar dock inte diskriminering på grund av funktionshinder.

Enligt Code pénal (artikel 225 - 2) är det straffbart att diskriminera någon på grund av funktionshinder. Förbudet gäller stora delar av samhällslivet, däribland arbetslivet. Enligt strafflagen får en arbetsgivare t.ex. inte vägra att anställa en funktionshindrad eller avskeda eller säga upp en funktionshindrad arbetstagare med mindre arbetsgivaren genom intyg från läkare kan påvisa den funktionshindrades oförmåga att utföra arbetet. Den som bryter mot lagen kan dömas till fängelse i högst två år och/eller böter upp till 200 000 FRF.

6.4 Storbritannien

År 1995 antogs en lag mot diskriminering av personer med funktionshinder (Disability Discrimination Act - DDA). Lagens tillkomst var resultatet av ett mångårigt kampanjarbete för att förbättra funktionshindrades rättsliga ställning. Lagen förbjuder diskriminering av personer med funktionshinder i samband med anställning och arbete samt när varor, tjänster och andra resurser erbjuds. Lagen omfattar, såvitt avser behandling av arbetssökande och arbetstagare, endast arbetsgivare med minst 20 anställda.

Enligt DDA har en person ett funktionshinder om han eller hon har en fysisk eller intellektuell sjukdom eller skada som har väsentliga och långsiktiga negativa effekter på hans eller hennes möjligheter att utföra normala dagliga aktiviteter. Lagen omfattar även den som har haft men inte längre har ett funktionshinder.

I DDA har lagstiftaren, i stället för att följa modellen med direkt och indirekt diskriminering som gäller i de två existerande brittiska antidiskrimineringslagarna - Sex Discrimination Act och Race Relations Act - utvecklat två nya definitioner av begreppet *diskriminering*. Endast direkt och således inte indirekt diskriminering omfattas av lagens förbud. Med hänsyn till hur direkt diskriminering definierats är detta emellertid en sanning med modifikation. DDA talar dels om *oberättigad direkt diskriminering* av orsak som har samband med en persons funktionshinder, dels diskriminering när en arbetsgivare brister i en skyldighet att anpassa förhållandena på arbetsplatsen.

En person med funktionshinder diskrimineras om denne, av orsak som har samband med funktionshindret, behandlas mindre förmånligt än andra behandlas eller skulle ha behandlats, såvida den som diskriminerar inte kan visa att behandlingen är berättigad. Genom denna möjligen något lösa koppling mellan arbetsgivarens handlande och ett funktionshinder har det ansetts att lagen fångar in många fall av diskriminering som inom andra områden skulle betraktas som indirekt diskriminering. Hinder för att ta sig fram med rullstol på en arbetsplats utgör ett exempel på en sådan situation. Den *andra* typen av diskriminering föreligger då ett särskilt förfarande (vid anställning, i fråga om anställningsvillkor, befordran m.m.) eller den fysiska miljön på arbetsplatsen försätter en funktionshindrad person i ett väsentlig sämre läge än personer utan funktionshinder. Det åligger då arbetsgivaren att vidta sådana åtgärder som rimligen kan begäras för att förhindra att förfarandet eller den fysiska miljön får sådan effekt. Vid bedömningen av vad som kan krävas av arbetsgivaren skall hänsyn tas till omständigheter så som kostnaden för åtgärden, möjligheten att vidta åtgärden samt den förmodade effektiviteten härav. Även denna anpassningsskyldighet innebär att lagen omfattar mycket av det som inom andra områden skulle definieras som indirekt diskriminering.

En enskild person som anser sig diskriminerad kan vända sig till en specialdomstol, en s.k. *industrial tribunal*. Tribunalen kan förklara vem av parterna som har rätt, döma ut skadestånd (allmänt och ekonomiskt) samt rekommendera svaranden att vidta en viss åtgärd, t.ex. befordra den diskriminerade arbetstagaren inom viss tid. Om rekommendation inte följs kan detta leda till en förhöjd skadestånd. Det utdömda skadeståndet kan omfatta både ersättning för ekonomisk skada, exempelvis utebliven lön, och kompensation för den kränkning som diskrimineringen inneburit. Tribunalens beslut kan överklagas till the Employment Appeal Tribunal.

Lagen innehåller vidare bestämmelser om ett rådgivande organ till regeringen (Disability Council). Rådets funktion är uteslutande

rådgivande. Det har därför ingen befogenhet att stödja enskilda när de driver sina fall och har inte heller har befogenhet att bedriva utredningar.

Såvitt utredningen har erfarit kritiserats DDA främst på följande grunder. Lagen gäller inte för arbetsgivare med färre än 20 anställda. Definitionen av funktionshinder är för begränsad. Den omfattar t.ex. inte personer med mindre uttalade funktionshinder eller personer som antas (felaktigt) vara funktionshindrade. Det saknas en myndighet som ser till att lagen efterlevs vilket bl.a. har till följd att enskilda personer som anser sig diskriminerade själva får driva sina rättsliga processer.

6.5 Irland

Irland har ännu ingen lagstiftning mot diskriminering av funktionshindrade i arbetslivet. Däremot har Irland en lag om jämlikhet i arbetslivet (Employment Equality Act) vilket innebär att det är olagligt att diskriminera på grund av kön och civilstånd.

Irlands parlament antog nyligen två lagar på diskrimineringsområdet, lagen om jämlikhet i arbetslivet (Employment Equality Bill 1996) och lagen om lika status (Equal Status Bill). På begäran av Irlands president prövade landets Högsta Domstol huruvida lagarna var grundlagsenliga. Högsta domstolen fann att lagen om jämlikhet på arbetsplatsen inte var förenlig med grundlagen i det avseendet att den ålade arbetsgivaren en skyldighet att vidta rimliga arbetsplatsanpassningar för personer med funktionshinder. Detta var ett intrång i arbetsgivarnas äganderätt i strid med grundlagen ansåg domstolen. Lagen är nu under omarbetning. Det får anses ovisst när ett grundlagsenligt förslag kan presenteras.

Lagen om jämlikhet i arbetslivet var tänkt att bli en helhetslösning angående olika diskrimineringsfrågor. Grunderna som skulle omfattas av lagen var bl.a. kön, etnisk bakgrund, sexuell läggning, funktionshinder och ålder.

6.6 Tyskland

I den tyska grundlagen förbjuds diskriminering på grund av kön, ras, språk, nationellt eller socialt ursprung, tro, religion, politisk åsikt eller funktionshinder. Bestämmelsen torde främst tillämpas vid såväl federal som och delstatlig lagstiftning men anses även kunna åberopas av en enskild i förhållande till offentliga organ.

6.7 USA

Den federala diskrimineringslagstiftningen finns i en lag från år 1990 om rättigheter för personer med funktionshinder (Americans with Disabilities - ADA). Lagen förbjuder diskriminering av personer med funktionshinder och innehåller bestämmelser om tillgänglighet för dessa på områdena arbete, offentlig service, offentliga kommunikationer, privat tillhandahållna lokaler och tjänster samt telekommunikationer. ADA har trätt i kraft i olika etapper och är, såvitt avser arbetsmarknaden, gällande lag sedan 1992. Den gäller endast mot arbetsgivare med 15 eller fler anställda.

Som utgångspunkt kan anges att den amerikanska lagstiftningen utgår från att personer med funktionshinder är medborgare med full rätt att ha tillgång till arbete, service och lokaler på samma villkor som andra, oberoende av funktionshindret. På motsvarande sätt förhåller sig lagstiftningen i fråga om andra diskrimineringsgrunder. Hinder för detta innebär diskriminering och kan straffas med böter.

ADA omfattar alla former av diskriminering av personer med funktionshinder i arbetslivet. Ett funktionshinder definieras i lagen som en nedsättning av den fysiska eller psykiska förmågan, som väsentligt begränsar de grundläggande livsaktiviteterna. Den som tidigare haft en nedsättning av förmågan men som inte längre har det liksom den som antas ha en sådan nedsättning omfattas av lagen. Lagen förbjuder även diskriminering av en person för att denne står i viss relation till en person med funktionshinder. I ett särskilt avsnitt i lagen har det angivits att drogberoende personer liksom homo- eller bisexuella personer inte anses vara funktionshindrade enligt lagens mening. Motsvarande förklaring har gjorts i fråga om transvestiter, pedofiler, personer med spelmani, kleptomani och pyromani. Däremot anses HIV-positiva omfattas av lagens personkrets.

ADA anger att kvalificerade personer inte får missgynnas på grund av ett funktionshinder vid anställning, befordran, personalutbildning m.m. eller beträffande anställningsförmåner. Arbetsgivaren får inte använda sig av urvalskriterier, kvalifikationskrav eller anställningstest, som skiljer ut personer med funktionshinder, såvida inte det kan visas att kraven eller testen är relaterade till arbetet i fråga. Medicinska eller andra undersökningar i syfte att fastställa funktionshinder får inte göras. Däremot anses en arbetsgivare få lov att vidta sådana undersökningar i syfte att undersöka förmågan att utföra arbetsrelaterade uppgifter. På motsvarande sätt anses en arbetsgivaren inte ha rätt att fråga om en arbetssökande eller arbetstagar är funktionshindrad. Arbetsgivaren får dock fråga om den sökande eller arbetstagar kan utföra arbetet.

Kvalificerad anses den som med eller utan rimlig anpassning av arbetsplatsen kan utföra de väsentliga funktionerna av ett arbete. I detta ligger således en skyldighet för arbetsgivaren att vidta rimliga

anpassningsåtgärder för en kvalificerad arbetssökande eller arbetstagare med funktionshinder. Detta kan bl.a. innebära att arbetsplatsen skall vara tillgänglig, att arbetsuppgifterna och/eller arbetstiderna skall vara anpassade efter arbetstagarens förutsättningar, att arbetsutrustning skall anpassas eller lämplig arbetsutrustning anskaffas, att det skall finnas tillgång till läshjälp eller tolk om det behövs. Att inte vidta anpassningsåtgärder för en kvalificerad arbetssökande eller arbetstagare är diskriminerande, såvida inte arbetsgivaren kan visa att detta skulle innebära en orimlig belastning för arbetsgivarens verksamhet. Vid en sådan bedömning skall hänsyn tas till omständighet såsom, med vilka svårigheter åtgärderna kan genomföras, kostnaden för åtgärden, verksamhetens omfattning, natur och struktur samt arbetsgivarens finansiella resurser. Den kostnad som skall beaktas är nettokostnaden eftersom arbetsgivaren kan få olika bidrag och skattelättnader för vissa typer av anpassningsåtgärder.

Förutom denna federala lagstiftning finns i nästan alla amerikanska delstater en delstatlig antidiskrimineringslagstiftning. Dessa speglar vanligen den federala lagstiftningen i stort men ibland görs avsteg därifrån. Detta gäller t.ex. i fråga om vilka diskrimineringsgrunderna skall vara.

I fråga om tillsyn av lagens efterlevnad, påföljder vid lagöverträdelser och processuella regler gäller enligt en hänvisning i ADA vad som härom stadgas i Civil Rights Act från 1964. Detta innebär bl.a. följande.

En särskild myndighet, Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) ser till att ADA och de andra diskrimineringslagarna efterlevs. En enskild person som anser sig ha blivit diskriminerad kan göra en anmälan till EEOC. EEOC beslutar därefter om anmälan skall följas upp med en utredning av myndigheten. I förekommande fall utreder EEOC de närmare omständigheterna i frågan och gör en egen bedömning huruvida diskriminering har förekommit eller inte. Anser kommissionen att arbetsgivaren har gjort sig skyldig till diskriminering undersöker den möjligheten till en förlikning mellan parterna.

I de fall EEOC finner att det inte finns grund för påståendet om diskriminering eller då förlikning inte kan nås är den enskilde hänvisad till att driva en rättslig process i domstol i försök att nå upprättelse. Härvid kan han eller hon företräddas av EEOC, vilket torde vara ovanligt annat än i tvister som har prejudikat- eller opinionsvärde. I andra fall får den enskilde föra sin egen talan.

För att en kändan skall vinna bifall med en talan om påstådd diskriminering på grund av funktionshinder krävs först att han eller hon kan visa förekomsten av ett s.k. prima facie fall. Detta innebär att kändan skall visa att han eller hon är funktionshindrad, att han eller hon sökt anställning, befordran, utbildningsplats m.m. och inte fick den

samt att han eller hon var kvalificerad. Om käranden förmår uppfylla detta åligger det arbetsgivaren att visa en icke-diskriminerande anledning för sitt handlande.

Om domstolen finner att arbetsgivaren diskriminerat en arbetstagaren t.ex. vid uppsägning eller befordran kan domstolen besluta att arbetstagaren skall återanställas resp. bli befordrad. I andra fall kan arbetsgivaren åläggas skyldighet att utge såväl allmänt som ekonomiskt skadestånd. Domstolen kan vidare utfärda förelägganden med skyldighet för arbetsgivaren att ändra sin anställningspolitik så att diskriminerande förfaranden undviks.

6.8 Kanada

Kanada har en omfattande antidiskrimineringslagstiftning på flertalet olika diskrimineringsgrunder.

Kanada lär ha varit först med att införa ett uttryckligt grundlagsskydd mot diskriminering på grund av funktionshinder. I grundlagen om rättigheter och friheter (the Canadian Charter of Rights and Freedoms) stadgas bland annat att alla är lika inför lagen och att var och en har rätten till lika skydd och lika förmån av lagen utan diskriminering, i synnerhet utan diskriminering på grund av ras, ursprung ... psykiskt eller fysiskt funktionshinder. Grundlagen kan inte åberopas när en enskild medborgare diskriminerar en annan. Däremot kan lagen åberopas till stöd för att federal eller provinsial lag är ogiltig i visst avseende om den står i strid med grundlagen samt när offentlig verksamhet är oförenlig med grundlagen.

Lagen om mänskliga rättigheter (Canadian Human Rights Act - CHRA) har mer i detalj förstärkt de grundtankar som anges i grundlagen samtidigt som en särskild kommission för mänskliga rättigheter (Human Rights Commission) har inrättats för att se till att lagen efterlevs och för att utreda anmälda diskrimineringsärenden. I lagen anges att dess syfte är att ge alla individer lika möjligheter att förverkliga sina liv utan att bli hindrade av diskriminerande handlingar på grund av ras, nationellt eller etniskt ursprung, hudfärg, religion, ålder, kön, sexuell läggning, civilstånd, familjestatus, funktionshinder eller status som f.d. brottsling när nåd har beviljats.

CHRA är tillämplig inom stora delar av samhällslivet, såsom vid tillhandahållandet av varor och tjänster, inom hyres- och boendemarknaden samt inom arbetslivet. Lagen omfattar vidare facklig verksamhet. Genom ett särskilt stadgande förbjuds fackliga organisationer att diskriminera sina medlemmar. Såväl direkt som

indirekt diskriminering omfattas av lagens förbud. Även trakasserier förbjuds enligt CHRA.

När det gäller arbetslivet klargör lagen att det inte är en diskriminerande handling om ett särskilt program eller en plan har antagits eller genomförts och som har till ändamål att minska eller eliminera de nackdelarna som brukar drabba dem som tillhör en viss utpekad uppräknad grupp.

Kanada har också antagit en lag om rättvisa vid anställning (Employment Equity Act - EEA). Lagen omfattar federalt reglerade privata arbetsgivare och offentliga arbetsgivare som har fler än 100 anställda. Ungefär 900 000 arbetstagare eller 8 procent av Kanadas arbetskraft omfattas av lagen. Kommissionen för mänskliga rättigheter har även ansvaret för tillsynen över denna lag.

Avsikten med EEA är att skapa jämlikhet på arbetsmarknaden så att ingen vägras arbetsmöjligheter eller förmåner av anledningar som inte har att göra med arbetsförmåga och att rätta till de ofördelaktigheter inom arbetslivet som erfarits av kvinnor, urinvånarna, funktionshindrade samt medlemmarna av synliga minoritetsgrupper. Det mål som eftersträvas är att dessa grupper skall vara företrädade i arbetsgivarens arbetsstyrka i samma utsträckning som de finns i den totala arbetsstyrkan i Kanada, eller i de delar av arbetskraften som det är rimligt att anta att arbetskraften rekryteras från. Målet skall nås genom tillämpning av en princip om rättvisa vid anställning. Den innebär inte bara likabehandling av människor utan kräver även särskilda åtgärder och anpassning till olikheter.

De fyra särskilt specificerade grupper av arbetstagare som berörs av lagen är alltså kvinnor, funktionshindrade, urinvånare och synliga minoriteter. De krav som ställs på de berörda arbetsgivarna är att de skall identifiera och eliminera hinder i arbetslivet som berör dessa grupper, att de skall vidta aktiva åtgärder samt att de skall vidta rimliga anpassningsåtgärder för personer i dessa grupper. För att uppfylla dessa skyldigheter åligger det arbetsgivarna en rad förpliktelser som närmare anges i lagen.

På samma sätt som i andra federala stater finner man även i Kanada en extra antidiskrimineringsnivå på delstatsnivå. Denna innefattar såväl lagstiftning som tillsyn. Ibland är det så att utvecklingen inom vissa delstater föregår den federala utvecklingen på området. Så var t.ex. fallet i Ontario där den delstatliga lagen om mänskliga rättigheter (Human Rights Code) förbjöd diskriminering på grund av sexuell läggning långt innan motsvarande tillägg gjordes i den federala lagstiftningen. Ofta är det emellertid så att den delstatliga lagstiftningen i stora drag speglar den federala.

6.9 Australien

År 1993 trädde lagen mot diskriminering av funktionshindrade i kraft (Disability Discrimination Act - DDA). Lagen omfattar personer som har eller som har haft funktionshinder och berör större delen av samhällslivet. Diskriminering förbjuds inom områden som utbildning, bostadsmarknaden, arbetslivet och vid tillhandahållande av varor och tjänster. Såvitt avser arbetslivet gäller lagen för arbetsgivare, arbetsförmedlingar och fackföreningar.

Funktionshinder definieras genom en uppräknning av olika bristande funktioner och begränsningar hos en människa.

Direkt diskriminering definieras i lagen som att någon behandlar en person med funktionshinder mindre förmånligt än han eller hon behandlar eller skulle ha behandlat personer utan sådant funktionshinder under förhållanden som är desamma eller i vart fall inte är materiellt olika.

Indirekt diskriminering definieras som att någon fordrar att en funktionshindrad skall efterkomma krav eller villkor, som en väsentligt större andel personer utan sådant funktionshinder kan efterkomma, som inte är rimliga att beakta i det enskilda fallet och som den funktionshindrade inte klarar av att efterkomma.

Såvitt avser arbetslivet anger lagen att det är förbjudet för en arbetsgivare att diskriminera en arbetssökande med funktionshinder vid rekryteringsförfarandet, vid valet av vem som skall erbjudas anställning och i fråga om anställningsvillkor. Beträffande arbetstagare är diskriminering förbjuden i fråga om anställningsvillkor, i fråga om tillträde eller begränsning av tillträde för befordran, förflyttning eller utbildning och vid uppsägning eller avskedande.

I fråga om vem som skall erbjudas en anställning liksom när en person sägs upp eller avskedas är det emellertid inte förbjudet för en arbetsgivare att ange funktionshindret som skäl om personen ifråga inte kan utföra de naturliga arbetsuppgifterna som tjänsten innebär eller om utförandet av dessa uppgifter skulle kräva särskilda åtgärder såsom tjänster, hjälpmedel m.m. som andra utan sådant funktionshinder inte behöver och dessa åtgärder skulle innebära en otillbörlig belastning för arbetsgivaren.

Lagen förbjuder vidare diskriminerande platsannonser samt uppmantran av olagliga diskriminerande handlingar.

Om en viss åtgärd, t.ex. en uppsägning, är vidtagen av två eller fler anledningar och en av dem utgörs av funktionshindret, anses åtgärden enligt lagen vidtagen på grund av funktionshindret. Vad som kan ha varit den väsentligaste anledningen tas ingen hänsyn till.

Lagen ger skydd åt den som är, har varit eller som förmodas vara funktionshindrad. Även den som är besläktad eller bekant med någon som är funktionshindrad omfattas av lagens personkrets.

Tillsynen över lagen, liksom över andra antidiskrimineringslagar, utövas av en särskild kommission för mänskliga rättigheter och likabehandling. Kommissionen har ett flertal uppgifter. Några av de viktigaste är att undersöka diskrimineringsanklagelser, att försöka nå en förlikning mellan parterna där det är lämpligt, att rapportera till ministern angående den pågående utvecklingen samt att utveckla och sprida riktlinjer för undvikande av diskriminering av funktionshindrade.

6.10 Nya Zeeland

Nya Zeelands lag om mänskliga rättigheter (Human Rights Act - HRA) antogs 1993. HRA förbjuder diskriminering på grund av kön, civilstånd ..., funktionshinder. Funktionshinder definieras genom en uppräkningslista av olika brister och nedsättningar av olika centrala funktioner. Lagen förbjuder diskriminering av personer som kan hänföras till åtminstone någon av grupperna liksom diskriminering av den som är släkt eller bekant med en person som kan hänföras till någon av grupperna. Förbudet gäller vidare om diskrimineringsgrunden föreligger, har eller kan ha förelegat tidigare, misstänks, antas eller tros föreligga. Lagen är tillämplig inom de flesta av samhällslivets områden, däribland arbetslivet.

Såvitt avser arbetslivet gäller lagen endast för kvalificerade arbetssökande och arbetstagare. Såväl direkt som indirekt diskriminering omfattas av lagen. Lagen omfattar, förutom alla slags arbetsgivare, även arbetsförmedlingar. Även innehållet i en platsannonser kan angripas med stöd av lagen. Trakasserier med anledning av en anmälan om diskriminering förbjuds också.

En olik eller diskriminerande behandling tillåts om funktionshindret är sådant att särskilda hjälpmedel behövs och det inte är rimligt att kräva att arbetsgivaren erbjuder dessa hjälpmedel eller om arbetsuppgifterna och arbetsmiljön är sådana att dessa uppgifter kan utföras endast genom att utsätta den funktionshindrade eller andra för en skaderisk, såsom t.ex. infektionsrisk, och det inte är rimligt att ta denna risk.

6.11 Sydafrika

Centralt i Sydafrikas grundlag är principen om likhet inför lagen. I grundlagen anges vidare att diskriminering på grund av ras, kön, etniskt eller socialt ursprung, hudfärg, sexuell läggning, ålder, funktionshinder,

religion, kultur eller språk är förbjuden. Förbudet gäller såväl direkt som indirekt diskriminering. Grundlagen kan åberopas av en enskild i en rättslig process.

Diskriminering i arbetslivet regleras även i en lag om arbetsrelationer (Labour Relations Act 1995). Där anges att oberättigad diskriminering av arbetstagare eller arbetssökande baserad på godtycklig grund är förbjuden. Som godtyckliga grunder nämns ras, kön, etniskt eller socialt ursprung, sexuell läggning, ålder, funktionshinder och religion. Dessutom förklarar lagen att aktiva åtgärdsprogram som har till syfte att skydda eller komma till rätta med tidigare diskriminering inte innebär oberättigad diskriminering av dem som inte kommer i fråga för ett sådant program.

7 Diskrimineringsbegreppet

7.1 Diskrimineringsbegreppet

7.1.1 Inledning

Ordet diskriminering är för många ett värdeladdat begrepp. Det finns en utbredd föreställning om att diskriminering kräver ett aktivt handlande av en gärningsman i ett illvilligt syfte, en ond avsikt. För att utgöra diskriminering anses vidare ofta att en företeelse eller ett handlande skall ske öppet och diskrimineringsgrunden tydligt kunna avläsas. Ett påstående om att en person eller grupp av personer är diskriminerade i något avseende väcker i allmänhet också skuld känslor.

Ordet "diskriminering" kommer av det latinska "discrimo" som betyder jag avskiljer. I Svenska Akademiens Ordlista har diskriminera fått betydelsen "att behandla olika". Nationalencyklopedin (NE) ger begreppet diskriminering betydelsen "särbehandling (av individer eller grupper) vilken innebär ett avsteg från principen att lika fall skall behandlas lika". NE anger vidare att man, i dagligt tal, med diskriminering avser en "sådan särbehandling av en grupp eller av en individ som innebär olägenhet av något slag för gruppen eller individen". Juridikens Termer definierar diskriminering som "Olikartad behandling av vad som borde behandlas likartat". Uppfattningen om innebörden av diskriminering verkar i alla dessa fall förutsätta någon form av jämförelse mellan olika personer.

De redovisade beskrivningarna av innebörden av "diskriminering" speglar sannolikt en i Sverige utbredd uppfattning. Beskrivningarna är emellertid ofullständiga. Diskriminering uppstår inte bara vid särbehandling utan kan lika väl uppstå till följd av likabehandling. Enligt EG-domstolen innebär diskriminering inte bara att lika fall behandlas olika utan även att olika fall behandlas lika (se t.ex. *Italien ./. Kommissionen*, Rec. 1963 s. 165).

Det finns emellertid ingen för alla situationer fastställd definition av begreppet diskriminering. Ordet används för att beskriva allt från avsiktlig, negativ särbehandling till företeelser som är följden av traditioner, praxis eller ett visst regel - eller samhällssystem vid en viss tidpunkt. Det används ofta för att beskriva en jämförelse mellan individer i enskilda fall men har ibland avseende på hela grupper. Jämställdhetskommittén beskrev innebörden av begreppet könsdiskriminering på följande sätt i sitt betänkande (SOU 1978:38 s. 87) "I dagligt tal betecknar ordet könsdiskriminering ibland varje olägenhet som någon har till följd av sitt kön och ibland varje åtskillnad som görs mellan kvinnor och män".

Inte heller rättsligt är diskriminering entydigt. Begreppet förekommer i ett flertal lagar, bl.a. i brottsbalken, jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering. Det har olika innebörd i de olika lagarna.

Diskriminering som grundlagts under tidigare perioder i historien kan vidmakthållas genom passivitet. De särskilda kvinnolönerna avskaffades på 1960-talet men det ledde inte till någon bearbetning av de värderingar som låg bakom lönesättningen av kvinnors arbete. Slopandet av de särskilda kvinnolönerna innebar inte i och för sig någon skillnad för kvinnorna eftersom deras arbete av ledning och fack gemensamt placerats i den lägsta lönegruppen (Löneskillnadsutredningen, SOU 1993:7 s. 178). Därigenom avskaffades inte lönediskrimineringen men den blev mera dold.

Kvardröjande regler som utgör direkt diskriminering är ofta en återspeglning av värderingar från ett annat och äldre samhälle. Exempel kan sägas vara vissa av de regler om krav på svenskt medborgarskap. Flera av dem upphävdes först i och med Sveriges inträde i EU. Uppfattningen om vad som är diskriminering varierar också över tid. Även inställningen till vilken grad och art av diskriminering som kan godtas varierar över tid och är beroende av samhällets vid varje tidpunkt rådande värderingar. Ett slående exempel på värderingsförskjutningar i det hänseendet är vissa äldre ILO- konventioner om nattarbetsförbud för kvinnor, om gränser för tunga lyft och förbud för kvinnor att utföra vissa arbetsuppgifter (konventionerna nr 89, 127 respektive 45). De var betingade av arbetsmiljöhänsyn och uppfattningen vid tiden för deras tillkomst att kvinnor behövde skydd från att utsättas för vissa ansträngningar. Samtidigt utgör konventionerna klara exempel på direkt diskriminering.

Att en omvärdering av normer som tidigare inte ansetts diskriminerande kan vara nödvändig förutses också i vissa internationella rättsakter. I artikel 11.3 i konventionen om avskaffande av alla former av diskriminering av kvinnor anges t.ex. att skyddslagstiftning i frågor som behandlas i artikeln regelbundet skall

omprövas mot bakgrund av vetenskaplig och teknologisk kunskap och vid behov ändras. Från EG-rätten kan som exempel nämnas artikel 5 i direktivet om likabehandling av kvinnor och män, vilken först slår fast att tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om arbetsvillkor innebär att kvinnor och män skall vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön. Därefter heter det att nödvändiga åtgärder för detta ändamål skall vidtas för att de lagar och andra författningar som strider mot likabehandlingsprincipen omarbetas, när det behov av skydd som ursprungligen gav upphov till dem inte längre är välgrundat.

Vidare har det funnits olika perioder i historien under vilka det ansetts helt naturligt att personer tillhöriga en viss grupp har missgynnats - diskriminerats - medan en annan grupp gynnats. Här kan nämnas förbud i bolagsordningar för utländska medborgare att förvärva aktier i svenska bolag eller förbud i lagstiftningen för utländska medborgare att förvärva fast egendom i Sverige utan särskilt tillstånd.

Det finns fortfarande situationer i vilka det allmänt accepteras att alla personer inte behöver behandlas lika oavsett nationalitet. Den internationella rätten förbjuder t.ex. inte att utländska medborgare kan utvisas ur en stat trots att statens egna medborgare inte kan behandlas så. Rent språkligt föreligger även då diskriminering. Det är alltså en sak vad som anses utgöra diskriminering och en annan vad som är godtagbar diskriminering. Rätten att utvisa andra än den egna statens medborgare är exempel på det sistnämnda. Ytterligare en annan sak är vilka undantag som bör godtas från ett uppställt förbud att diskriminera. Långtifrån all diskriminering är således förbjuden.

7.1.2 En indelning av begreppet diskriminering

Diskriminering har både en objektiv och en subjektiv sida. Det kan vara svårt att hålla isär dem. När olika former av diskriminering beskrivs i rättsliga sammanhang är det vanligast att begreppet avhandlas på följande sätt. Utredningen utgår vid sin behandling av diskriminering fortsättningsvis från denna indelning.

På den *objektiva sidan* brukar man dela in diskriminering i direkt och indirekt. Ibland förekommer även indelning av båda dessa i öppen i motsats till dold och förtäckt diskriminering.

Direkt diskriminering förutsätter att det finns ett rakt orsakssamband mellan diskrimineringsgrunden och den diskriminerande effekten. Denna typ av diskriminering beskrivs ofta som öppen eller att den framgår direkt.: "För att vara domare krävs svenskt medborgarskap. "Kvinnor får

inte utföra nattarbete". "Den som skall få anställning som flygare får inte vara funktionshindrad."

Indirekt diskriminering brukar anses föreligga när ett krav som framstår som neutralt medför att personer som tillhör en viss grupp sätts i ett sämre läge än personer som tillhör en annan grupp. "Vid arbetsbrist skall deltidsanställda sägas upp före heltidsanställda", "för arbetet som polis krävs en minimilängd av 175 cm", för arbetet som gymnastiklärare krävs att man kan springa 100 m på högst 12 sek." Även likabehandling kan således få diskriminerande effekter.

Subjektivt kan diskriminering vara ett åsyftat, avsiktligt resultat av ett handlande eller tillämpningen av en uppställd regel. Den diskriminerande handlingen kan emellertid också vara utan diskriminerande avsikt, men ändå vidtas med insikt om en diskriminerande effekt. Motivet, den avsedda effekten av ett handlande, måste alltså skiljas från insikten om den faktiska effekten av handlandet och om den föreliggande diskrimineringsgrunden. En avsikt att i ett fall gynna en viss grupp människor kan oavsiktligt leda till att andra grupper som följd härav missgynnas. Motivet kan till och med vara gott och avsikten rentav att gynna. Ett exempel på detta utgör de tidigare nämnda ILO-konventionerna som föreskrev särskilda skyddsregler för kvinnor. Det goda uppsåtet hindrade inte att kvinnorna i och med skyddet blev diskriminerade. Åtgärder till en persons skydd som vidtas med gott uppsåt kan alltså leda till att samma person i stället diskrimineras. Den diskriminerades motiv eller avsikt för sitt handlande saknar i huvudsak betydelse för indelningen i direkt och indirekt diskriminering.

En vägran att anställa en person med viss hörsel- eller synnedättning med uttrycklig eller underförstådd förklaring att funktionshindret är orsak till vägran är exempel på vad som kan utgöra *avsiktlig direkt* diskriminering. Som vi kommer att utveckla i avsnitt 9.5.3, behöver emellertid en sådan behandling, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, inte utgöra diskriminering. *Oavsiktlig direkt* diskriminering kan föreligga om en vägran att anställa en funktionshindrad grundar sig på slentriantänkande eller fördomar, t.ex. om en rörelsehindrads förmåga att ta sig fram med rullstol eller andra hjälpmedel.

Exempel på oavsiktlig direkt diskriminering finns vidare i de tidigare nämnda ILO-konventionerna som utestängde kvinnor från vissa typer av arbete, t.ex. arbete under jord och nattarbete i industrin eller förbjöd kvinnor att utföra vissa tunga lyft. Avsikten med dessa förbud angavs vara omsorgen om kvinnor och att kvinnor, till skillnad från män behövde skyddas från de angivna arbetsuppgifterna eller arbetsförhållandena. Liknande överbeskyddande motiv, som också innebär oavsiktlig direkt diskriminering är att en arbetsförmedlare inte

föreslår en arbetssökande med svart hudfärg ett ledigt arbete för att bespara arbetssökanden ett förväntat obehag på den aktuella arbetsplatsen, eftersom det är känt att personer som inte är etniska svenskar tidigare har bemötts illa, i stället för att låta den arbetssökande själv avgöra om han eller hon vill utsätta sig för den risken. Oavsiktlig direkt diskriminering kan vidare föreligga när en arbetsgivare, utan avsikt att diskriminera följer en bestämmelse i lag eller förordning som ställer vissa krav, t.ex. på svenskt medborgarskap.

Även indirekt diskriminering kan vara antingen avsiktlig eller oavsiktlig. *Avsiktlig indirekt* diskriminering föreligger t.ex. när en arbetsgivare kräver att samtliga anställda skall kunna gå, i syfte att utesluta rörelsehindrade personer. I ett sådant fall är effekten av det uppställda kravet åsyftad. I sammanhanget bör det betonas att arbetsgivarens diskriminerande avsikt vid indirekt diskriminering inte medför att diskrimineringen blir direkt.

Om kravet på förmåga att gå ställs upp av ren slentrian eller obetänksamhet är den *indirekta* diskrimineringen *oavsiktlig*.

7.1.3 Diskrimineringsbegreppet i EG-rätten

Inom EG-rätten finns en omfattande reglering av diskriminering på grund av nationalitet och kön. Det rör sig både om skriven och domarskapad rätt. Däremot saknas uttryckliga regler till skydd för funktionshindrade. Intressant att notera är dock generaladvokatens bedömning i målet *Lisa Jaqueline Grant ./. South-West Trains Ltd* (C-249/96). I sitt utlåtandet, som ytterst rörde tolkningen av EG-fördragets artikel 119, framhöll generaladvokaten att det inte finns något i den primära EG-rätten som indikerar att rättigheterna och skyldigheterna som kan härledas ur EG-fördraget - inklusive rättigheten att inte bli diskriminerad på grund av kön - inte skulle vara tillämpliga beträffande homosexuella, *funktionshindrade*, beträffande personer av ett särskilt etniskt ursprung eller de med en särskild religiös övertygelse. Likhet inför lagen är en fundamental princip inom varje rättsstat, och således även inom EU anförde generaladvokaten. Det är f.n. osäkert när domstolen kommer att meddela sin dom.

Uppfattningar som har med diskriminering och likabehandling att göra är centrala i EG-rätten. Det gäller i synnerhet principen om ickediskriminering. Huvudvikten ligger vid att avskaffa diskriminering grundad på nationalitet. Den principen uttrycks i artikel 6 i EG-fördraget. Någon motsvarighet till artikel 6 finns inte för könsdiskriminering, trots att avskaffandet av könsdiskriminering har

vuxit till en av de viktigaste frågorna inom gemenskapen och som även fått betydligt större uppmärksamhet.

Principen om likställighet och begreppet diskriminering har behandlats otaliga gånger av EG-domstolen. Domstolen har förklarat att likställighetsprincipen är en grundläggande princip i EG-rätten och att de bestämmelser i EG-rätten som innehåller förbud mot diskriminering endast innebär specificering av denna allmänna princip. Likställighetsprincipen kräver att jämförbara situationer inte behandlas olika men också att olika situationer inte får behandlas lika, om det inte är objektivt sett berättigat.

Ur likställighetsprincipen har domstolen urskiljt ytterligare en princip, som den ibland jämför med en särskild rättighet; rätten till eller principen om likabehandling. Det är denna rättighet eller princip, som anger handlingsnormen som gäller för att undvika ansvar för könsdiskriminering.

Två beståndsdelar av begreppet diskriminering kan härledas ur domstolens domar. Den första har att göra med jämförbarheten av de fall som skall bedömas och den andra hänför sig till frågan om det finns några objektivt godtagbara skäl för olikheten i behandling.

Åtskillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering förekommer även i EG-rätten. Båda är förbjudna inom de områden som omfattas av EG-rätten.

EG-domstolen har gång på gång slagit fast att principerna om fri rörlighet för (fysiska och juridiska) personer och principen om likabehandling är två av de grundläggande principerna i EG-rätten. Bestämmelserna i EG-fördraget om fri rörlighet för personer på detta område får inte tolkas restriktivt och de har direkt effekt. Utrymmet för undantag från likabehandlingsprincipen är också litet och förutsätter i allmänhet att det finns stöd i skrivna rättsakter.

Enligt principen om likabehandling får lika situationer inte behandlas olika och olika situationer inte behandlas lika, med mindre sådan behandling är objektivt berättigad. I det hänseendet använder EG-domstolen samma resonemang oavsett om diskrimineringsgrunden i målet är kön eller nationalitet. *Gillespie*-fallet (Rec. 1996 I s. 475), som rör könsdiskriminering, och *Schumacker*-fallet (Rec. 1995 I s. 225), som rör diskriminering på grund av nationalitet är exempel på detta.

EG-rätten fäster inget avseende vid diskrimineringens subjektiva sida. Den ställer heller inte upp något krav på direkt orsakssamband mellan missgynnandet och en viss gruppstillhörighet.

EG-rättens reglering av vad som är förbjuden könsdiskriminering i arbetslivet har gett mest omfattande domstolspraxis.

Vid indirekt diskriminering görs en intresseavvägning för att komma fram till vad som är otillåten indirekt diskriminering enligt den s.k.

proportionalitetsprincipen. Den tillämpades första gången i *Bilka*-fallet (Rec. 1986 s.1607). Domstolen slog fast att en arbetsgivare bryter mot förbudet mot könsdiskriminering i artikel 119 när deltidsanställda utesluts från företagets pensionssystem, om uteslutningen gäller en mycket större andel kvinnor än män, såvida inte företaget kan visa att denna uteslutning grundar sig på objektiva faktorer, som inte har någon anknytning till diskriminering på grund av kön. I sitt förhandsavgörande angav domstolen principerna för den intresseavvägning som skall ske för att indirekt diskriminering skall kunna tillåtas. I fallet var företagets syfte att anställa så få som möjligt på deltid.

För att en åtgärd som medför indirekt diskriminering skall vara tillåten måste två krav vara uppfyllda. För det första måste syftet vara objektivt sett godtagbart. För det andra måste åtgärden vara adekvat och nödvändig. Om det finns handlingsalternativ är åtgärden inte berättigad.

EG-domstolen har alltsedan *Bilka*-fallet hållit fast vid de angivna principerna i en lång rad avgöranden.

Också redan gällande sekundärrättsakter rörande förbud mot könsdiskriminering förbjuder med ett undantag uttryckligen såväl direkt som indirekt könsdiskriminering. Artikel 2.1 i likabehandlingsdirektivet föreskriver att likabehandlingsprincipen skall ”innebära att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus”. Den direkta diskrimineringen kan vara avsiktlig eller oavsiktlig. Av fyra direktiv om likabehandling av kvinnor och män är det endast likalönedirektivet som inte uttryckligen anger att indirekt diskriminering är förbjuden. Direktivet är dock bara ett förtydligande av artikel 119 och innefattar således båda typerna av diskriminering.

Att den handlandes uppsåt saknar betydelse för om otillåten könsdiskriminering föreligger illustreras särskilt väl av EG-domstolens avgörande i *Rinner-Kühn*-fallet. Generaladvokaten ansåg att en lag som var indirekt diskriminerande för kvinnor skulle anses strida mot EG-rätten endast om avsikten var att diskriminera kvinnor och den som handlande enligt lagen avsåg att diskriminera. Han ansåg det oacceptabelt att lagstiftningsåtgärder kunde anses strida mot EG-fördraget endast på den grunden att den hade diskriminerande verkan. Han menade att det förelåg en avgörande skillnad mellan ett företags rutiner och ett avtal eller en lag. Domstolen följde emellertid inte generaladvokatens förslag och slog fast att verkan av en åtgärd är helt avgörande, oberoende av den handlandes avsikt, för att avgöra om ett förfarandet strider mot ett diskrimineringsförbud.

7.1.4 Diskriminering i jämställdhetslagen

Jämställdhetslagen omfattar både direkt och indirekt diskriminering. I lagen specificeras vilka handlingar, underlåtenheter eller beslut som skall anses som diskriminerande. Reglerna har byggts upp efter situationer som typiskt sett kan antas innebära diskriminering. Om vissa omständigheter är för handen anses således otillåten diskriminering i princip föreligga såvida inte arbetsgivaren kan bevisa att handlandet inte direkt eller indirekt har samband med kön. Presumptionsregeln tar sikte på den subjektiva sidan av arbetsgivarens handlande men arbetsgivarens avsikt spelar, med undantag för en viss anställningssituation en underordnad roll för frågan om otillåten könsdiskriminering skall anses föreligga. Handlingar som inte har sin grund i könsfördomar eller liknande kan komma att betraktas som könsdiskriminering om arbetsgivaren inte förmår bryta presumptionen om avsikt att diskriminera. Däremot finns det handlingar som enligt allmänt språkbruk skulle kunna uppfattas som diskriminerande men som inte omfattas av jämställdhetslagens diskrimineringsförbud. En arbetsgivare som avbryter ett anställningsförfarande kan således, utan att göra sig skyldig till könsdiskriminering, vägra anställa en sökande med hänvisning till dennes kön. Otillåten könsdiskriminering av en arbetstagare förutsätter nämligen att det finns ett anställningsbeslut. Vidare täcker jämställdhetslagen regler, till skillnad från lagen mot etnisk diskriminering, inte alla situationer där ett diskriminerande syfte kan förekomma. I fråga om arbetssökande gäller lagen inte den situationen att en arbetsgivare med ett tydligt diskriminerande syfte nekar en person anställning, om inte den missgynnade personen har bättre sakliga förutsättningar för arbetet än den som fick anställningen (16 §) eller i vart fall likvärdiga sakliga förutsättningar (17 §). Lagen medger alltså, kan man säga, medvetet negativ särbehandling av sådana arbetssökande som inte har de bästa meriterna, men förbjuder diskriminering av de med bättre sakliga förutsättningar.

Den tidigare jämställdhetslagen (1979 års jämställdhetslag) omfattade inte uttryckligen förbud mot indirekt diskriminering.

I förarbetena till den lagen (prop. 1978/79:175 s. 42) anges emellertid att ett krav för att otillåten könsdiskriminering skall anses föreligga är att det finns ett orsakssamband mellan missgynnandet och den diskriminerades kön. Som exempel härpå anges att en arbetsgivare direkt förklarar att han inte vill anställa en manlig eller kvinnlig arbetssökande, därför att han anser att bara personer av motsatt kön är lämpliga för arbetet. Fall där ett sådant *direkt* orsakssamband mellan missgynnandet och den missgynnades kön föreligger omfattas av lagen, fortsätter departementschefen. Det anförs emellertid att det inte med nödvändighet

krävs att orsakssambandet på detta sätt är direkt. Även s.k. *indirekt diskriminering* skall i princip vara otillåten. Som exempel anges att en arbetsgivare utan fog kräver officersutbildning för ett arbete, väl medveten om att i dagens läge (mars 1979) bara män har sådan utbildning och att kvinnor därmed inte kan komma ifråga för arbetet. I specialmotiveringen (s. 121) uttrycktes detta med att förbudet omfattar s.k. indirekt diskriminering som består i att en arbetsgivare på ett obehörigt sätt ställer meritkrav som enbart eller nästan enbart personer av ena könet kan uppfylla.

Vid tillkomsten av den nuvarande jämställdhetslagen infördes uttryckliga förbud mot såväl direkt som indirekt diskriminering. Det ansågs dock onödigt belastande att i lagen lämna legaldefinitioner till begreppen. I förarbetena till lagen (prop 1990/91:113 s. 79 f.) angavs att i flera andra länder liksom inom EG är indirekt diskriminering förbjuden. Inom EG gällde detta för samtliga direktiv inom jämställdhetsområdet med undantag för likalönedirektivet (75/117/EEC). Av EG-domstolens praxis framgick dock att likalönedirektivet i detta avseende hade samma innebörd som de andra direktiven.

Departementschefen delade jämställdhetsutredningens (SOU 1990:41) uppfattning att begreppet indirekt diskriminering torde vara vidare inom EG än vad som i den dåvarande jämställdhetslagen hade angivits som exempel på sådan diskriminering. I syfte att i högre grad än vad som gällt dittills klargöra att diskrimineringsförbudet även omfattar indirekt diskriminering föreslogs att detta uttryckligen angavs i lagen. Innebörden av begreppet bör därvid ansluta sig till den som gäller inom EG, fortsatte departementschefen.

I en summering av vad indirekt diskriminering skall anses innebära angavs i propositionen bl.a. följande. Indirekt diskriminering kommer således att omfatta fall som har beskrivits i förarbetena till den nuvarande jämställdhetslagen. Därutöver kommer begreppet också att omfatta bl.a. sådana fall där följderna av arbetsgivarens beslut blir att någon missgynnas i förhållande till personer av motsatt kön och beslutet inte går att motivera med godtagbara sakliga skäl som inte har samband med den missgynnades könstillhörighet. Det är således effekten av arbetsgivarens beslut som här står i fokus.

Oklarheten om innebörden av begreppet indirekt diskriminering föranledde EG-kommissionen att i ett förslag till direktiv år 1988 om bevisbördan vid misstanke om brott mot likalöns- och likabehandlingsprinciperna och om indirekt diskriminering att lämna en definition till indirekt diskriminering. Rådet har under våren 1997 antagit en gemensam ståndpunkt om förslag till direktiv om bevisbörda i mål om könsdiskriminering. I det förslaget föreligger indirekt diskriminering när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller

förfaringssätt missgynnar en väsentligt större andel personer av det ena könet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet är lämplig(t) och nödvändig(t) och kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med personens kön.

7.1.5 Diskriminering i lagen mot etnisk diskriminering

I den gällande lagen mot etnisk diskriminering ges följande definition av etnisk diskriminering ”Med etnisk diskriminering avses att en person eller en grupp av personer missgynnas i förhållande till andra eller på annat sätt utsätts för orättvis eller kränkande behandling på grund av ras, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse”. I de särskilda förbudsbestämmelserna i 8–9 §§ används emellertid begreppet ”otillbörlig särbehandling”. I förarbetena till lagen (prop 1993/94:101 s 47 f) angavs att begreppet diskriminering saknar en absolut bestämd innebörd, även i juridiskt språkbruk. Det påpekades att ett alltför flitigt användande av snarlika men inte identiska diskrimineringsbegrepp kunde verka förvirrande. Samtidigt ansågs den nya nomenklaturen lättare kunna anpassas till de krav den nya lagen ställde. Avsikten med att använda ”otillbörlig särbehandling” var att det tydligt skulle framgå att vad som var förbjudet var att missgynna en person i väsentligt avseende på grund av ras etc. I begreppet låg, såvitt gällde arbetssökande, att en jämförelse skulle göras med hur andra personer i samma situation behandlats eller hur personen i fråga skulle ha behandlats om den etniska faktorn inte förelegat. Det nya uttrycket ansågs ha många fördelar och ansågs tämligen tydligt avgränsa hur stort avsteg från ett helt accepterat beteende som krävdes för att utlösa en tillämpning av lagstiftningen.

Lagen omfattar enligt förarbeten endast direkt, avsiktlig diskriminering. Härtill omfattas de fall av avsiktlig diskriminering där arbetsgivaren använt sig av en generell föreskrift som ”dimridå”. Samtidigt har skillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering inte gjorts klar i förarbetena. Dessa kan tolkas så att lagen - trots vad som anges i förarbetena - omfattar indirekt diskriminering, så som begreppet vanligtvis definieras, nämligen i de fall den är avsiktlig. Den nu gjorda tolkningen, att lagen omfattar avsiktlig indirekt diskriminering, stöds av hur arbetsmarknadsutskottet uppfattade lagförslaget vid riksdagsbehandlingen (AU 1993/94:09). Där talas om att lagen även omfattar förfaranden som ”framstår som direkt diskriminering”. Uppfattningen i propositionen förefaller emellertid vara att när indirekt

diskriminering subjektivt sett är avsiktlig, blir diskrimineringen att anse som direkt.

Enligt utredarens uppfattning, i vars bedömning regeringen instämde i sitt förslag, skulle den indirekta diskrimineringen förebyggas och motarbetas med andra medel än genom lagen. Utredningen ansåg att detta låg inom kompetensområdet för ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO).

8 Behovet av lagstiftning

Utredningens bedömning: En lag mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder förväntas få normbildande och attitydpåverkande effekter. Samhället visar genom en sådan lag på ett klart sätt att diskriminering på grund av funktionshinder inte accepteras.

I direktiven anger regeringen att en lag mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder skulle tydliggöra samhällets normer och värderingar på handikappområdet. Dessutom skulle en sådan lag ge människor med funktionshinder ökade möjligheter till en jämlik och rättvis behandling i arbetslivet.

En undersökning som Handikappombudsmannen presenterade i juli 1997 om förekomsten av diskriminering i arbetslivet av person med funktionshinder pekar på att sådan diskriminering faktiskt förekommer. Funktionshinder definierades som fysisk, psykisk eller begåvningsmässig nedsättning som kan medföra begränsningar i det dagliga livet. Undersökningen utfördes av Statistiska centralbyrån (SCB) och bygger på uppgifter från drygt 5 400 tillfrågade personer, samtliga med något funktionshinder. Av de tillfrågade svarade ca 63 procent eller ca 3 400 personer. Enkätundersökningen innehöll 14 frågor, varav 9 rörde den sammanfattande frågan huruvida undersökningspersoner någon gång känt att de blivit diskriminerade på grund av sitt funktionshinder på arbetsplatsen eller när de sökt arbete. Ungefär var sjunde (16,7 %) svarade ja på frågan om de blivit utsatta för personlig förföljelse genom elaka ord eller handlingar (t.ex. mobbning eller annan nedlåtande behandling) från sina chefer eller arbetskamrater. Bland de psykiskt funktionshindrade svarade så många som var tredje (34 %) ja. Drygt var fjärde (25,7 %) svarade ja på minst en av nedanstående 8 frågor. Har det någon gång hänt att du p.g.a. ditt funktionshinder

- * inte fått ett jobb som du sökt och som du hade tillräckliga meriter för?
- * blivit förbigången när du velat avancera på ditt arbete?
- * blivit förbigången vid befordran trots att du sökt befordran och varit meriterad för denna?

- * blivit behandlad på ett osakligt sätt vid lönesättning?
- * blivit uppsagd?
- * inte fått en tidsbegränsad anställning förlängd?
- * blivit uppmanad att säga upp dig?
- * inte kunnat delta i utbildning som arbetsgivaren anordnat?

I enlighet med den redovisning som lämnats i kapitel 2 om Sveriges åtaganden utomlands är det utredningens uppfattning att Sverige inte är folkrättsligt förpliktigt att införa en lag som förhindrar diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder. Att lagstifta på sätt nu föreslås får dock anses vara väl förenligt med intentionen för de träffade internationella överenskommelserna. Även utvecklingen i andra länder går i en sådan riktning (se kap. 6).

I avsnittet Gällande rätt, kap. 4, har angivits att det inte finns något allmänt lagstadgat förbud mot diskriminering av funktionshindrade i arbetslivet. Inom den offentliga sektorn finns dock det allmänna kravet på saklighet och opartiskhet i all offentlig förvaltning. På den statliga sidan gäller att ett tillsättningsbeslut kan överklagas under påståendet av att beslutet inte är sakligt grundat. Härigenom kan den som blivit diskriminerad eller på annat sätt blivit osakligt behandlad erhålla upprättelse genom att tilldelas tjänsten. Någon rätt att i samma förfarande erhålla skadestånd finns emellertid inte. Den som vill kräva skadestånd (ren förmögenhetsskada) måste visa att skadan vållats genom "fel eller försummelse vid myndighetsutövning", se 3 kap. 2 § skadeståndslagen. Anställningsskyddslagen ger visserligen de flesta arbetstagare skydd mot t.ex. diskriminerande uppsägningar men lagen gäller inte alla arbetstagare. I lagens första bestämmelse anges vilka arbetstagare som undantas från lagens tillämpning. Det för denna utredning mest relevanta undantaget gäller arbetstagare som anvisats beredskapsarbete eller skyddat arbete (1 § andra stycket p. 4 anställningsskyddslagen). Arbetet inom Samhallkoncernen, som sysselsätter ca 26 500 arbetshandikappade personer, utgör exempel på vad som anställningsskyddslagens mening avses med skyddat arbete. Ett stort antal personer med funktionshinder omfattas därför inte av anställningsskyddslagens skydd. Det skall dock framhållas att på flera avtalsområden har särskilda kollektivavtal träffats som reglerar anställningsförhållandena på liknande sätt.

Genom den nu föreslagna lagen kommer flertalet personer med funktionshinder att omfattas av ett diskrimineringsförbud och i betydligt fler situationer än tidigare. Genom tillskapandet av en särskild lag med uttryckligt syfte att motverka diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder blir regelverkets normgivande funktion betydligt

starkare än om motsvarande regler inarbetats i redan befintlig lagstiftning.

Erfarenheterna i USA av Americans with Disabilities Act (ADA) visar att den största omvittnade effekten av lagen är den ökade medvetenhet hos befolkningen om funktionshindrades problem och rättigheter. Lagen har också bidragit till att göra denna grupp människor synliga och till att handikappolitiska frågor har givits hög prioritet i den politiska debatten. Sedan lagens ikraftträdande har man dock inte kunnat notera någon minskning av arbetslösheten bland funktionshindrade i USA. En del har förklarat detta med att arbetslösheten skulle ha varit högre om lagen inte funnits, särskilt med hänsyn till den sviktande konjunkturen under 1990-talet.

Mot bakgrund av främst den amerikanska ADA är det alltså möjligt att betydelsen av en antidiskrimineringslag i första hand ligger i dess normbildande och attitydpåverkande effekter. Att det finns behov av att skapa fastare normer och att påverka folks attityd i allmänhet till personer med funktionshinder synes inte minst den undersökning som Handikappombudsmannen presenterade i juli i år ge belägg för. Ett annat skäl för en lag mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder är att en sådan lag ger den funktionshindrade rätt, i sista hand hos domstol, till en saklig bedömning av om arbetsgivaren har diskriminerat honom eller henne. En ytterligare aspekt är det övriga stöd, inte minst moraliskt, som en lag kan ge personer med funktionshinder. Genom införandet av en antidiskrimineringslag visar samhället på ett klart sätt att det inte accepterar diskriminering på grund av funktionshinder.

9 Överväganden och förslag till lag

I detta avsnitt föreslår utredningen en lag med förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.

9.1 Målsättning för lagstiftningen

Utredningens förslag: Lagen bör ha till ändamål att förebygga och motverka diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.

Personer med funktionshinder möter inte sällan svårigheter att erhålla arbeten på den öppna arbetsmarknaden. Detta är en verklighet som råder även när konjunkturerna är goda och behovet av arbetskraft är stort. En undersökning som utförts av SCB visar att andelen förvärvsarbetande under 1992/93 i grupperna rörelsehindrade, hörselskadade och personer med i hög grad nedsatt arbetsförmåga har blivit mindre i jämförelse med andelen förvärvsarbetande för samma grupper 1988/89. En annan undersökning som presenterades av SCB i april 1997 visar att drygt hälften (54,8 %) av personer med funktionshinder är sysselsatta i någon form av arbete medan motsvarande andel för befolkningen i helhet uppgår till drygt två tredjedelar (70,9 %).

När arbetslösheten ökar så drastiskt som den gjort under 1990-talet ökar risken för att funktionshindrades situation på arbetsmarknaden blir än mer utsatt. En övergripande utgångspunkt bör vara att varje individ som söker eller innehar en anställning, bör ha rätt att bedömas utifrån sina personliga egenskaper och förutsättningar att utföra arbetet. En arbetsgivare bör därför inte bedöma en arbetssökande eller arbetstagare utifrån schablonuppfattningar, eller för den delen statistiskt verifierbara uppfattningar, om egenskaper som genomsnittligt tillskrivs personer som tillhör samma grupp. Men principen om individuell bedömning är inte nog. Varje individ bör också ha rätt att i arbetslivet slippa bemötas utifrån osakliga, irrelevanta, godtyckliga eller rent av kränkande bedömningsgrunder. Med den lag vi nu föreslår avser vi att komma till rätta med denna typ av schablonartade och osakliga bedömningar.

Vilka verkningar en lag mot diskriminering kan ha för att öka sysselsättningen bland funktionshindrade är svårt att bedöma, särskilt med hänsyn till den hårda konkurrens som i dag råder på arbetsmarknaden. Förväntningarna på detta förslag bör nog inte ställas för höga i avseende på effekterna på arbetslöshet och sysselsättning bland funktionshindrade. Långt större effekt kommer nog även i fortsättningen ekonomiska bidrag till arbetsgivare som anställer funktionshindrade att ha. Erfarenheterna från jämställdhetsområdet visar dock att lagstiftning kan påskynda utvecklingen i önskad riktning.

En lag blir också rättesnöre för alla dem som inte har för avsikt att diskriminera. En lag som förbjuder diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder har därför en viktig funktion att fylla.

Att stifta en ny lag med förbud mot diskriminering av personer med funktionshinder överensstämmer också väl med de mål för handikappolitiken som regering och riksdag vid ett flertal tillfällen har lagt fast och som utgår alla människors lika värde och lika rätt. Detta, säger man, betyder att personer med funktionshinder, i likhet med alla andra, skall ges möjlighet att få en god utbildning, ha ett förvärvsarbete, ha ett tryggt och värdigt boende, delta i olika fritids- och kulturaktiviteter m.m. Målet för handikappolitiken har också uttrycks som att uppnå full delaktighet och jämlikhet. Denna inställning har bekräftats av regeringen i den 22 maj 1997 till riksdagen överlämnad skrivelse (Skr 1996/97:120) som genom beslut av riksdagen den 8 oktober i år lagts till handlingarna.

9.2 Allmänna utgångspunkter för ett diskrimineringsförbud

Utredningens förslag: Diskrimineringsförbudet bör avse både direkt och indirekt diskriminering och gälla oberoende av diskriminerande avsikt hos arbetsgivaren.

De förslag som utredningen lägger fram kan av många komma att uppfattas som alltför långtgående. Förslagen går i vissa avseenden också längre än vad som hittills gällt i någon nationell antidiskrimineringslag. De utgör emellertid i de flesta avseenden en anpassning till EG-rätten såvitt avser könsdiskriminering och diskriminering på grund av nationalitet. Till detta kommer att förslagen, med något undantag, inte heller går längre än vad som gäller i de länder i EU och på andra håll

som har en nationell lag mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.

EG-rätten är gällande rätt i Sverige såvitt avser diskriminering på grund av kön och nationalitet. Det finns ett intresse av likhet mellan den lag vi föreslår och de lagar med förbud mot etnisk diskriminering och diskriminering på grund av sexuell läggning som samtidigt föreslås. Många anser att rätten till skydd mot diskriminering på grund av funktionshinder i bl.a. arbetslivet är en grundläggande mänsklig rättighet.

Mot den nu lämnade bakgrunden anser vi att förbudet mot diskriminering på grund av funktionshinder i vår nationella rätt bör vara lika omfattande som det skydd mot diskriminering på grund av kön och nationalitet som EU-medborgare åtnjuter enligt EG-rätten. Det bör därvid gälla för alla som bor i Sverige, oavsett EU-medborgarskap.

Visserligen saknar EG-rätten ännu diskrimineringsregler för andra grunder än kön och nationalitet. Amsterdamfördragets artikel 6 a har ännu inte trätt i kraft och följaktligen har några rättsakter med stöd av artikeln ännu inte tillkommit. Att utforma nationella regler om förbud mot diskriminering i arbetslivet olika beroende på om diskrimineringsgrunden är etniskt eller socialt ursprung, religion, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning skulle dock göra det arbetsrättsliga regelsystemet mer svåröverskådligt och försvåra för alla dem som behöver iakta eller tillämpa lagarna.

En annan utgångspunkt för ett diskrimineringsförbud i arbetslivet i svensk nationell rätt bör vara att ett förbud mot diskriminering skall gälla oavsett om den som handlar gör det med eller utan avsikt att diskriminera. Även detta är i överensstämmelse med vad som redan är gällande rätt i Sverige i de avseenden som omfattas av EG-rätten. Detta är något principiellt nytt såvitt gäller diskrimineringsfrågor men är inte någon nyhet på arbetsrättens område som helhet. Som exempel kan nämnas att den arbetsgivare som säger upp en arbetstagare utan saklig grund drabbas av skadeståndspåföljd oavsett om brottet mot anställningsskyddslagens regel härom är avsiktlig eller oavsiktlig.

Vi föreslår alltså att lagen omfattar både direkt och indirekt diskriminering. Förbudet bör gälla oavsett om den handlande har en diskriminerande avsikt eller inte. Det betyder visserligen att en arbetsgivare kan dömas för diskriminering utan att kanske ens ha förutsett den diskriminerande effekten av sina rutiner. Det bör dock kunna krävas att en arbetsgivare utformar sin personalpolitik så att den är fri från diskriminerande rutiner eller urvalskriterier. Om så inte sker bör det inte vara orimligt att arbetsgivaren får svara för följderna.

9.3 En arbetsrättslig lag

Utredningens förslag: Lagstiftningen bör inordnas i det arbetsrättsliga regelsystemet samt gälla inom både offentlig och enskild sektor. Arbetsdomstolen bör utgöra huvudsakligt forum för tvister enligt den nya lagen.

Frågor om diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder bör regleras i civilrättslig ordning på samma sätt som jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering. Lagstiftningen bör inordnas i det arbetsrättsliga systemet och gälla för alla arbetsgivare, arbetssökande och arbetstagare. Det innebär att lagen gäller för hela arbetsmarknaden och för alla sorters anställningsformer och arbetstidsmått (heltid, deltid etc.). Det har för lagarnas tillämpning inte någon betydelse om arbetstagare är fackligt organiserade eller ej eller om anställningsvillkoren anges i kollektivavtal eller i enskilda anställningsavtal.

Diskriminering enligt jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering liksom frågor om arbetsgivares rätt att leda och fördela arbetet utgör frågor som AD är väl förtrogen med och har stor erfarenhet av. Vi föreslår därför att AD utgör huvudsakligt forum även för tvister enligt den nya lagen och att dessa tvister handläggs enligt de arbetsrättsliga processuella särbestämmelserna i främst lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister (arbetstvistlagen). Även i de mål där talan enligt de processrättsliga reglerna i första instans utförs vid tingsrätt, kommer AD att som överrätt via sin rättstillämpning kunna utöva inflytande över rättstillämpningen.

Lagen mot etnisk diskriminering och diskrimineringsförbuden i jämställdhetslagen är utformade som skyddsregler för den enskilde. Den som anser sig ha blivit diskriminerad är därmed inte beroende av t.ex. sin fackliga organisation eller någon tillsynsmyndighet för rätten att få sin sak prövad i domstol. Inför tillkomsten av lagen mot etnisk diskriminering angavs som skäl för denna ordning bl.a. att det är långtifrån självklart att den som utsatts för en i hans eller hennes tycke diskriminerande behandling alltid kan räkna med fackligt stöd. Även regeln i brottsbalken om olaga diskriminering är utformad som en skyddsregel för den enskilde. Det är därför naturligt att utforma en antidiskrimineringslag som ett skydd direkt för den enskilde. Vi föreslår därför att den nya lagen kan åberopas av varje individ som hör till lagens personkrets, se avsnitt 9.5.2 och som anser sig utsatt för diskriminering på grund funktionshinder.

De arbetsrättsliga lagarna gäller regelmässigt för relationen arbetstagare-arbetsgivare. Härmed förstås att de rättigheter och skyldigheter som anges i lagarna kan åberopas av arbetstagare mot arbetsgivare och vice versa. Däremot innehåller lagarna normalt inte bestämmelser som rör förhållandet mellan olika arbetstagare eller medlemmars förhållande till fackliga organisationer. Denna sedvanliga begränsning till arbetslivets förhållanden, i betydelsen förhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare, bör gälla även för den nya lagen.

Det innebär, som vi närmare avser att utveckla i avsnitt 9.7.2 att exempelvis trakasserier mot en funktionshindrad person från arbetskamrater inte träffas av lagen.

9.4 Skydd för arbetstagare och arbetssökande

Utredningens förslag: Lagen bör ge skydd åt både arbetstagare och arbetssökande.

Jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering ger skydd åt både arbetstagare, dvs. de som redan är anställda, och arbetssökande.

När det gäller *arbetstagare* finns redan i dag ett visst skydd i anställningsskyddslagen mot diskriminering på grund av funktionshinder, avsnitt 4.3–4.5. Anställningsskyddslagen omfattar dock inte alla arbetstagare och när det gäller andra typer av diskriminering än att en anställning avslutas saknas i princip skyddsregler. Genom den nu föreslagna lagen kommer funktionshindrade som hör till lagens personkrets, i flera situationer än tidigare, att skyddas av ett diskrimineringsförbud.

För frågan om vem som är arbetstagare i lagens mening bör, liksom enligt lagen mot etnisk diskriminering och jämställdhetslagen, ledning sökas i det vedertagna civilrättsliga arbetstagarbegreppet.

MBL gäller inte bara för arbetstagare i civilrättslig mening utan också för s.k. jämställda uppdragstagare. Härmed avses den som utför arbete åt annan och därvid inte är anställd hos denne men har en ställning av väsentligen samma slag som en anställd. Vidare finns i skadeståndslagen regler av innebörd att värnpliktiga m.fl. likställs med arbetstagare. Den nuvarande lagen mot etnisk diskriminering och jämställdhetslagen har inte ett så vidsträckt tillämpningsområde som MBL och skadeståndslagen och det finns nu inte skäl för att den lag vi föreslår skall avvika från de andra antidiskrimineringslagarna.

Jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering innefattar förbud mot diskriminering av arbetssökande. Att lagarna även omfattar skydd för arbetssökande torde bygga på en allmän uppfattning att behovet av skydd mot diskriminering för en *arbetssökande* är väl så stort som det behov de redan anställda har. Mycket tyder på att det är just i anställningssituationen som många frågor om diskriminering ställs på sin spets. Risken för godtycke och orättvisa för en arbetssökande förefaller större än vad som gäller för den som redan har en anställning vars villkor vanligen anges i lag, kollektivavtal och enskilda anställningsavtal. Det är därför rimligt att också arbetssökande ges skydd mot diskriminering.

Vad som främst talar *mot* att diskrimineringsskyddet skall omfatta även arbetssökande, torde vara den privata äganderätten och den därmed följande, och i svensk rätt vedertagna, i princip fria anställningsrätten inom den privata sektorn. Ett diskrimineringsförbud som tar sikte på anställningsbeslut – eller till och med ett helt rekryteringsförfarande inklusive uttagning till anställningsintervjuer m.m. – innebär i praktiken att arbetsgivaren inte själv får välja sina medarbetare. I princip är detta ett ingrepp i äganderätten. Ingreppet är dock för den svenska arbetsrättens del redan välkänt genom främst jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering och får anses numera ur systematiskt hänseende inte vålla särskilda betänkligheter eller tillämpningssvårigheter.

Ett annat skäl som talar *mot* att lagen tillåts omfatta även arbetssökande är de lagtekniska svårigheter som möter när det gäller att utforma praktiskt effektiva regler.

Dessa principiella och praktiskt betonade invändningar är enligt vår mening inte tillräckligt starka för att arbetssökande skall uteslutas från lagens tillämpningsområde. Vi föreslår alltså att både arbetssökande och arbetstagare skall omfattas av lagen.

Enligt lagen mot etnisk diskriminering är den som tydligt gett till känna för en arbetsgivare att han eller hon önskar en viss befattning att anse som *arbetssökande* i lagens mening. Den som lämnat in en generell intresseanmälan hos en arbetsgivare om en viss sorts anställning kan vara arbetssökande i lagens mening, även om anmälan inte avser en specifik befattning och oavsett om arbetsgivaren annonserat eller på annat sätt utåt markerat att han eller hon söker ny personal. Några skyldigheter för arbetsgivaren att i detta sammanhang göra anteckningar från telefonunderrättelser eller krav på att intresseanmälningar skall bevaras eller förvaras på särskilt sätt föreslås däremot inte. En presumtiv arbetssökande bör därför aldrig med säkerhet kunna utgå från att han eller hon är arbetssökande till ett utannonserat arbete bara för att han eller hon i ett tidigare skede har framställt intresse för anställning

hos samma arbetsgivare. Det kan förstås uppstå situationer där det råder osäkerhet om vilken av flera anställningar som en person sökt eller om ett visst anställningsbeslut avsett en anställning som omfattats av en viss sökandes ansökan. Huruvida en person är att anses som arbetssökande eller inte får lösas från fall till fall utan att det nu behöver meddelas några särskilda regler därom. Ytterst åvilar det den som påstår sig ha ansökt om arbete hos en arbetsgivare att visa detta.

Enligt jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering är *arbetsgivare* den hos vilken någon sökt anställning. Vi ansluter oss till den bestämningen.

9.5 Diskriminering på grund av funktionshinder

I detta avsnitt lämnas förslag till att lagen bör omfatta den som har ett varaktigt fysiskt, psykiskt eller begåvningsmässigt funktionshinder som antingen är medfött eller förvärvat till följd av sjukdom eller skada. Det är funktionshindret i sig och inte graden av sådant som bör vara utmärkande för personkretsen. Vi föreslår vidare att såväl direkt som indirekt diskriminering kommer att förbjudas samt att arbetsgivarens eventuella avsikt att diskriminera eller avsaknad därav inte har någon betydelse för frågan huruvida diskriminering förekommit eller inte. För att inte diskriminera en arbetssökande eller en arbetstagare åläggs arbetsgivaren i princip en skyldighet att när så är erforderligt vidta anpassningsåtgärder av arbetsplats i den mån det är skäligt.

9.5.1 Inledning

En arbetssökandes eller arbetstagares funktionshinder medför ofta ingen eller endast en delvis inskränkning av personens förmåga att utföra det arbete han eller hon är anställd för. Detta visar en undersökning vi tidigare hänvisat till som är utförd av SCB och presenterad i april 1997. Av de tillfrågade (endast personer med funktionshinder) bedömde 36 procent att funktionshindret inte satte ned arbetsförmågan medan 28,9 procent svarade att det satte ned arbetsförmåga delvis. Av de i arbete sysselsatta funktionshindrade svarade emellertid så många som drygt tre fjärdedelar (75,5 procent) att de inte var i behov av hjälpmedel, stödperson eller anpassad arbetsplats för att kunna utföra sitt arbete.

Undersökningen visar således att i många fall inverkar ett funktionshinder inte alls eller endast delvis på personens förmåga att

utföra det arbete han eller hon är anställd att utföra. Undersökningen ger dock inte svar på om de undersökta personerna skulle ha svårt att utföra andra arbetsuppgifter än de som faktiskt utförs. Det är rimligt att utgå från att funktionshindret kan ha haft inverkan hos den enskilde på valet av arbete liksom att arbetsuppgifterna kan ha anpassats med hänsyn till funktionshindret. I de fall funktionshindret har inverkan på arbetsförmågan kan detta nog i många fall med rimliga ansträngningar genom införskaffande av hjälpmedel eller anpassning av arbetsplatsen elimineras eller bringas ned så att de huvudsakliga uppgifterna av ett arbete kan utföras.

Att uttala sig generellt i frågan om i vilken mån stöd- och anpassningsåtgärder kan eliminera eller reducera begränsningar i arbetsförmågan är dock svårt eftersom variationen av funktionshinder är stor och olika arbeten ställer olika krav på arbetstagaren. Ytterst måste en sådan bedömning göras utifrån förutsättningarna i det enskilda fallet.

9.5.2 Diskrimineringsgrunden funktionshinder

Utredningens förslag: Lagen bör omfatta den som har ett varaktigt fysiskt, psykiskt eller begåvningsmässigt funktionshinder som antingen är medfött eller förvärvat till följd av sjukdom eller skada. Det är funktionshindret i sig och inte graden av sådant som bör vara utmärkande för personkretsen.

Handikapputredningens lagförslag omfattade alla personer med någon form av fysiskt, psykiskt eller begåvningsmässigt funktionshinder. Departementspromemorians förslag var i förhållande härtill något inskränkt och föreslog att lagen skulle omfatta den som har ett varaktigt fysiskt eller psykiskt funktionshinder om detta innebär betydande begränsningar i den dagliga livsföringen.

Enligt den internationella klassificering som antogs år 1980 av Världshälsoorganisationen (WHO) definieras funktionshinder/funktionsnedsättning som begränsning av individens funktionsförmåga till följd av en skada eller sjukdom. Handikapp är ett relativt begrepp som utgör de negativa verkningarna av funktionshindret i förhållandet mellan individen och hans eller hennes omgivning. Motsvarande definitioner finns att hitta i FN:s standardregler. Enligt dessa definitioner utgör funktionshindret i sig således inget handikapp, men kan bli det beroende på den miljö eller situation den funktionshindrade befinner sig i. En person med funktionshinder kan därför känna sig handikappad i en miljö utan att göra det i en annan.

Begreppet funktionshinder används även i lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS). I förarbetena till denna (prop. 1992/93:159 s. 55) lämnar departementschefen följande definition till begreppet funktionshinder. ”Med *funktionshinder* avser jag förvärvade eller medfödda fysiska eller psykiska funktionshinder på grund av skada eller sjukdom. Varken orsaken till eller arten av sjukdomen eller skadan, och inte heller den medicinska diagnosen, bör spela någon roll i sammanhanget”.

Definitionen i LSS kan väl knappast anses särskilt klargörande men närmare än så belyses inte begreppet. Såvitt utredningen har erfarit har detta dock inte varit vållat några problem vid tillämpningen av lagen.

Ett annat begrepp, som används inom arbetsmarknadspolitikens område, är ”arbetshandikappad”. Härmed avses arbetstagare eller arbetssökande som av fysiska, psykiska, begåvningsmässiga eller socialmedicinska skäl har en nedsatt arbetsförmåga och därför behöver särskilt stöd för att erhålla eller behålla ett arbete. Denna grupp personer kan komma i fråga för olika slag av arbetsmarknadspolitiska åtgärder, såsom bidrag till kostnader för arbetshjälpmedel eller arbetsbiträde samt tillgång till särskilt anordnat arbete, utbildning eller praktik. Även begreppet arbetshandikappad är ett relativt begrepp som beskriver förhållandet mellan den enskilde och dennes förmåga att utföra visst arbete. Detta innebär bl.a. att ett funktionshinder inte samtidigt behöver innebära ett arbetshandikapp liksom att ett smärre funktionshinder, beroende på arbetet och dess anpassning till den enskilde eller avsaknad därav, kan medföra stora svårigheter att utföra visst arbete.

När det gäller den personkrets som skall komma i fråga för skydd enligt den nu föreslagna lagen är det vår uppfattning att den, så långt är möjligt, bör definieras i lagtexten. Det är främst av två skäl som en definition är av största betydelse. En arbetsgivare måste kunna bedöma i vilka situationer han riskerar att utsätta en person för diskriminering, dvs. rättssäkerhetsskäl. Det andra är att den som anser sig ha blivit utsatt för diskriminering bör kunna konstatera om han eller hon kan åberopa lagen. En annan ordning medför risk för osäkerhet och svårigheter att tillämpa lagen vid arbetsplatser, domstolar och i andra sammanhang. Gränsdragningstvister kommer nog otvivelaktigt alltid att uppstå och att helt gardera sig mot tvister av det slaget är knappast möjligt men en strävan är att minimera dem genom att på ett klart sätt definiera personkretsen.

Vid bestämmande av personkretsen kan man inledningsvis tänka sig två inriktningar - en inskränkt resp. en vid personkrets.

Förespråkare för en begränsad personkrets hävdar bl.a. att en antidiskrimineringslag som görs tillämplig på en stor del av arbetskraften riskerar att främst hjälpa dem med mindre uttalade funktionshinder på

bekostnad av dem som är i störst behov av en skyddslag. Den förra gruppen skulle härigenom "konkurrera" ut den senare, menar dessa förespråkare. Ett annat argument som använts är att en lag som görs tillämplig på stora delar av befolkningen lätt förlorar sin legitimitet och sitt berättigande.

Enligt utredningens uppfattning är det svårt att se hur denna konkurrens skulle fungera i praktiken. Som vi senare kommer att återkomma till skall var och en som hör till lagens personkrets kunna åberopa lagen i en anställnings-, befordrings- eller utbildningssituation. Den som blir diskriminerad i en sådan situation skall ha möjlighet att hävda sin rätt till individuell och saklig bedömning oavsett om den person som förbigick honom eller henne också har rätt att åberopa lagen. I detta sammanhang är det viktigt att inte glömma att lagen ytterst har till syfte att motverka diskriminering, dvs. att funktionshinder behandlas mindre förmånligt än personer utan sådant funktionshinder utan att det finns godtagbara skäl för en sådan behandling. Det är då lätt att inse att en funktionshindrad även kan bli diskriminerad i förhållande till en annan funktionshindrad. En arbetsgivare kan därför inte freda sig i en tvist om påstådd diskriminering enbart med att han eller hon anställt eller befordrat en annan funktionshindrad. Beträffande det andra argumentet är det vår uppfattning att varje diskriminering i sig är oförsvarlig. En lag som förhindrar diskriminering av en stor grupp personer har därför sitt självklara berättigande. Få torde väl i dag ifrågasätta berättigandet av jämställdhetslagen.

Som skäl för att göra personkretsen vid kan följande anföras. Ändamålet med lagen är att förhindra diskriminering på grund av funktionshinder. Häri ligger att förbjuda arbetsgivare att ta ovidkommande hänsyn till en persons funktionshinder. Det saknas enligt vår uppfattning anledning att se mindre allvarligt på att en arbetsgivare diskriminerar en person med mindre uttalade funktionshinder än om en person med mer uttalade funktionshinder diskrimineras. Därför bör varje form av diskriminering på grund av funktionshinder förbjudas. Med en sådan utgångspunkt anser vi att det inte är graden av funktionshindret som bör vara avgörande utan funktionshindret i sig. Vi delar således inte den uppfattning som lämnades i departementspromemorians förslag om att funktionshindret skall medföra "betydande begränsningar i den dagliga livsföringen" för att lagen skall bli tillämplig.

En fråga i sammanhanget är hur lagen skall förhålla sig till personer med mindre vedertagna funktionshinder, där det kan vara svårt att diagnosticera den bakomliggande skadan eller sjukdomen. Som exempel kan nämnas vad som i dagligt tal benämns oral galvanism och elöverkänslighet. De som lider härav är inte i alla situationer accepterade som "sjuka". Det är dock vår uppfattning att personer med dessa

symtom bör omfattas av lagens skydd, under förutsättning att symtomen inverkar på funktionsförmågan. Funktionshindret, inte diagnosen, bör vara avgörande för frågan om en person skall omfattas av lagen eller inte.

En annan grupp personer är de som är bärare av sjukdomar som har ett progressivt förlopp i den bemärkelsen att bäraren av sjukdomen med största sannolikhet blir sämre, t.ex. hiv-positiva personer. Att vara bärare av hiv-virus behöver initialt inte innebära att sjukdomen begränsar personens funktionsförmåga nämnvärt men - om sjukdomen inte kan begränsas eller botas - blir personen sämre och kommer därför förr eller senare även att bli begränsad i sin funktionsförmåga. Det kan vara svårt att avgränsa när en person med en sådan sjukdom blir begränsad i sin funktionsförmåga. Av bl.a. praktiska skäl föreslår vi därför att personer med sjukdomar av det slag som kan *förväntas* i framtiden medföra begränsningar av personens funktionsförmåga bör omfattas av lagens skydd så snart sjukdomen är konstaterad.

En annan fråga i sammanhanget är om lagen även skall omfatta den som visserligen inte är funktionshindrad men som av någon anledning *förmodas* vara det. I remissvaren över departementspromemorian var det flera av remissinstanserna som förordade en sådan ordning. En situation där frågan skulle kunna uppkomma är om en person är bärare av anlag med risk för att utveckla en sjukdom vid en viss ålder men att man i det specifika fallet inte vet om han eller hon kommer att göra det. Ett annat exempel utgörs av den person som är mager och därför misstänks vara sjuk, t.ex. aids-sjuk. En arbetsgivare, som med vetskap om den ärftliga sjukdomen eller som misstänker att den magre har utvecklat aids, väljer att inte anställa denna person enbart med hänsyn till den förmodade sjukdomen kan med fog påstås diskriminera dessa arbetssökande. Diskriminering av nyss angivna slag eller situationer då en arbetssökande av annan anledning förmodas vara funktionshindrad förefaller inte vara mindre stötande än diskriminering av personer med konstaterade funktionshinder. Lagen bör därför även förbjuda diskriminering på grund av förmodat funktionshinder.

Det är av naturliga skäl svårt att definiera och avgränsa denna lags personkrets. Att göra en uppräkningslista av vilka begränsningar av funktionsförmågan som skall klassificera en person att omfattas av lagens skydd är näst intill ogörligt och riskerar lätt att bli föråldrad. Vad som i dag kan utgöra ett funktionshinder kan i ha framtiden fått sin lösning genom t.ex. nya medicinska upptäckter. Inte heller vet vi i dag om hittills icke förekommande funktionshinder kan uppstå i morgon. I en uppräkningslista i form av en katalog kan fel dessutom uppstå lätt. Det finns en uppenbar risk att lagstiftaren, naturligtvis även utredaren, av

förbiseende ”missar” en grupp personer som borde ha omfattats av lagens skydd.

Det är enligt vår uppfattning lämpligast att i lagtexten lämna en allmän definition på lagens personkrets och att överlämna till rättstillämpningen, med stöd av dessa och andra förarbetsuttalanden, att utveckla praxis som mer i detalj bestämmer personkretsen.

På sätt Handikapputredningen och departementspromemorian anger bör inte frågan om funktionshindret även innebär ett arbetshandikapp ha betydelse för avgränsningen av personkretsen. Begreppet arbetshandikapp har sin betydelse för olika arbetsmarknadspolitiska åtgärder medan denna utrednings förslag är ett arbetsrättsligt lagförslag. Några direkta beröringspunkter mellan områdena finns inte. Det är vidare så att bland arbetshandikappade räknas personer med socialmedicinska problem och som har eller kan förväntas få svårigheter med att erhålla eller behålla ett arbete. Till denna grupp räknas bl.a. personer med missbruksproblem de, som omhändertagits inom kriminalvården och de som har liknande sociala problem. Dessa personer omfattas av utredningens förslag endast i den mån de kan anses funktionshindrade i detta förslags mening. Missbruket eller de sociala problemen i sig är alltså inte tillräckliga skäl för att de skall omfattas av lagförslaget.

Utredningen önskar vid definitionen av den krets personer som skall omfattas av lagens skydd knyta an till den definition som antogs av WHO år 1980. Härigenom erhålls en definition som är vedertagen och allmänt känd. Därtill vill vi i denna lag förtydliga målgruppen på så sätt att det skall vara fråga om fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar. Med funktionshinder avser vi därmed medfödda eller till följd av skada eller sjukdom förvärvade fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av individens funktionsförmåga. För att omfattas av lagen skall funktionshindret dessutom vara varaktigt. Den som t.ex. bryter en arm eller ett ben är visserligen för tillfället funktionshindrad men bör, med hänsyn till att sådana skador vanligen är av övergående slag, inte kunna åberopa lagen. Inte heller bör den som efter tillfrisknande eller rehabilitering upphör att vara funktionshindrad från den tidpunkten omfattas av lagen.

9.5.3 Förbud mot direkt diskriminering

Utredningens förslag: Lagen bör omfatta direkt diskriminering. Detta innebär – enkelt uttryckt – att lika fall inte får behandlas olika.
--

Lagen bör omfatta förbud mot direkt diskriminering. Direkt diskriminering på grund av funktionshinder föreligger om en arbetsgivare behandlar en arbetssökande eller arbetstagare mindre förmånligt än arbetsgivaren behandlar eller skulle ha behandlat personer utan sådant funktionshinder i en likartad situation. *Lika fall får inte behandlas olika*. Avsikten hos den som diskriminerar bör sakna betydelse, men det måste krävas att orsaken till missgynnandet har ett samband med funktionshindret.

En behandling är mindre förmånlig om den kan sägas medföra en nackdel för en enskild arbetssökande eller arbetstagare. Det får förutsättas att helt bagatellartade skillnader i bemötande inte kan utgöra diskriminering. Vad som är en nackdel bör bestämmas objektivt; det som typiskt sett är förenat med faktisk förlust, obehag eller liknande torde vara att bedöma som en nackdel. Nackdelen kan vara tydlig för envar, såsom t.ex. en omplacering eller en löneskillnad, eller mer subtil som t.ex. en utebliven förmån. Fråga måste dock vara om något som med fog kan betraktas vara av värde att få möjlighet till, t.ex. möjlighet att komma i fråga för en anställning, en befordran, en utbildning, mer kvalificerade arbetsuppgifter eller en löneförhöjning. Även t.ex. obehag och personligt lidande på grund av mobbning eller andra trakasserier bör vara tillräckligt för att en nackdel skall kunna anses vara för handen.

I allmänhet lär den mindre förmånliga behandlingen av en arbetstagare framgå genom en jämförelse mellan olika personer. Det är i ljuset av jämförelsen mellan hur två eller flera personer behandlas som det framgår om den som är funktionshindrad bemöts sämre. Det är naturligt att en sådan jämförelse görs mellan faktiskt existerande personer, t.ex. två arbetstagare på samma arbetsplats. Jämförelsen blir dock rättvisande endast om personerna befinner sig i likartade situationer. Med hänsyn till att just funktionshindret i sig kan medföra att två situationer som i övrigt förefaller likartade inte är det måste först prövas om funktionshindret inverkar på förmågan att utföra arbetet. Är svaret nej och arbetstagarna, med resp. utan funktionshinder, eller i vart fall olika funktionshinder, kan konstateras ha likvärdiga arbetsuppgifter, utbildningar och erfarenhet bl.a. föreligger en likartad situation. I en sådan kan exempelvis en löneskillnad vara ett uttryck för diskriminering. Är det andra sidan så att funktionshindret inverkar menligt på arbetsförmågan – så att den funktionshindrade inte kan utföra de väsentligaste uppgifterna av arbetet – föreligger inte en likartad situation och därmed inte heller diskriminering. Som vi avser att utveckla i avsnitt 9.5.6 kan även en vägran att vidta erforderliga stöd- och anpassningsåtgärder där det behövs innebära en överträdelse av lagens förbud mot direkt diskriminering.

I den mån en individs förhållanden inte kan jämföras med någon annans, därför att det t.ex. inte finns någon att jämföra med, måste en hypotetisk jämförelse göras. Frågan blir då: hur *skulle* en arbetstagare utan det ifrågavarande funktionshindret men i övrigt jämförbara förutsättningar ha behandlats? Även här måste beaktas huruvida funktionshindret inverkat på arbetsförmågan. I övrigt måste en annan jämförelsestandard tillgripas, t.ex. förhållandena i branschen i stort eller mer allmänna resonemang om rättvisa och skälighet. Det förefaller som om det vore lättare att visa på en skillnad vid en direkt jämförelse mellan individer men i vart fall tydliga fall av direkt orättvisa förhållanden torde gå att påvisa även utan en faktisk jämförelseperson. – Här kan erinras om att lagen mot etnisk diskriminering utgår från att även en fiktiv jämförelseperson kan nyttjas.

Slutligen bör erinras om att för att en person med framgång skall kunna hävda att han eller hon blivit diskriminerad i en anställningssituation krävs att vederbörande har tillräckliga kvalifikationer (sakliga förutsättningar) för arbetet i fråga. Detta är en ofta underförstådd och sällan uttryckt förutsättning som gäller enligt både jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering, liksom enligt de förslag EDA- och SEDA-utredningarna nu presenterar. Motsvarande bör rimligen krävas enligt vårt förslag. Som vi avser att återkomma till bör det åligga den som anser sig vara diskriminerad att visa att han eller hon haft tillräckliga kvalifikationer för arbetet.

Den nu skisserade ordningen motsvarar vad som får bedömas gälla enligt EG-rätten i frågor om diskriminering av EU-medborgare på grund av nationalitet. Den motsvarar också EDA- och SEDA-utredningarnas förslag i nu föreliggande SOU 1997:174 respektive 1997:175.

Bevisfrågor, liksom hur prövningen närmare bör gå till, behandlas i avsnitt 9.9.5.

9.5.4 Undantag från förbudet mot direkt diskriminering

Det är tydligt att utrymmet för undantag från förbudet mot direkt diskriminering är litet. Enligt EG-domstolen förutsätter möjligheten till undantag från likabehandlingsprincipen i EG-rätten i princip uttryckliga bestämmelser. Och finns sådana bestämmelser skall de tolkas restriktivt. Även om EG-rätten i dag inte har uttryckliga regler om diskriminering på grund av funktionshinder är det naturligt att den nya lagen söker vägledning i dess principer.

På sätt vi har redogjort för i det föregående gör sig en arbetsgivare skyldig till direkt diskriminering om han eller hon behandlar en

funktionshindrad mindre förmånligt än en person utan sådant funktionshinder behandlas eller skulle ha behandlats i likartad situation.

Långtifrån all diskriminering bör emellertid vara förbjuden. Det är *en* sak vad som anses utgöra diskriminering och vilket motiv som föreligger för denna och *en annan* vad som bör vara förbjuden diskriminering. Kan arbetsgivaren visa godtagbara skäl för en diskriminerande handling bör han eller hon inte drabbas av lagens förbud.

Till en början kan slås fast några typfall där hänsynstaganden till funktionshinder *inte* utgör godtagbara skäl. Uppfattningen att personer med funktionshinder är motbjudande är inte en godtagbar ursäkt för särbehandling. Fördomar, okunskap eller motvilja kan inte godtas som lagliga skäl för diskriminering. Inte heller är t.ex. krav och önskemål om att slippa ha med funktionshindrade att göra, från redan anställda, kunder, patienter eller anhöriga till patienter inom vården typiskt sett en godtagbar ursäkt för en arbetsgivare att missgynna funktionshindrade arbetssökande eller arbetstagare.

Inte sällan blandas diskriminering i hop med vad som är sakliga förutsättningar för ett arbete. Som vi konstaterat i det föregående avsnittet kan det ofta vara just funktionshindret som medför att en funktionshindrad inte befinner sig i *likartad* situation. Så är fallet om funktionshindret inverkar på arbetsförmågan. Även om meriterna i övrigt är jämförbara kan en skillnad i arbetsförmågan innebära att situationerna inte är *likartad*. Vad som skiljer jämförelsepersonerna åt är vad som skulle kunna benämnas sakliga förutsättningar för arbetet. Finns en sådan skillnad är det alltså inte fråga om diskriminering om personerna behandlas olika.

Det torde vara uppenbart att en rullstolsburen person inte kan arbeta som takläggare liksom inte heller en blind person kan arbeta som taxichaufför eller flygkapten. Om t.ex. den blinde personen vägras anställning som chaufför med hänvisning till funktionshindret innebär en sådan vägran inte att den funktionshindrade diskriminerats bara för att en person med i övrigt motsvarande förutsättningar men med god syn skulle ha behandlats annorlunda. Det är alltså inte fråga om ett godtagbart skäl för diskriminering utan behandlingen är helt enkelt inte diskriminerande eftersom den blinde inte har sakliga förutsättningar för arbetet. Det föreligger då inte heller likartad situation.

Vad utgör då godtagbara skäl för diskriminering? Vi önskar här hänvisa till jämställdhetslagens undantagsmöjligheter. I den lagen anges ett undantag för ”ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen inte bör vika” för intresset av jämställdhet. Detta betyder att undantag från förbudet mot direkt diskriminering är möjliga när det föreligger ett berättigat intresse att välja en särskild sökande. Avsikten är inte att hindra arbetsgivare från att ta hänsyn till väsentliga samhälleliga, sociala

och ideella intressen som jämställdhet mellan kvinnor och män, främjande av arbetstillfällen för funktionshindrade, rikets säkerhet m.m. Tillämpning av regler om omplacering och återanställning hör också hit. Denna typ av skäl för en arbetsgivares handlande bör även utgöra godtagbara skäl för diskriminering enligt utredningens förslag och skall således inte utgöra förbjuden diskriminering.

Med den föreslagna utformningen av ett diskrimineringsförbud, där ett diskriminerande syfte inte skall krävas för att en överträdelse skall föreligga, saknas däremot anledning att, på motsvarande sätt som i jämställdhetslagen, föreskriva undantag för att behandlingen inte har samband med att den missgynnade är funktionshindrad.

9.5.5 Förbud mot indirekt diskriminering

Utredningens förslag: Lagen bör förbjuda indirekt diskriminering. Detta innebär – enkelt uttryckt – att olika fall inte får behandlas lika.

Den nya lagen bör omfatta förbud mot indirekt diskriminering. Förebilden för hur ett sådant förbud bör utformas bör hämtas i den definition av begreppet indirekt diskriminering som framgår av EU:s förslag till direktiv om bevisbörd i mål om könsdiskriminering. Enligt förslaget artikel 2.2 föreligger indirekt könsdiskriminering ”när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt missgynnar en väsentligt större andel personer av det ena könet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet är lämplig(t) eller nödvändig(t) och kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med personernas kön”.

De förfaranden som inte bör tillåtas för att de innebär indirekt diskriminering är alltså sådana som innebär att personer med visst funktionshinder *missgynnas genom att de behandlas lika* med personer utan sådant funktionshinder. Detta form av diskriminering uttrycks ofta som att *olika fall behandlas lika*. Missgynnande vid likabehandling uppstår när en arbetsgivare tillämpar en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt, som verkar neutralt men som vid en närmare granskning i praktiken missgynnar en väsentligt större andel personer ur en viss grupp. Missgynnandet tar sig uttryck i att de personerna jämfört med andra har svårare att uppfylla kriteriet eller bestämmelsen eller att förfaringssättet medför en negativ effekt för dem.

För att avgöra om det föreligger ”en väsentligt större andel” bör en bedömning göras både av hur stor den relativa andelen är av dem som kan uppfylla kravet och den relativa andelen av dem som inte kan

uppfylla kravet. Avgörande för bedömningen av om en väsentligt större andel föreligger är hur stor den grupp är som kan uppfylla kravet. Om 98 procent av alla utan visst funktionshinder och 96 procent av dem med det speciella funktionshindret i fråga kan uppfylla kravet kan det inte påstås att gruppen utan funktionshindret i väsentlig större andel uppfyller kravet. Om däremot bara 4 procent av personer utan funktionshindret och bara 2 procent av dem med det specifika funktionshindret i fråga kan uppfylla kravet är motsatt slutsats riktig.

Det får ankomma på den som anser sig förfördelad att visa att kravet på "en väsentligt större andel" är uppfyllt. Även om förslaget i denna del kan förefalla få stora konsekvenser och blir mycket betungande för arbetsgivaren bör betydelsen inte övervärderas. Det är den som anser sig diskriminerad som skall bevisa att kriterier, bestämmelser eller förfaranden missgynnar en väsentligt större andel personer från den grupp funktionshindrade han eller hon tillhör.

I enlighet med vad som gäller enligt EG-rätten bör det finnas ett visst utrymme för arbetsgivare att få tillämpa ett kriterium eller förfarande eller bestämmelse, trots att tillämpningen har negativ effekt för personer med visst funktionshinder. Bedömningen härav sker vid en intresseavvägning. Här anvisar EG-domstolen genom *Bilka*-fallet vilken avvägning som skall göras. I allt väsentligt handlar det om tillämpning av den s.k. proportionalitetsprincipen. I likhet med vad som gäller enligt EG-rätten bör förekomsten av indirekt diskriminering kunna konstateras först sedan nämnda intresseavvägning har gjorts. Intresseavvägningen resulterar således inte i en slutsats om diskriminering var förbjuden eller inte utan i om diskriminering har förekommit eller inte.

Vid intresseavvägningen bör först och främst krävas att syftet med ett kriterium, en bestämmelse eller ett förfaringsätt är *objektivt sett godtagbart*. Detta skall bedömas i förhållande till arbetsgivarens verksamhetsbehov. Om bedömningen mynnar ut i att kriteriet, bestämmelsen eller förfaringsättet motsvarar ett genuint behov hos arbetsgivaren blir nästa fråga om dessa också är *lämpliga* för att nå syftet. För att vara tillåtna måste de emellertid även vara *nödvändiga* för att nå syftet. Det innebär att det inte skall finnas några *handlingsalternativ* för arbetsgivaren att nå syftet.

Även indirekt diskriminering kan vara avsiktlig eller oavsiktlig. Att den handlande har ett diskriminerande syfte bör inte heller krävas vid indirekt diskriminering. Syftet bör dock kunna få betydelse vid bedömningen av allvaret i en kränkning och medföra att den anses försvarande. På motsvarande sätt bör det kunna finnas ett utrymme för jämkning av skadestånd vid en indirekt diskriminering som är oavsiktlig.

Också när det gäller indirekt diskriminering motsvarar den nu skisserade ordningen vad som redan gäller i Sverige till följd av EG-

rätten såvitt rör EU-medborgare vid diskriminering på grund av nationalitet.

I avsnitt 9.9.4 finns närmare beskrivet hur EG-domstolen ser på hur intresseavvägning bör gå till.

9.5.6 Arbetsgivarens skyldighet att vidta anpassningsåtgärder m.m.

Förhållandena på många arbetsplatser, liksom i samhället i övrigt, är ofta sådana att de utsätter personer med funktionshinder för diskriminering. En lag som förbjuder direkt och indirekt diskriminering i arbetslivet medför att arbetsgivare blir tvungna att bli uppmärksamma på risken att olika förfaranden kan innebära diskriminering av funktionshindrade. Positivt med en sådan lag är att arbetsgivare blir tvungna att ändra invanda och av slentrian uppkomna beteenden. En fråga som väcks i utredningens direktiv är dock befogad i sammanhanget. Är en sådan lag är en lämplig väg att anpassa våra arbetsplatser.

Det kan vara fråga om arbetsplatsens utformning, såsom höga trösklar, heltäckningsmattor, avsaknad av hiss m.m. eller t.ex. avsaknad av befintliga arbetshjälpmedel som skulle möjliggöra eller i vart fall underlätta för en funktionshindrad att utföra visst arbete. Dessa exempel skulle kunna mångfaldigas i det oändliga. Att en arbetsgivare skall äga kännedom om alla de hinder eller begränsningar som till följd av ett funktionshinder kan uppstå i den miljö som finns på arbetsplatsen är orimligt att kräva. De anpassningsåtgärder som kan vara nödvändiga att vidtaga kan i det enskilda fallet kräva mer tid och pengar än vad som kan vara rimligt att kräva av en arbetsgivare. Arbetsgivarens ansvar för olika stöd- och anpassningsåtgärder måste därför begränsas på något sätt.

Handikapputredningens förslag förbjöd både direkt och indirekt diskriminering. Som exempel på det sistnämnda angavs att arbetsgivare uppställer krav på viss förmåga, vissa kvalifikationer etc. utan att dessa krav har några sakliga utgångspunkter i den berörda arbetssituationen. En prövning måste göras om arbetsgivarens krav är utformade så att hänsyn tagits till möjliga stöd- och anpassningsåtgärder, fortsatte utredningen. En utgångspunkt måste vara att arbetstagaren med rimliga stöd- och anpassningsåtgärder kan utföra arbetsuppgifterna och delta i arbetsgemenskapen. Utredningen förutsatte härvid att den enskilde arbetsgivaren skulle erhålla kompensation och ekonomiskt stöd för de merkostnader stöd- och anpassningsåtgärderna innebar, varvid arbetsmiljölagens bestämmelser och Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter

skulle utgöra utgångspunkt för vad som normalt kan anses åligga arbetsgivaren att bekosta. Handikapputredningen uttalade dessutom att frågan om vilken grad av arbetsförmåga och arbetsinsats som kan krävas av den enskilde även måste ses i förhållande till arbetsgivarens möjlighet att erhålla någon form av ekonomisk ersättning, främst lönebidrag, för den faktiska nedsättningen av arbetsförmågan som föreligger.

Handikapputredningens förslag förutsätter att arbetsgivaren, när han eller hon utformar kraven på t.ex. arbetssökande, har goda kunskaper om de stöd- och anpassningsåtgärder som kan vidtas. Det är vår uppfattning att de flesta arbetsgivare i dag inte har kunskap om de olika slag av funktionshinder som arbetssökande kan ha och de stöd och anpassningsåtgärder som kan vidtas i varje fall. Att inhämta sådana kunskaper kan förmodas bli betungande för många arbetsgivare. Det förefaller oss inte rimligt att ställa så höga krav på arbetsgivarna.

Handikapputredningens förslag förutsätter vidare – om de stöd- och anpassningsåtgärder som behöver vidtas går längre än arbetsgivarens ansvar enligt arbetsmiljölagen och Arbetarskyddsstyrelsen föreskrifter – att arbetsgivaren erhåller kompensation eller ekonomisk ersättning för de merkostnader han ådrar sig. En sådan förutsättning innebär att en arbetsgivare vid rekryteringsförfaranden i vissa fall måste förvissa sig om ekonomisk kompensation innan han anställer någon. Ett rekryteringsförfarande på dessa premisser riskerar att bli långdraget och svårhanterligt och kan i många fall förmodas stämna illa överens med en arbetsgivares omedelbara behov av arbetskraft. Det är vår uppfattning att Handikapputredningens förslag i denna del riskerar att hindra den flexibilitet som annars kännetecknar arbetsmarknaden. För den arbetsgivare som inte vill riskera att ådra sig skadeståndsskyldighet för brott mot lagen kan förslaget i praktiken dessutom innebära anställningsstopp tills den ekonomiska frågan är löst. Detta vore en inskränkning i arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet som inte tidigare är känd i Sverige.

Motsvarande argument kan användas mot Handikapputredningens förslag att graden av arbetsförmåga och arbetsinsats som kan krävas av den enskilde skall ses i förhållande till arbetsgivarens möjlighet att erhålla någon form av ekonomisk ersättning för den faktiska nedsättningen av arbetsförmågan.

En antidiskrimineringslag bör, enligt vår uppfattning, för att vara verkningsfull fokusera på arbetsgivarens åtgärder och beteenden. Arbetsgivarens ansvar bör då inte heller vara avhängigt myndigheters beslut om beviljande av olika ekonomiska kompensationer. En arbetsgivare skall kunna kräva en fullgod arbetsinsats, med eller utan stöd- och anpassningsåtgärder, av varje arbetstagare. En arbetsgivare är

vanligen tvungen att ta ekonomiska hänsyn i sin verksamhet. En arbetssökande som skulle ha svårigheter med att utföra arbetet eller för att hänga med i ett givet arbetstempo blir lätt "olönsam" för arbetsgivaren. Att neka en funktionshindrad anställning av skäl som hänför sig härtill utgör oftast en godtagbar förklaring och innebär inte att den funktionshindrade har diskriminerats. I enlighet med de resonemang som förts tidigare innebär en sådan situation att den funktionshindrade inte befinner sig i *likartad* situation med den arbetssökande som kan utföra arbetet utan svårigheter.

På sätt tidigare framhållits är det emellertid just förekomsten av ett funktionshinder som ofta förväntas medföra att *likartad* situation inte föreligger. Inte sällan är det möjligt att kompensera den begränsning ett funktionshinder innebär för förmågan att utföra ett arbete genom att vidta stöd- och anpassningsåtgärder. Detta kan ibland kräva investeringar i form av anskaffande av arbetshjälpmedel eller justeringar av arbetsplatsen. I andra fall kan alternativ finnas i organisatoriska eller administrativa förändringar, såsom förändringar i arbetsorganisationen, av arbetstiderna av arbetsuppgifter m.m.

En lag som inte ställer något krav på arbetsgivaren att vidta anpassningsåtgärder riskerar att bli ett slag i luften. Utredningen föreslår därför att en arbetsgivare inte skall tillåtas fästa avseende vid en persons funktionshinder om det är möjligt att genom stöd- och anpassningsåtgärder eliminera eller reducera funktionshindrets inverkan på arbetsförmågan till en nivå där de väsentligaste uppgifterna av arbetet kan utföras. Arbetsgivarens börda får dock inte bli orimlig. Det bör därför av lagtexten framgå att detta endast gäller när det skäligen kan krävas av arbetsgivaren. Regeln förväntas främst komma att tillämpas i anställnings- och befordringssituationer men en begränsning enbart till dessa förfaranden föreslås inte.

Vad är skäligt att kräva av arbetsgivaren i fråga om anpassningsåtgärder?

I arbetsmiljölagen och Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter finns bestämmelser som ålägger arbetsgivare att verka för att uppnå en god arbetsmiljö. Även anställningsskyddslagen ålägger arbetsgivaren skyldighet att vidta arbetsplatsanpassning för den som till följd av skada eller sjukdom har svårt att fullgöra sina arbetsuppgifter, se närmare avsnitt 4.4. I lagen om allmän försäkring anges en skyldighet för att verka för rehabilitering av den som drabbats av sjukdom eller skada.

I arbetsmiljölagen anges att arbetsförhållandena skall anpassas till människors olika förutsättningar i fysiskt och psykiskt avseende (2 kap.

1 § andra stycket). En arbetsgivare är vidare skyldig att genom att anpassa arbetsförhållandena eller vidta annan lämplig åtgärd ta hänsyn till arbetstagarens särskilda förutsättningar för arbetet (3 kap. 3 § andra stycket).

Arbetarskyddsstyrelsen har utfärdat föreskrifter och allmänna råd om arbetsanpassning och rehabilitering. I dessa (AFS 1994:1) anges bl.a. att arbetsgivaren skall anpassa de enskilda arbetstagarnas arbetsituation med utgångspunkt från deras förutsättningar för arbetsuppgifterna. Därvid skall särskilt beaktas om den enskilde arbetstagaren har någon funktionsnedsättning eller annan begränsning av arbetsförmågan. I de allmänna råden till föreskrifterna anger Arbetarskyddsstyrelsen att åtgärder som kan vidtas är anskaffande av tekniska hjälpmedel och särskilda arbetsredskap eller förändringar i den fysiska arbetsmiljön. Andra förslag till förändringar som nämns är förändringar i arbetsorganisationen, arbetsfördelningen, arbetsuppgifterna, arbetstiderna, arbetsmetoderna samt de psykologiska och sociala förhållandena.

I fråga om de olika slag av åtgärder en arbetsgivare kan behöva vidta för att uppfylla sina förpliktelser enligt arbetsmiljölagen finns egentligen inga begränsningar. Arbetarskyddsstyrelsen lämnar, som nyss har redogjorts för, exempel på åtgärder som kan vidtas i syfte att anpassa arbetsplatsen utifrån den enskildes förutsättningar för arbetsuppgifterna, arbetsredskap eller förändringar i den fysiska arbetsmiljön.

Det förefaller kanske naturligt att knyta an arbetsgivarens ansvar för att vidta anpassningsåtgärder enligt denna lag till redan befintlig lagstiftning som uttrycker krav på arbetsgivaren i detta avseende. Arbetsmiljölagens regler och Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter ligger då närmast till hands. Vi har emellertid avstått från en sådan lösning, främst av skäl hänförliga till lagarnas olika konstruktion och ändamål. En påtaglig skillnad är den att medan arbetsmiljölagen förutsätter ett stort mått av samarbete mellan arbetsgivare och arbetstagare i frågor avseende vilka åtgärder som kan och bör vidtas för att anpassa arbetsplatsen utgår vårt förslag från att det är arbetsgivaren ensam som skall göra motsvarande bedömningen enligt detta lagförslag.

Det är ett rättssäkerhetskrav att tillämpningen av en lag med någon form av säkerhet kan förutses. För att detta skall vara uppfyllt krävs att lagen är tydligt i det ansvar den ålägger någon. En sådan tydlighet tenderar dock att motverkas om lagens tillämplighet samtidigt skall anpassas till förutsättningarna i det enskilda fallet. Detta är fallet är med utredningens förslag. Förslaget bör därför helst utgöra resultatet av en väl gjord avvägning av dessa båda intressen.

Problemet är på intet sätt unikt för svenskt vidkommande. Motsvarande avvägningar har lagstiftaren stått inför i både

Storbritannien och USA, se avsnitt 6.4 och 6.7. I den brittiska lagen uttrycks det som att arbetsgivaren skall vite *reasonable adjustments* och i den amerikanska lagen som att arbetsgivare skall vidta *reasonable accomodations..... unless,undue hardship*. Båda lagarna innebär att arbetsgivaren endast behöver vidta de åtgärder som skäligen kan krävas. Enligt den brittiska lagen bör omständigheter som den "reparabla" verkan av åtgärden, i vilken utsträckning det faktiskt är möjligt att vidta åtgärden, arbetsgivarens kostnad för åtgärden, denna kostnads begränsning av andra aktiviteter, arbetsgivarens ekonomiska situation samt möjligheten till ekonomisk eller annan hjälp, beaktas särskilt vid bedömning av vad som är skäligt. Ansvarig för denna bedömning är arbetsgivaren ensam. En felaktig bedömning kan innebära diskriminering samt leda till skadeståndsansvar.

Kravet på lagens flexibilitet, liksom kravet förutsebarhet leder lätt till tanken att i ekonomiska termer försöka bestämma arbetsgivarens ansvar. Detta skulle kunna göras genom att knyta arbetsgivarens ansvar till ett särskilt belopp, uttryckt i kronor, i förhållande till basbeloppet, företagets omsättning, vinst, lönekostnader eller liknande. Ett sådant ansvar behöver inte bli strikt i den bemärkelsen att den angivna gränsen alltid skall gälla utan en sådan gräns skulle kunna gälla som parameter i ett "normalfall". Det är emellertid svårt att uttala sig om vad som skulle kunna utgöra normalfallet och en sådan gräns tenderar därför att bli mer styrande i det enskilda fallet än vad som åsyftats. Utrymmet för anpassningar i det enskilda fallet skulle sannolikt bli litet. I de utländska lagstiftningar vi studerat har vi inte kunna finna att arbetsgivarens ansvar för anpassningsåtgärder, där sådant finns, någonstans har försökt kvantifieras i liknande termer. Inte heller utredningen finner en sådan lösning tilltalande.

Utredningen finner inte annan lösning än att ange kravet på arbetsgivaren i avseende på anpassningsåtgärder i förhållande till omständigheter som bör kunna beaktas vid skälighetsbedömningen. Vi avser med det följande inte att uttömma ange vilka omständigheter som skall kunna vinna beaktande utan det följande bör ses som exempel på sådana omständigheter. Inte heller har vi rangordnat dem i den ordning vi anser att de bör vinna beaktande.

Vad som är skäligt får bedömas från fall till fall. Några omständigheter som vid en sådan bedömning kan vinna beaktande avser det följande att exemplifiera. Arbetsgivarens ansvar för anpassningsåtgärder gäller oavsett om denne söker eller har möjlighet att erhålla statliga bidrag som täcker kostnaderna eller delar av dem. Kostnaden för åtgärdens vidtagande bör därför beaktas. Vi avser den totala kostnaden för åtgärden utan beaktande av möjligheten till eventuella bidrag. Kostnaden bör kunna ställas i relation till företagets

ekonomiska situation. Vad som kan vara skäligt att kräva av ett börsnoterat bolag är kanske oskäligt beträffande ett fåmansbolag. Bedömningen här bör ta sikte på förmågan att bära kostnaden. Även förhållandena på arbetsplatsen bör kunna få betydelse. Vi avser då frågor som den faktiska möjligheten att vidta en åtgärd och med vilka ansträngningar. Vilken effekt förväntas den vidtagna åtgärden få för den funktionshindrades förmåga att utföra arbetet i fråga? Kommer den funktionshindrade att kunna utföra arbetsuppgifterna effektivare än innan anpassningsåtgärden? Om effekten endast blir marginell bör det typiskt sett, sammantaget med en kostnad som inte är obetydlig, peka på att det inte skäligen kan krävas att arbetsgivaren vidtar anpassningsåtgärden. Vilken varaktighet kan anställningen förväntas få? Är endast fråga om kortare vikariat eller projektanställning kan det vara tillräckligt för att det inte är skäligt att kräva att arbetsgivaren vidtar åtgärden i fråga. Vållas arbetsgivaren av annan olägenhet till följd av anpassningsskyldigheten? Kan åtgärderna medföra driftsinskränkningar under en eventuell installation eller byggnation? Hur snabbt förväntas åtgärden kunna vidtas, hur stort är arbetsgivarens behov – i en anställningssituation – att vederbörande kan börja arbeta omgående?

9.6 Förfaranden som bör träffas av diskrimineringsförbud

Förbudet mot diskriminering av arbetssökande bör kunna göras gällande beträffande alla de åtgärder en arbetsgivaren vidtar under rekryteringsförfarandet utom såvitt avser utformningen av en platsannonser. Det blir således inte bara anställningsbeslutet som kan angripas utan även åtgärder, såsom förfaranden vid uttagning till intervju, referenstagning m.m. Inte heller bör det krävas att ett anställningsbeslut har fattats för att diskriminering skall anses kunna föreligga. Såvitt avser arbetstagar bör förbudet mot diskriminering omfatta anställningsvillkor, arbetsledningsbeslut och andra ingripande åtgärder som en arbetsgivare vidtar mot en arbetstagar.

9.6.1 Behandlingen av arbetssökande

Utredningens förslag: Förbudet mot diskriminering av arbetssökande bör gälla när arbetsgivaren tar ut sökande till anställningsintervju, beslutar om anställning eller vidtar annan åtgärd under ett anställningsförfarande.
--

Förbudet bör gälla oavsett om det fattats ett anställningsbeslut och bör träffa även fall då en ensam arbetssökande diskrimineras.

Enligt jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering måste ett anställningsbeslut föreligga innan diskriminering alls kan föreligga. Vad som inträffat under ett anställningsförfarande före beslutet, eller vad som förekommit om inget beslut alls fattas, har enligt den lagen ingen självständig betydelse.

Alternativt till en sådan ordning är att förbudet mot diskriminering av arbetssökande utformas generellt på så sätt att det avser alla situationer då en arbetssökande blir missgynnad i förhållande till andra i en likartad situation.

Vi anser att det mer heltäckande skyddet bäst främjar lagens syfte att motverka diskriminering. Skyddet för arbetssökande bör alltså avse hela anställningsförfarandet, från den tidpunkt då den arbetssökande ansöker om anställning till den punkt då arbetsgivaren fattar sitt anställningsbeslut. Däremellan ligger t.ex. arbetsgivarens mottagande, behandling och gallring av ansökningshandlingar, urval till intervjuer, referenstagning och andra kontakter med tidigare arbetsgivare, lämplighetstester och andra åtgärder som arbetsgivaren kan tänkas vidta under ett rekryteringsskede. Det är inte säkert att en arbetsgivare ur skriftliga ansökningshandlingar kan utläsa att en sökande är funktionshindrad. Uppgiften härom kan dock framkomma t.ex. vid referenstagning eller andra kontakter med tidigare arbetsgivare. Förbudet bör gälla alla dessa situationer.

Det bör inte krävas att arbetsgivaren slutligen fattar ett beslut om att anställa någon. Diskrimineringen kan bestå i att arbetsgivaren avbryter ett anställningsförfarande. Även en ensam arbetssökande bör kunna påtala diskriminering. Bakgrunden till att en annan ordning valdes i jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering var att möjligheterna att bevisa ett diskriminerande syfte hos en arbetsgivare som inte anställt någon ansågs som så försvinnande små att en annan ordning inte erbjöd någon framkomlig väg. I vårt förslag saknar dock arbetsgivarens diskriminerande syfte betydelse för om en behandling skall anses diskriminerande. De skäl som tidigare förelåg att utgå från att ett anställningsbeslut fattats föreligger därför inte längre. Härtill kommer hänsyn till vad som i flera avseenden förefaller vara gällande rätt enligt EG-rätten. Bevisproblemen och vilka krav man skall ställa på lagens diskrimineringsförbud i olika situationer innebär här svårigheter men de skall inte överdrivas.

Kravet på ett fattat anställningsbeslut och att det därmed finns en jämförelseperson till den som påstår sig ha blivit diskriminerad är oftast en fördel ur bevis synpunkt men inget krav för den rent juridiska

bedömningen huruvida diskriminering förekommit eller inte. Finns ingen faktisk person att jämföra med bör bedömningen utgå från hur en fiktiv person utan funktionshinder skulle ha behandlats.

Visserligen torde utgångspunkten fortfarande i princip böra vara att det rättsligt sett tillkommer en arbetsgivare att fritt bedöma om det i ett givet läge överhuvud taget skall anställas arbetskraft. Om en arbetsgivare har annonserat ut ett ledigt arbete eller det kan visas att arbetsgivaren på annat sätt inlett ett rekryteringsförfarande för ett arbete bör man emellertid inte utan vidare tillåta en arbetsgivare att avvisa den som kommer och söker arbetet under hänvisning till att det inte längre finns något behov av arbetskraft.

En arbetssökande måste för att nå framgång med ett påstående om diskriminering kunna visa att han eller hon haft goda förutsättningar för att komma ifråga för kallelse till intervju, anställning eller i vilket avseende diskriminering görs gällande. I första hand bör skyddet kunna åberopas av den arbetssökande som har de bästa meriterna för en anställning. Om den som förbigåtts vid anställningen hade bättre meriter än den som fick anställningen bör detta räcka för att arbetsgivaren måste komma med en godtagbar förklaring till sitt val av arbetstagare.

Exempel på situationer under ett anställningsförfarande som bör omfattas av diskrimineringsförbud är att en arbetssökande inte kallas till intervju eller gallras bort i något annat skede av rekryteringsförfarandet. Förlusten av en möjlighet bör med andra ord avgöra om en situation är kvalificerad nog för att kunna läggas till grund för ett påstående om diskriminering. Det spelar då ingen roll att den förfördelade inte hade bäst sakliga förutsättningar för arbetet. En arbetssökande har ju då blivit kränkt redan genom att inte ha fått "chansen" till en anställning. En annan sak är att den som endast uteslutits ur ett rekryteringsförfarande inte kan anses ha lidit skada i samma utsträckning som den sökande som skulle ha fått den lediga platsen om tillsättningen skett utan diskriminering. I fråga om anställningsintervjuer bör t.ex. även en person som har tillräckliga meriter för den sökta befattningen men som inte fått möjlighet att komma till anställningsintervju kunna åberopa diskrimineringsförbudet om andra personer i liknande situation kallas. (Jfr *Draehmpaehl*-fallet, punkterna 30-36.) Finns det en sökande med bättre meriter än många medsökande och den sökande ändå inte kallas till intervju lär det typiskt sett vara svårare för en arbetsgivare att förklara behandlingen än för en person som endast haft tillräckliga meriter och inte kallas.

Även i de fall en arbetsgivare anlitar s.k. headhunters eller särskilda rekryteringsföretag inför en rekrytering, kan det tänkas inträffa att arbetssökande väljs bort på ett sätt som innebär diskriminering. Också sådana förfaranden bör omfattas av diskrimineringsförbudet och

arbetsgivaren bör alltså kunna göras ansvarig i förhållande till en arbetssökande. Sedan får det ankomma på arbetsgivaren att i sin tur vända sig till sin avtalspart och regressvis kräva ersättning för utgivet skadestånd. En sådan ordning innebär att en arbetsgivare inte kan kringgå diskrimineringsförbudet genom att t.ex. uppdra åt en rekryteringsfirma att sköta en rekrytering.

I likhet med vad som gäller enligt jämställdhetslagen överträder inte en arbetsgivare diskrimineringsförbudet genom ett handlande som riktar sig mot arbetssökande i allmänhet. Det är alltså inte någon överträdelse av förbudet mot diskriminering att t.ex. enbart i en platsannons förklara att rullstolsburna arbetssökande inte gärna ses som sökande. Om en rullstolsburen trots annonsen söker arbetet kan dock arbetsgivarens utformning av annonsen läggas till grund för bedömningen av om arbetsgivarens handlande varit diskriminerande i något annat hänseende i rekryteringsärendet.

Om en arbetssökande påtalat att arbetsgivaren gjort sig skyldig till diskriminering på grund av en behandling under något skede av rekryteringsförfarandet före anställningsbeslut, vilket kan läggas till grund för ett påstående om diskriminering på grund av funktionshinder, t.ex. att han eller hon inte kallats till intervju, och arbetsgivaren därefter anställer anmälaren, utesluter det inte ansvar för diskriminering vid uttagningen till intervju. En annan sak är att det förhållandet att den förfördelade därefter fått anställningen kan beaktas vid skadeståndsbedömningen.

Eftersom vårt förslag innebär att inte bara ett anställningsbeslut kommer att kunna angripas utan också olika åtgärder under själva rekryteringsförfarandet, t.ex. urvalet till anställningsintervju, kommer arbetsgivarens anställningsrutiner att vara mer i fokus än vad som hittills gällt enligt jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering. Det innebär inte att det därför skulle vara nödvändigt att införa mer generella föreskrifter för hur ett anställningsförfarande skall gå till. Man kan dessutom i de flesta fall utgå från att arbetsgivare utformat sina anställningsrutiner så att anställningsbeslut skall kunna fattas med ledning av de sakliga kvalifikationer som de sökande har. Vi avser därför inte att i detta betänkande utveckla kraven på arbetsgivaren i dessa hänseenden.

Behandlingen med anledning av ett eventuellt behov av stöd- och anpassningsåtgärder

En situation i vilken ett diskrimineringsförbud under ett anställningsförfarande kan göras gällande är när en arbetsgivare genom

sitt anställningsbeslut förbigår en sökande med visst funktionshinder framför någon annan person utan sådant funktionshinder om förutsättningarna i övrigt är jämförbara. För att kunna konstatera diskriminering bör först prövas huruvida "likartad" situation eller "lika fall" är för handen. Endast då är en olik, eller med andra ord oförmånlig, behandling diskriminerande. För att pröva den frågan är det naturligt att jämföra de sakliga förutsättningarna hos den förbigångna och den person som fick anställningen. Om förutsättningarna – bortsett från funktionshindret – är likartade bör man ställa sig frågan om funktionshindret har någon relevans för förmågan att utföra arbetet och, i förekommande fall, vilken.

Det nyss anförda bekräftar återigen att diskrimineringsgrunden funktionshinder skiljer sig från de andra diskrimineringsgrunderna. Medan blotta tillhörigheten till någon av de andra grupperna (kön, ras, religion, sexuell läggning m.fl.) sällan eller aldrig medför att "likartad situation" inte föreligger gäller detta betydligt oftare för dem som är funktionshindrade.

För att en arbetsgivare skall kunna bedöma huruvida några anpassningsåtgärder är erforderliga och om det skäligen kan krävas av honom eller henne att åtgärder vidtas bör arbetsgivaren lämnas viss information om arten och graden av funktionshindret. En grundläggande förutsättning för att diskriminering skall kunna föreligga är att arbetsgivaren haft vetskap eller förmodat att personen i fråga var funktionshindrad. På sätt utvecklas i avsnitt 9.9.5 har den arbetssökande eller arbetstagaren bevisbördan för arbetsgivarens kännedom eller förmodade insikt om funktionshindret. En arbetssökande lämnar förmodligen lättast sådan information i sin ansökan om anställning. För att arbetsgivaren skall kunna överväga vilka skyldigheter denne har bör samtidigt den sökande ange sin uppfattning om behovet av anpassningsåtgärder. Den funktionshindrade vet själv bäst vilka begränsningar funktionshindret medför och förmodligen även bäst vilka åtgärder som kan vara nödvändiga att vidta. Är arbetsgivaren efter de upplysningar som lämnats osäker på vilka åtgärder som behöver vidtas bör denne ta kontakt med den funktionshindrade arbetssökanden för att i samråd diskutera frågan. Det är inte godtagbart att arbetsgivaren i stället för att ta sådan kontakt väljer bort den funktionshindrade för att han eller hon inte kunnat bedöma behovet av anpassningsåtgärder eller skäligheten av att behöva vidta sådana. En sådan arbetsgivare riskerar att bryta mot lagens diskrimineringsförbud.

Om det i ansökan endast anges att den arbetssökande är funktionshindrad men inget nämns om vilka stöd- och anpassningsåtgärder som kan behöva vidtas bör arbetsgivaren kunna utgå från att sådana åtgärder inte är nödvändiga, såvida vad som kan

anses allmänt vederligt inte motsäger en sådan uppfattning. I det förstnämnda fallet bör arbetsgivaren således inte tillåtas fästa något avseende vid funktionshindret medan arbetsgivaren i det andra fallet bör uppmana den arbetssökande att lämna sin uppfattning i fråga om vilka åtgärder som kan behöva vidtas.

Efterkommer den arbetssökande inte en sådan uppmaning bör diskriminering svårligen kunna göras gällande med framgång. Endast om det är uppenbart att den funktionshindrade även efter att åtgärder som skäligen kunnat krävas har vidtagits inte kan utföra de väsentligaste uppgifterna av arbetet kan arbetsgivaren tillåtas underlåta sig att ta en sådan kontakt med den sökande.

Är funktionshindret av sådant slag att det inte inverkar på den enskildes arbetsförmåga bör arbetsgivaren således inte tillåtas fästa någon som helst betydelse vid funktionshindret i sitt anställningsbeslut. Är det så att den funktionshindrade kan utföra arbetsuppgifterna, eller i vart de väsentligaste av dem efter att stöd- och anpassningsåtgärder som skäligen kunnat krävas har vidtagits bör arbetsgivaren inte heller tillåtas fästa någon betydelse vid funktionshindret. Är funktionshindret av sådant slag att den funktionshindrade inte ens, efter att stöd- och anpassningsåtgärder som skäligen kunnat krävas har vidtagits, kan utföra de väsentligaste uppgifter av arbetet, föreligger inte direkt diskriminering eftersom *lika fall* inte föreligger då. Inte heller föreligger direkt diskriminering om det i och för sig var möjligt att eliminera eller reducera begränsningarna av funktionshindret genom stöd- och anpassningsåtgärder men det inte skäligen kunnat krävas av arbetsgivaren att han eller hon vidtog sådana åtgärder. Inte heller då föreligger *lika fall*.

9.6.2 Behandlingen i ett bestående anställningsförhållande

Utredningens förslag: Förbudet mot diskriminering av arbetstagare bör gälla beslut om befordran eller uttagning till utbildning för befordran, anställnings- och arbetsvillkor, arbetsledningsbeslut och andra ingripande åtgärder som en arbetsgivare vidtar mot en arbetstagare.
--

Förbudet mot diskriminering i ett bestående anställningsförhållande omfattar enligt de nu gällande antidiskrimineringslagarna tre situationer. Dessa är anställnings- och andra arbetsvillkor, arbetsledningsbeslut samt särskilt ingripande åtgärder såsom avskedande, uppsägning,

permittering, omplacering och liknande från arbetsgivarens sida mot arbetstagaren. Motsvarande bör gälla detta förslag.

Förbudet mot direkt diskriminering bör innebära följande. En jämförelse bör göras mellan hur arbetsgivaren behandlar den som påstår sig vara diskriminerad och andra anställda. Viktigt är då att jämförelsen görs med något som är en ”likartad situation”, se avsnitt 9.5.3. Även en fiktiv jämförelse skall kunna göras, om underlag för en verklig jämförelse saknas. Härmed avses ett övervägande om hur arbetsgivaren *skulle ha* behandlat en annan anställd i likartad situation.

Diskriminering i fråga om anställnings- och andra arbetsvillkor, såsom lönevillkor, bör förutsätta en mer än bagatellartad avvikelse till det sämre från de vanliga villkoren. Förbudet bör riktas mot vad framstår som en nackdel för den enskilde; det är främst ur dennes perspektiv saken bör bedömas.

Jämförelsen torde komma att inriktas särskilt på att avse den aktuella arbetstagarens villkor i förhållande till andra arbetstagare med samma eller närallgande arbetsuppgifter hos arbetsgivaren. Därutöver bör man kunna tänka sig fall där t.ex. lönen för en ensam anställd är så uppseendeväckande låg att den närmast utan närmare överväganden framstår som diskriminerande.

Diskriminering i fråga om arbetsledningsbeslut är sådana fall då en arbetstagare med visst funktionshinder utsätts för handlingar eller underlåtenhet som hänför sig till arbetsgivarens befogenhet att leda och fördela arbetet i vedertagen arbetsrättslig mening. Gränsdragningen mellan ett arbetsledningsbeslut och ett anställningsbeslut är inte alltid klar när det gäller beslut att befordra en redan anställd till ny befattning. För att slippa denna gränsdragningsproblematik föreslås att det anges särskilt att förbudet mot diskriminering gäller vid befordran och vid uttagning till utbildning för befordran.

En arbetsgivares handlingsfrihet i ledningsfrågor är i princip inskränkt redan idag genom att han eller hon måste iaktta god sed på arbetsmarknaden och allmänna principer om lojalitet i ett anställningsförhållande. Dessa begrepp är dock svårtillgängliga och tar inte sikte just på diskriminering på grund funktionshinder. Det framstår därför som lämpligt med en uttrycklig klarläggande förbudsregel. En sådan regel fyller även funktionen att ange att skadestånd kan komma i fråga.

Även diskriminering i ledningsfrågor bör förutsätta en mer än bagatellartad avvikelse från hur andra arbetstagare normalt behandlas. Förbudet bör även här riktas mot vad som framstår som en nackdel för den enskilde; det är främst ur dennes perspektiv saken bör bedömas. För att en enstaka händelse skall kunna rubriceras som diskriminering bör det normalt krävas att händelsen innebär ingripande följder för

arbetstagaren. Ständigt upprepade händelser kan däremot vara av mindre betydelse var och en, men sammantagna innebära en oacceptabel arbetsledning.

Utredningen önskar med ett exempel på nytt knyta an till vad som anförts i det föregående avsnittet 9.6.1. Om det kan konstateras att ett arbetsledningsbeslut som innebär att en funktionshindrad arbetstagare fråntas vissa arbetsuppgifter innebär en oförmånlig behandling för denne är det ändå inte givet att beslutet är diskriminerande. Avgörande är om lika fall har behandlats olika. Inverkade funktionshindret inte på förmågan att utföra arbetsuppgifterna föreligger diskriminering om det dessutom kan konstateras att en person utan sådant funktionshinder inte skulle ha behandlats på motsvarande sätt. Hade det genom stöd och anpassningsåtgärder varit möjligt att kompensera de begränsningar funktionshindret innebar för arbetsförmågan hade beslutet också inneburit diskriminering om det skäligen kunnat krävas att arbetsgivaren vidtog sådana åtgärder. Saknade den funktionshindrade, trots sådana åtgärder, möjlighet att utföra arbetsuppgifterna var beslutet inte diskriminerande eftersom då inte förelåg *likartad* situation

Diskriminering i fråga om andra ingripande åtgärder avser konkreta åtgärder som är till nackdel för en arbetstagare. Här märks t.ex. uppsägningar, avskedanden, permitteringar, indragning av förmåner och utebliven befordran som arbetstagaren haft anledning att räkna med. Omplaceringar eller förflyttningar med mindre ingripande verkningar är snarast att hänföra till arbetsledningsbesluten, medan en omplacering som påtagligt försämrar en arbetstagares inkomst och arbetsförhållanden och kanske rent av syftar till att provocera en arbetstagare till att själv säga upp sig torde höra till den nu behandlade kategorin.

9.7 Trakasserier

Vi har ovan i avsnitt 4.6 redogjort för de regler som idag finns mot trakasserier i arbetslivet. Med trakasserier avses här handlingar, uttalanden och beteenden som tar sikte på att skada eller vålla obehag. Det är fråga om enstaka eller återkommande klandervärda eller negativt präglade handlingar som riktas mot enskilda arbetstagare på ett kränkande sätt och som kan leda till att dessa ställs utanför arbetsplatsens gemenskap (jfr definitionen i AFS 1993:17).

9.7.1 Inledning

Trakasserier kan utföras av såväl arbetstagare (dvs. arbetskamrater) som arbetsgivare. Det kan vara fråga om att en arbetstagare behandlas på ett hotfullt eller kränkande sätt. Exempel är vuxenmobbing, psykiskt eller fysiskt våld, social utstötning och sexuella och andra trakasserier. Andra exempel har en tydligare anknytning till arbetsgivarens arbetsledningsrätt och är på så sätt av specifikt arbetsrättslig karaktär. Här kan anges fall då en utlovad förmån uteblir eller en arbetstagare drabbas av andra nackdelar i sitt arbete som t.ex. försämrade arbetsförhållanden eller arbetsvillkor. Det kan vara fråga om att en arbetstagare utsätts för orimlig arbetsbelastning eller för prestationskrav som är orimliga, men det kan även handla om att arbetstagaren fråntas arbetsuppgifter eller får för honom eller henne mycket okvalificerade arbetsuppgifter. Trakasserier från arbetsgivaren kan vidare ta sig uttryck i oberättigat dåliga vitsord eller omdömen som är ägnade att påverka den anställdes möjlighet att utvecklas, utbildas sig, befordras eller få en annan anställning.

Det kan vara fråga om enskilda händelser av mer än bagatellartat slag. Det kan också handla om ett pågående beteende som bildar ett mönster av upprepade handlingar av samma eller liknande slag.

Det kan erinras om att frågan om trakasserier i arbetslivet enligt gällande regler avser arbetsgivarens ansvar, inte förhållandet mellan arbetstagare, och att saken närmast är en arbetsmiljöfråga. Några stadganden i BrB är i och för sig tillämpliga på trakasserier men det högre beviskravet i straffrättsliga sammanhang och straffstadgandenas utformning ger vid handen att BrB:s regler inte är så lätta att använda mot trakasserier. Reglerna i jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering tar inte alls sikte på vuxenmobbing och är därför knappast användbara. Därmed återstår arbetsmiljöreglerna, som ålägger arbetsgivaren ett ansvar även för den psykosociala arbetsmiljön. Det är dock tydligt att dessa regler inte är utformade för att ge den enskilde upprättelse för den kränkande behandling han eller hon kan vara utsatt för. Således ger inte arbetsmiljölagen och föreskrifterna som meddelats med stöd av lagen den enskilde rätt till skadestånd. En aspekt av detta är att en arbetstagare som utsätts för trakasserier inte blir kompenserad för själva kränkningen (allmänt skadestånd). Men arbetstagaren blir heller inte ersatt för ekonomiska förluster, t.ex. i form av förlorad lön och andra förmåner under en sjukskrivningsperiod eller läkarkostnader och liknande (ekonomiskt skadestånd).

I rapporten Sexuella trakasserier och arbetsgivarens ansvar har konstaterats att ersättning till kvinnor som blivit sexuellt trakasserade har utgått först efter uppsägning och med stöd av bestämmelserna i lagen om anställningsskydd. Det förefaller olyckligt att en person skall tvingas sluta en anställning på grund av att han eller hon utsätts för trakasserier.

Enligt förslaget i rapporten Sexuella trakasserier och arbetsgivarens ansvar skall en arbetsgivare som inte agerar på en anmälan om trakasserier enligt jämställdhetslagen åläggas att utge skadestånd till den enskilde. I rapporten hävdas att det inte kan anses rimligt att den som trakasseras av en arbetskamrat och inte kan förmå sin arbetsgivare att vidta någon åtgärd mot detta skall tvingas säga upp sin anställning för att kunna få gottgörelse för en sådan kränkning. Vi instämmer i detta.

I den undersökning som utförts av SCB på begäran av Handikappombudsmannen beträffande förekomsten av diskriminering i arbetslivet av funktionshindrade tillfrågades undersökningsgruppen om de någon gång på grund av sitt funktionshinder utsatts för personlig förföljelse genom elaka ord eller handlingar, såsom mobbning eller annan nedlåtande behandling, av sina chefer eller arbetskamrater. Drygt var sjunde funktionshindrad (16,7 procent) svarade ja. Av dem med psykiska funktionshinder svarade drygt en tredjedel (34,0 procent) ja. För dem med mag- och tarmsjukdomar samt rörelsehindrade var andelen ja-svarare drygt var fjärde (26,0 procent) respektive var femte (20,8 procent).

Trakasserier är alltså ett praktiskt problem som gör arbetslivet onödigt besvärligt för många. Stress och en spänd arbetssituation medför vidare sämre arbetsprestationer och kan leda till psykiska besvär eller sjukdom. Det är dessutom ett principiellt problem. Frihet från trakasserier och mobbning är en viktig jämlikhetsfråga. Den är starkt knuten till principen om individers lika värde och rättigheter i arbetslivet.

Slutsatsen av det som nu sagts är att trakasserier av funktionshindrade är ett reellt problem i arbetslivet, och att det förefaller som om de regler som i dag finns är otillräckliga. Mot denna bakgrund anser vi att arbetsmiljöreglerna bör kompletteras på så sätt att det av den nya lagen bör framgå att trakasserier på grund av funktionshinder inte är acceptabelt.

Det framstår som en fördel att frågan genom särskilda regler i den nya lagen lyfts fram. Att det i viss mån uppkommer en överlappande reglering i förhållande till Arbetsmiljölagen och Arbetarskyddsstyrelsens föreskrifter om *Kränkande särbehandling* är ägnat att göra skyddet mot trakasserier starkare.

9.7.2 Skyldighet att utreda och ingripa mot trakasserier

Utredningens förslag: En arbetsgivare som får kännedom om att en arbetstagare anser sig utsättas eller ha utsatts för trakasserier på grund av funktionshinder, bör se till att omständigheterna kring de uppgivna trakasserierna utreds och, i förekommande fall, vidta de åtgärder som skäligen kan krävas för att förhindra fortsatta trakasserier.

Undersökningen från SCB visar på att trakasserier utförs av såväl arbetsgivarrepresentanter som arbetskamrater utan arbetsledande ställning. Som vi har anfört utgör trakasserier ett problem för många människor. Det primära bör vara att svenska arbetsplatser blir befriade från den typen kränkande behandling som trakasserier innebär. I syfte att förhindra fortsatta trakasserier vore en särskild regel som förbjöd såväl arbetsgivare som arbetstagare att trakassera en arbetstagare på grund av funktionshinder vara möjlig att införa. Som vi avser att utveckla i det följande är en sådan åtgärd emellertid inte invändningsfri.

En förbudsregel som tar sikte på *förhållandet mellan arbetstagare* skulle inte stämma väl överens med det arbetsrättsliga systemet i stort. Arbetsrätten består enligt vedertagen ordning av regler som rör förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Inte någon av de arbetsrättsliga lagarna ålägger arbetstagare eller arbetstagarorganisationer skyldigheter som kan jämföras med det som nu är aktuellt. Man kan säga att den arbetsrättsliga lagstiftningen utgår från avtalsförhållandet mellan arbetsgivaren och arbetstagaren. Själva avtalet är grunden för rättigheter och skyldigheter mellan arbetsgivaren och arbetstagaren, men något avtal föreligger inte mellan arbetskamrater. En talan i AD om skadestånd på grund av trakasserier skulle, om ett förbud gällde arbetskamrater emellan, kunna komma att föras mellan två eller flera arbetstagare, utan att arbetsgivaren var berörd. En sådan rättegång vore egentligen inte en arbetsrättslig sak, där AD:s särskilda kompetens behövs. Ordningen förefaller inte tilltalande. Inte heller framstår det som lämpligt att en talan på grund av trakasserier bryts ut ur lagen i övrigt, och ur det arbetsrättsliga systemet, för att handläggas som en vanlig civilprocess i allmän domstol. Till detta kommer att de allvarliga kränkningarna redan idag faller under BrB:s regler om främst ofredande.

Vi har därför valt att inte föreslå ett förbud mot trakasserier mellan arbetstagare.

Bör då en förbudsregel rikta sig mot trakasserier som utförs *av arbetsgivaren*?

Allmänt sett är det rimligt att ålägga arbetsgivare ett större rättsligt ansvar än enskilda arbetstagare. EDA-utredningen har valt denna konstruktion (SOU 1997:174). Det förefaller också finnas en vinst med

ett särskilt trakasseriförbud på så sätt att det med en sådan lösning tydligare framgår att trakasserier är oacceptabla. Detta skäl är dock inte enligt vår mening tillräckligt som motivering för en särskild förbudsregel.

Det finns nämligen flera skäl som talar emot en sådan lösning. Ett första skäl är redan den omständigheten att trakasserier från arbetsgivaren i princip kan falla under förbudet mot direkt diskriminering. Diskrimineringsförbudet avser situationer då någon behandlas mindre förmånligt än andra, t.ex. i arbetsledningssituationer. Åtminstone trakasserier som utgör mer än bagatellartad mobbning kan vara exempel på sådan diskriminering. Andra typer av trakasserier förekommer knappast i så stor utsträckning från arbetsgivares sida att en särskild förbudsregel jämte det förbud som ligger i arbetsmiljöansvaret är motiverad.

En andra svårighet är av mer juridisk-teknisk art. En förbudsregel måste av rättssäkerhetsskäl vara tydlig och med precision ange vem den riktar sig emot. Frågan gäller här hur arbetsgivaren skall identifieras. Normalt torde i privata förhållanden arbetsgivaren vara den juridiska person som utgörs t.ex. av ett bolag eller en ekonomisk förening. Om verksamheten drivs av en privatperson som enskild firma eller i handelsbolagsform kan dock även en fysisk person vara arbetsgivare. Inom kommuner och landsting är själva kommunen eller landstinget arbetsgivare, även om det förekommer att vissa arbetsgivarfunktioner delegeras till förvaltningsområden. I staten får man anse att det i huvudsak är rimligt att använda sig av det s.k. funktionella arbetsgivarbegreppet. Den myndighet där en arbetstagare är anställd är arbetsgivare i förhållande till den enskilde.

I dessa fall är arbetsgivaren normalt en juridisk person. Trakasserier, däremot, utövas av fysiska personer som följaktligen inte *är* arbetsgivaren och inte heller med nödvändighet företräder arbetsgivaren i formell eller naturlig mening. Den som trakasserar är i stället arbetstagare hos arbetsgivaren/den juridiska personen. Det får till en början antas att det är högst ovanligt att ett bolags styrelse eller behöriga ställföreträdare vidtar trakasserier mot en arbetstagare. I den meningen vore ett förbud mot arbetsgivares trakasserier meningslöst. Snarare är det förmän och omedelbart överordnade arbetstagare som inte i vanlig mening har behörighet att företräda arbetsgivaren som står för trakasserier. Den som mobbar en annan gör det inte som ett utflöde av sitt anställningsavtal eller sina arbetsuppgifter. Snarare lär skälen till trakasserier stå att finna i omständigheter som typiskt sett inte alls har med arbetsuppgifterna eller själva anställningen att göra. Vi har förståelse för argumentet att det bör åvila arbetsgivaren att med omsorg välja ut arbetsledare och personer med särskilt ansvar. Det vore också i

och för sig tänkbart att arbetsgivaren förpliktas stå för de rättsliga följderna om en olämplig förman, arbetsledare etc. trakasserar arbetstagare. Det förefaller emellertid inte omedelbart tilltalande att arbetsgivaren (den juridiska personen) skall åläggas skadeståndsskyldighet för mobbning och sådana förfaranden som uppenbart ligger vid sidan av arbetsuppgifterna och i många fall också utanför vad arbetsgivaren kan förutse när en förman eller arbetsledare utses.

Med hänsyn till det anförda har vi stannat för att inte föreslå ett uttryckligt förbud mot arbetsgivares trakasserier. Vi föreslår i stället en lösning som förefaller uppfylla krav både på att trakasserier motverkas på ett effektivt sätt och att en rimlig grad av rättssäkerhet för arbetsgivarsidan tillgodoses. Detta förslag utgår från tanken att det primära för den arbetstagare som utsätts för trakasserier är att dessa upphör och att fortsatta trakasserier förebyggs. Det viktigaste kan inte vara att erhålla ekonomisk kompensation.

Det handlar här om en delvis parallell till reglerna i 5-6 §§ AFS 1993:17 (jfr avsnitt 4.6).

Arbetsgivarens ansvar bör avse avsiktliga trakasserier, dvs. fall där den som trakasserar är medveten om arbetstagarens funktionshinder, att denne motsätter sig den kränkande behandlingen och det går att urskilja ett orsakssamband mellan funktionshindret, den trakasserandes kännedom om det och trakasserierna. Här bör framhållas att vårt förslag inte avser attityder och skämt, kommentarer och anspelningar som inte riktar sig mot en eller flera individer. I praktiken innebär detta, såvida funktionshindret inte är uppenbart, att den individ som inte låter arbetsgivare och arbetskamrater förstå att han eller hon har ett funktionshinder inte kan hävda att han eller hon är trakasserad på grund av funktionshinder.

Det bör åligga den trakasserade att göra klart för den som trakasserar att beteendet är ovälkommet. Detta bör kunna göras helt formlost i en muntlig eller skriftlig kontakt eller genom förmedling t.ex. av en arbetskamrat. Ett alternativ kan vara att kontakta skyddsombudet eller någon från den fackliga organisationen på arbetsplatsen för hjälp. Ofta lär det vara uppenbart för envar både vilken avsikt den trakasserande har och hur beteendet mottas av den som utsätts för trakasserier. I sådana fall behöver inte någon särskild framställning ske.

I första hand är här fråga om trakasserier arbetstagare emellan. Det förhållande att en företrädare för arbetsgivaren kan ligga bakom trakasserierna hindrar dock inte att arbetsgivaren är skyldig att vidta utredningsåtgärder m.m. Även den som är behörig att företräda arbetsgivaren i visst avseende är vanligen arbetstagare enligt det vedertagna arbetstagarbegreppet. Om exempelvis en förman eller

personalhandläggare med behörighet att företräda arbetsgivaren gör sig skyldig till trakasserier, bör det åligga arbetsgivaren att vidta åtgärder när denne underrättas om trakasserier.

Arbetsgivarens *utredningsskyldighet* bör initieras när behörig företrädare för arbetsgivaren erhåller kännedom att om en arbetstagare *anser* sig bli eller ha blivit trakasserad på grund av funktionshinder av arbetskamraterna på arbetsplatsen. Arbetsgivaren skall inte vänta med att ingripa tills han eller hon är säker på att trakasserier förekommer. En sådan ordning riskerar att bli utdragen och kanske meningslös. Arbetstagaren bör självfallet inte avkrävas bevisning om trakasserier men naturligt är att den som anser sig ha blivit utsatt för trakasserier vid samtal med arbetsgivaren lägger fram sådana omständigheter som ger arbetsgivaren anledning att utgå från att trakasserier på grund av funktionshindret förekommit. Om arbetsgivaren misstänker att flera orsaker ligger bakom trakasserier och att funktionshindret är ett av dem, bör detta vara tillräckligt för att hans eller hennes utredningsansvar skall utlösas. Arbetsgivaren bör underlåta att agera endast om han eller hon är säker på att påståendena om trakasserier är ogrundade. En arbetsgivare som får kännedom om att en anställd anser sig utsatt för trakasserier i arbetet måste ta uppgifterna på stort allvar och snabbt agera.

Utredningens syfte skall till en början vara att bringa klarhet i vad som pågår, eller har pågått. I detta ligger att ta reda på vem eller vilka som trakasserar, och vilka uttryck trakasserier tar sig i. Den utredning arbetsgivaren skall genomföra måste anpassas efter omständigheterna i det enskilda fallet. Det är emellertid rimligt att arbetsgivarens första kontakt är med den utsatte, både för att ta reda på dennes uppfattning om vad som har hänt samt vilka önskemål denne kan ha om den fortsatta utredningen. I de flesta fallen kan en rimlig fortsättning vara att arbetsgivaren tar kontakt med den som påstås ligga bakom trakasserier för att lyssna på dennes uppfattning om vad som hänt. Först därefter torde arbetsgivaren ha möjlighet att avgöra vilka åtgärder som krävs.

Arbetsgivaren kan inte låta utredningen stanna vid konstaterandet att ord står mot ord. Han eller hon bör bilda sig en egen uppfattning om riktigheten av den klagande arbetstagarens påståenden om trakasserier.

För att inte syftet med regeln – att skydda den som utsätts eller utsatts för trakasserier – skall motverkas kan det inte tillåtas att en arbetsgivare förhåller sig passiv enbart av det skälet att ord står mot ord. I de fall de inblandade lämnar olika uppgifter och förhållandena i övrigt är oklara bör krav ändå ställas på arbetsgivaren att bilda sig en uppfattning och att vara mera aktiv när det gäller att bidra till att ytterligare utredning kommer till stånd.

Vid misstanke om brott kan det framstå som naturligt att arbetsgivaren tillkallar polis.

Enligt vår uppfattning är det viktigt att alla inblandades rättssäkerhet beaktas och att ärendet av detta slag handläggs snabbt och omsorgsfullt. Dröjer en arbetsgivare oskäligt lång tid kan denne inte sägas ha uppfyllt den skyldighet lagen ålägger arbetsgivaren.

Om arbetsgivarens utredning ger vid handen att trakasserier har förekommit och någon eller några kan utpekas stå bakom dessa skall arbetsgivaren vidta de *åtgärder som skäligen* kan krävas för att trakasserier skall upphöra. Exakt vilka åtgärder som är lämpliga eller nödvändiga i det enskilda fallet är omöjligt att slå fast i förväg. Omständigheterna i det enskilda fallet är här avgörande. En ledstjärna är emellertid att önskemål hos den som utsatts för trakasserier normalt bör noga beaktas. Om denne vill tona ned det hela bör den synpunkten vägas in i helhetsbedömningen, men inte ensamt fälla avgörandet.

Arbetsgivarens åtgärder skall vara skäliga dels i den meningen att de kan vidtas utan dröjsmål och skall kunna antas ge effekt, dels på så sätt frågan om trakasserier inte ges orimliga proportioner när det gäller t.ex. kostnader och ingripanden mot dem står bakom trakasserier. I skälighetsbedömningen spelar ett flertal omständigheter in, såsom trakasseriernas art och omfattning, arbetsplatsens storlek och utformning, arbetsstyrkans sammansättning, arbetsgivarens och verksamhetens ekonomiska förutsättningar m.m. Det förefaller naturligt att den fackliga representationen på arbetsplatsen eller inom avdelningen tar en aktiv del i både utredningen och beslut om åtgärder. Säkerligen är det i allmänhet befogat med samtal både med den som utsatts för trakasserier, den eller de som står bakom trakasserier och andra arbetstagare.

I syfte att förmå en trakasserande arbetstagare att upphöra med trakasserier av en annan arbetstagare kan en arbetsgivare med beaktande av allmänna principer om anställningstrygghet vidta olika åtgärder. I första hand förefaller det lämpligt med tillsägelser och uppmaningar att sluta med trakasserier. Hjälper inte det kan arbetsgivaren behöva överväga möjligheten att meddela varningar, till omplacering och, ytterst, till att skilja den trakasserande arbetstagaren från anställningen. Det kan alltså vara rimligt att vidta sådana åtgärder mot *en* trakasserande arbetstagare. Om det handlar om ett flertal arbetstagare som trakasserar en arbetstagare ställer sig omplacerings- och uppsägningsfrågan säkerligen i många fall annorlunda.

Allmänt kan sägas att den arbetsgivare, som i samråd med fackliga organisationer och i förekommande fall företagshälsovård och liknande, kan sägas ha gjort vad som rimligen kan begäras för att få slut på missförhållandena, inte har brutit mot bestämmelsen.

Påföljd för underlåtenhet att utreda och vidta åtgärder som skäligen kan krävas bör vara skadestånd, se avsnitt 9.9.1.

9.8 Repressalier på grund av anmälan om diskriminering

Utredningens förslag: En arbetsgivare bör inte få utsätta en arbetstagare för repressalier på grund av att arbetstagaren anmält arbetsgivaren för diskriminering enligt den nya lagen. Med arbetsgivare likställs även den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta om en arbetstagares arbetsförhållanden.

En arbetstagare som anmält arbetsgivaren eller en företrädare för arbetsgivaren till Handikappombudsmannen eller till sin fackliga organisation för diskriminering kan behöva skydd mot repressalier från den som anmälts. Brottet övergrepp i rättsak omfattar endast anmälan till domstol eller annan myndighet och ger inte det skydd som eftersträvas. Vi föreslår därför med jämställdhetslagen som förebild ett förbud för arbetsgivare att utsätta den arbetstagare som gjort en anmälan om diskriminering på grund av funktionshinder för repressalier.

Denna typ av repressalier grundas inte på funktionshindret som sådant utan avser det förhållandet att en arbetstagare utnyttjat sin rätt att påtala ett missförhållande. Kopplingen är i stället den mellan trakasserierna och en anmälan om diskriminering. Förbudet bör omfatta sådana repressalier som tar sig uttryck i ett handlande eller en underlåtenhet från arbetsgivarens sida som är till nackdel för arbetstagaren om anledningen till repressalierna är att arbetstagaren har gjort en anmälan till sin fackliga organisation eller till Handikappombudsmannen om diskriminering på grund av funktionshinder. Det förbjudna förfarandet bör innefatta sådana situationer där den anställdes villkor eller förhållanden faktiskt försämrats i förhållande till vad som annars skulle ha varit fallet. Det kan vara fråga om försämrade arbetsuppgifter, en större arbetsbelastning, onormala krav på övertid, uteblivna förmåner och liknande åtgärder vidtagna i syfte att ”straffa”.

Förbudet bör även gälla den som i arbetsgivarens ställe har att besluta om en arbetstagares arbetsförhållanden, såsom arbetsledare och förmän eller alla de som har en ledande ställning över andra arbetstagare och vilkas beslut direkt kan påverka den enskildes arbetsförhållanden eller villkor. Skyddet gäller endast arbetstagare. Skadestånd, såväl

ekonomiskt som allmänt bör kunna utgå till den som utsätts för repressalier.

9.9 Bevisfrågor

Utredningsförslag: Lagen bör inte innehålla en uttrycklig bevisregel. Domstolarna förväntas dock lösa bevisfrågorna enligt den modell EU:s förslag till direktiv om bevisbörda i mål om könsdiskriminering anvisar. Detta innebär att den arbetssökande eller arbetstagaren skall lägga fram fakta som ger anledning att *anta* att diskriminering förekommit varefter det åligger arbetsgivaren att lämna en förklaring. Är denna godtagbar föreligger inte diskriminering. Misslyckas arbetsgivaren har diskriminering förekommit.

Vi har tidigare framhållit att diskriminering har en subjektiv och en objektiv sida. Den subjektiva sidan utgörs av den insikt, avsikt eller grad av vårdslöshet som finns hos den som utför den diskriminerande handlingen. Den objektiva sidan ser endast till de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet och är avgörande för om diskrimineringen blir direkt eller indirekt.

Som vi också har hävdat omfattar EG-rätten förbud mot såväl direkt som indirekt diskriminering på grund av kön eller nationalitet men den fäster inget avseende vid den subjektiva sidan av diskrimineringen. Motsvarande gäller i många antidiskrimineringslagar utomlands.

För att diskriminering skall anses föreligga enligt jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering krävs däremot att arbetsgivaren har haft en diskriminerande avsikt. Som vi närmare skall redogöra för har lagstiftaren löst kärandepartens bevisbörda för denna avsikt på olika sätt i de båda lagarna.

9.9.1 Jämställdhetslagen

Flertalet av förbudsreglerna i jämställdhetslagen är uppbyggda kring s.k. presumtioner och benämns ofta just presumtionsregler. Presumtionsreglerna fungerar som bevislätnadsregler för kärandeparten då denne har att visa den subjektiva sidan av diskrimineringen.

Bestämmelsen i 16 § jämställdhetslagen innebär att arbetstagarsidan först skall visa den objektiva sidan diskrimineringen, nämligen att den som påstås ha blivit diskriminerad sökt anställning m.m. men att någon annan av motsatt kön erhållit platsen, trots sämre sakliga förutsättningar

för arbetet än den diskriminerade. Förmår käranden att uppfylla denna bevisbörda presumeras arbetsgivaren ha fäst obehörigt avseende vid sökandenas kön (prop. 1978/79:175 s.48 f) och därmed utsatt arbetstagarparten eller den arbetsökanden för otillåten könsdiskriminering. Det sägs vidare i förarbetena att det i princip inte skall behövas någon ytterligare bevisning t.ex. om yttranden av arbetsgivaren, som ger stöd för arbetsgivarens könsdiskriminerande syfte. Sedan denna presumtion ”slagit till” övergår bevisbördan till arbetsgivaren att häva presumptionen. Detta kan han eller hon göra genom

1) att visa att beslutet vare sig direkt eller indirekt har samband med den missgynnades könstillhörighet,

2) att beslutet utgör ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet, eller

3) att beslutet är berättigat av hänsyn till ett sådant ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen inte bör vika för intresset av jämställdhet i arbetslivet.

Arbetsgivarens könsdiskriminerande syfte antas alltså vara för handen när arbetstagarparten förmått visa att vissa objektiva förutsättningar föreligger. Någon faktisk bevisning om syftet krävs således inte utan detta härleds ur de objektiva omständigheterna. Jämställdhetslagens 16 § får med hänsyn härtill anses lägga liten men ändå viss vikt vid diskrimineringens subjektiva sida.

I 17 § jämställdhetslagen finns en annan förbudsregel i form av en bevisregel som fäster betydligt större vikt vid arbetsgivarens syfte. Enligt denna regel skall arbetstagarparten först visa de objektiva förutsättningarna, nämligen att den som påstår sig ha blivit diskriminerad sökt anställning m.m. men att någon annan av motsatt kön erhållit platsen samt att de haft likvärdiga sakliga förutsättningar för arbetet m.m. Otillåten könsdiskriminering skall anses föreligga om arbetstagarparten dessutom kan göra sannolikt att syftet med arbetsgivarens beslut är att missgynna någon på grund av kön. I bestämmelsens andra stycke anges att första stycket inte är tillämpligt om någon av de situationer som anges i 16 § andra stycket 2 och 3 föreligger.

Bestämmelsen tillkom genom en lagändring fr.o.m. den 1 januari 1992 och var främst föranledd av att ett diskriminerande syfte hos arbetsgivaren inte kunde angripas med den dåvarande lagen.

Jämfört med lagens 16 § har lagstiftaren i 17 § således krävt att arbetstagarparten, förutom att han eller hon skall visa att de objektiva förutsättningarna föreligger, skall visa sannolika skäl för ett diskriminerande syfte hos arbetsgivaren. Det diskriminerande syftet är alltså i motsats till vad som anges i 16 § inget som härleds direkt ur att vissa objektiva förutsättningar föreligger. Kärandepartens skall i stället

presentera bevisning för att ett sådant syfte finns men har till följd av svårigheter att leda detta i bevis medgivits viss bevislättning. I stället för det vanligare beviskravet styrkt används det lägre beviskravet sannolika skäl. Lagstiftaren var av uppfattningen att regeln framför allt skulle kunna tillämpas i fall där kvinnor inte är önskade på mansdominerade arbetsplatser eller i mansdominerade yrken. Det hävdas i förarbetena (prop 1990/91:113 s. 82) att en sammanvägning av en rad olika faktorer skall kunna leda till att det framstår som sannolikt att en viss arbetsgivare har en negativ inställning till att anställa t.ex. kvinnor.

9.9.2 Lagen mot etnisk diskriminering

Den nuvarande lagen mot etnisk diskriminering innehåller inga presumptionsregler. Lagen innehåller inte heller någon regel som fördelar bevisbördan mellan parterna. Den som med stöd av lagen vill hävda att han eller hon blivit diskriminerad har därför att sörja för detta. Eftersom lagen endast förbjuder avsiktliga diskriminerande förfaranden har en viss lättning i kändepartens bevisbörda ansetts befogad. I förarbetena till lagen sägs att en uppdelning av bevisbördan för det diskriminerande momentet enligt den modell som används i föreningsrättskränkingsmål ligger närmast till hands att tillämpa. I propositionen framhålls att detta innebär att det krävs att den arbetssökande visar att han eller hon sökt anställning och haft goda förutsättningar för arbetet men ändå inte kommit i fråga, samt att den etniska faktorn stått klar för arbetsgivaren. Därutöver krävs av kändepartens att han eller hon visar att det finns sannolika skäl för att arbetsgivarens handlande berott på den etniska faktorn och att förfarandet är otillbörligt. Arbetsgivaren måste för att freda sig visa att hans beteende berott på någon annan omständighet än den etniska faktorn.

9.9.3 Bevisfrågor i svensk rätt i övrigt

De flesta civilrättsliga lagar saknar helt särskilda regler som anger hur bevisbördan skall placeras eller med vilken styrka bevisning skall föras. Inte sällan är det emellertid så att de materiella reglerna i en lag indirekt anger vem som har bevisbördan. Ger de materiella reglerna ingen ledning i frågan gäller som generell huvudregel att den som påstår något i en rättslig tvist skall styrka påståendet. Därutöver finns ur praxis utvecklade principer om bevisbördans placering.

I sammanhanget kan det vara av intresse att redogöra för ett par exempel om hur bevisfrågor har lösts i annan arbetsrättslig lagstiftning.

Exempel på när ett lägre beviskrav än ”styrkt” eller ”visat” tillämpas utgör bestämmelsen i 8 § medbestämmandelagen. I denna bestämmelse anges att föreningsrätten skall lämnas okränkta. Den som gör gällande att föreningsrätten kränkts behöver emellertid – enligt den praxis som utarbetats av AD – inte visa mer än sannolika skäl för sitt påstående, varefter motparten har att visa att denne haft skälig orsak att vidtaga åtgärden oberoende av föreningsrättskränkingsfrågan. Denna bevisbörderegeln är således inte lagstiftad utan skapad genom domstolspraxis. AD har dock hävdade att regeln inte av domstolen uppfattas som ett enkelt och bindande schema för hur bevisprövningen skall genomföras i varje förekommande fall, utan att det är fråga om en regel som i tillämpningen i viss utsträckning anpassas efter omständigheterna. På sätt tidigare har angivits är denna bevisbörderegeln föranledd av de svårigheter som är förknippade med att fullt ut visa att ett särskilt syfte har motiverat en åtgärd.

Som exempel på när bevisbördan är omkastad kan nämnas regeln i 7 § anställningsskyddslagen. Motsvarande gäller i de fall arbetstagaren påstår sig ha blivit avskedad. Den som anser sig ha blivit uppsagd på oriktig grund kan ytterst väcka talan mot arbetsgivaren med påstående att saklig grund för uppsägningen inte föreligger samt yrka ogiltigförklaring av uppsägningen och/eller skadestånd. Det är emellertid arbetsgivaren som i en sådan tvist skall visa att saklig grund föreligger.

9.9.4 EG-rätten

EG-domstolen tillämpar som huvudregel att den som i en rättslig process påstår sig ha blivit utsatt för diskriminering har bevisbördan härför, se ovan. Domstolen har dock ruckat på denna princip vid ett antal tillfällen.

Inledningsvis kan det finnas anledning att göra skillnad mellan direkt och indirekt diskriminering.

Den som påstår sig ha blivit diskriminerad, t.ex. i fråga om lön, måste i ett mål rörande *direkt diskriminering* visa att en man och en kvinna utfört likadant eller likvärdigt arbete hos samma arbetsgivare men till olika löner. Förmår arbetstagaren uppfylla denna bevisbörda har arbetsgivaren bevisbördan för att det finns en objektiv förklaring, utan hänsyn till kön, till löneskillnaden för att han eller hon skall befrias från anklagelsen om diskriminering. En förutsättning i en sådan tvist är att det åtminstone finns en jämförelseperson av motsatt kön. En jämförelseperson är å andra sidan tillräckligt för att diskriminering skall kunna påvisas.

Annorlunda förhåller det sig med *indirekt diskriminering*. På sätt tidigare har framhållits brukar EG-domstolen testa förekomsten av

indirekt diskriminering genom att ställa sig frågan om det som förefaller vara ett neutralt kriterium eller förfarande missgynnar en väsentligt större andel av det ena könet. Kan inte arbetsgivaren visa att kriteriet eller förfarandet är lämpligt och nödvändigt samt motivera detta med objektiva faktorer som inte har samband med de berörda personernas kön anses indirekt diskriminering föreligga.

Arbetsstagaren har ålagts bevisbördan för att det till synes neutrala kriteriet missgynnar en väsentligt större andel av det ena könet. Förmår arbetsstagaren visa detta, vilket ibland benämns att käranden har förmått vissa att ett prima facie fall av indirekt diskriminering föreligger, skall arbetsgivaren visa det lämpliga och nödvändiga med kriteriet. Hittills har EG-domstolen överlämnat till de nationella domstolarna att konstatera huruvida ett prima facie fall av indirekt diskriminering föreligger. Kännetecknande för EG-domstolens praxis ligger i att den ger viss vägledning för de nationella domstolarna och parterna hur de skall fortsätta att agera för den händelse ett prima facie fall av indirekt diskriminering konstateras föreligga. Domstolen testar det berättigade i att tillämpa ett kriterium i två led, enligt den s.k. proportionalitetsprincipen. Först fokuserar domstolen på frågan om det mål arbetsgivaren vill uppnå med att tillämpa kriteriet för att därefter kräva att det kriterium som används för uppnå målet är lämpligt och nödvändigt. EG-domstolens inställning är emellertid, även här, att det i första hand är de nationella domstolarna som skall göra bedömningen av om det mål som arbetsgivaren vill uppnå med kriteriet är ett berättigat mål. Domstolen har, trots denna inställning, i några domar lämnat viss vägledning till de nationella domstolarna om hur de bör resonera. Det mål som arbetsgivaren vill uppnå med en tillämpning av kriteriet skall vara ett som förtjänar skydd och det måste vara tillräckligt viktigt för att få företräde framför likabehandlingsprincipen. Det senare kräver en avvägning av de intressen som står på spel, nämligen principen om likabehandling och det intresse arbetsgivaren vill hävda. Allmänt kan det nog sägas att EG-domstolen är strikt i sin granskning av de skäl som redovisas och låter sig inte lätt bli övertygad om att arbetsgivarens intresse och således det mål som eftersträvas skall få företräde framför likabehandlingsprincipen. När det eftersträvade målet väl är accepterat som varandes tillräckligt viktigt för att överväga den negativa effekt som tillämpningen av det ifrågavarande kriteriet har mot endera könet ställer sig domstolen nästa fråga. Är kriteriet lämpligt för att nå det eftersträvade målet och är det nödvändigt för att nå dit? Även denna bedömning görs inom ramen för proportionalitetsprincipen. Denna del av testet har uteslutande lämnats i händerna på de nationella domstolarna eftersom den kräver en bedömning av de faktiska omständigheterna och kanske, en tolkning av inhemsk lag. Såvitt utredningen känner till, har

EG-domstolen ännu inte lämnat någon som helst vägledning för hur ”lämpligt och nödvändigt” skall tolkas.

Domstolens tillvägagångssätt att testa förekomsten av indirekt diskriminering har sedermera kommit till uttryck som en definition på indirekt diskriminering i art. 2.2 i det föreslagna bevisbördedirektivet. Genom denna regelns materiella innehåll fastställs även vem av parterna som skall visa vad. Arbetstagaren skall visa att arbetsgivaren tillämpat ett kriterium eller förfarande som missgynnat en större andel av det ena könet, varefter arbetsgivaren måste visa att han eller inte haft något handlingsalternativ och att kriteriet och förfarandet därför varit lämpligt och nödvändigt samt motivera detta med skäl som inte tar hänsyn till de inblandades kön.

I det s.k. *Enderbyfallet* (C-127/92, Rec. 1993, s. I-5535) frågade den brittiska domstolen om likalöneprincipen krävde att arbetsgivaren visade objektivt godtagbara skäl (objective justification) för att skillnaden i lön mellan två arbeten som antas vara likvärdiga, varav det ena nästan uteslutande utfördes av kvinnor medan det andra till större delen av män, inte innebär könsdiskriminering. EG-domstolen framhöll att enligt huvudregeln är det arbetstagaren som har bevisbördan för att han eller hon utsatts för diskriminering på grund av kön. Domstolen menade dock att den praxis som utvecklats möjliggjorde att bevisbördan kunde gå över till arbetsgivaren om det är nödvändigt för att undvika att arbetstagare som förefaller vara utsatta för diskriminering berövas effektiva medel för att hävda likalöneprincipen. Domstolen anförde att om lönen för det arbete som nästan undantagslöst utfördes av kvinnor är avsevärd lägre än lönen för det arbete som till större delen utfördes av män, föreligger ett s.k. prima facie fall av könsdiskriminering, åtminstone när arbetena är likvärdiga och statistiken som beskriver detta är tillförlitlig. Det är upp till den inhemska domstolen att göra en bedömning av det statistiska materialet. När ett prima facie fall av könsdiskriminering föreligger har arbetsgivaren bevisbördan för att det finns objektivt berättigade skäl för löneskillnaden. Arbetstagare skulle inte kunna hävda likalöneprincipen om inte bevisbördan på detta sätt gick över till arbetsgivaren. EG-domstolen uttalade i domen att under de angivna förhållandena har arbetsgivaren bevisbördan för att löneskillnaden är baserad på objektivt berättigade faktorer utan någon anknytning till diskriminering på grund av kön.

Det s.k. *Danfossfallet* (C-109/88, Rec. 1989 s. 3199) gällde bl.a. frågan vem av parterna som har bevisbördan för att en löneskillnad mellan en kvinnlig och en manlig arbetstagare som utförde likvärdiga arbeten var hänförlig till orsaker som bestämts av könstillhörighet. Utredningen i målet visade att ett individuellt lönetilläggsystem tillämpades på ett sätt som gjorde det omöjligt för en kvinnlig

arbetstagare att veta orsaken till skillnaden mellan hennes och en manlig kollegas lön. Även i detta mål framhöll domstolen det viktiga med att inte beröva arbetstagare som förefaller vara utsatta för diskriminering effektiva medel för att hävda likalöneprincipen. Domstolen ansåg, bl.a. med hänsyn härtill, att likalönedirektivet måste tolkas så att när en arbetsgivare tillämpar ett lönesystem som fullkomligt brister i transparens har denne bevisbördan för att skillnader i lön inte är diskriminerande, om en kvinnlig arbetstagare kan påvisa - i förhållande till en relativt stor andel arbetstagare - att genomsnittslönen för kvinnor är lägre än för män.

Europeiska Unionens råd förväntas inom kort anta ett direktiv om bevisbörda i mål om könsdiskriminering. I förslaget till direktiv anges i artikel 4 en bevisbörderegeln enligt följande.

1. Medlemsstaterna skall i enlighet med sina nationella rättssystem vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att det, när personer, som anser sig kränkta genom att principen om likabehandling inte tillämpas på dem, inför domstol eller annan behörig instans lägger fram fakta som ger anledning att anta att det förekommit direkt eller indirekt diskriminering, skall åligga svaranden att bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling.

Detta direktivförslaget syftar till att slå fast EG-domstolens gällande praxis i mål om könsdiskriminering. När förslaget antagits blir Sverige tvunget att anpassa sin nationella lagstiftning om könsdiskriminering i enlighet med direktivet, såvida inte konvergens redan kan anses föreligga.

9.9.5 Slutsats

Diskriminering kan, som utredningen tidigare redogjort för, föreligga oavsett om arbetsgivaren haft en diskriminerande avsikt eller inte. Den bakomliggande orsaken för arbetsgivarens handlande kan t.o.m. ha varit att gynna den som anser sig diskriminerad. Att krav inte ställs på en diskriminerande avsikt skall emellertid skiljas från situationen att det skall föreligga ett orsakssamband mellan funktionshindret och arbetsgivarens missgynnande av en viss arbetstagare eller arbetssökande.

Det sistnämnda utgör – utöver det att ett diskriminerande syfte inte behöver visas – ännu ett argument för att den rena presumptionsregeln enligt jämställdhetslagens modell bör avvisas. Ytterst innebär den regeln att arbetsgivaren inte behöver vara medveten om vilket kön den diskriminerade tillhör, så länge han eller hon, anställer, befordera m.m. någon av motsatt kön. I praktiken torde det väl vara ytterst sällsynt att

en arbetsgivare inte blir medveten om vilket kön en arbetssökande eller redan anställd tillhör.

Annorlunda förhåller det sig med funktionshinder. Många gånger är ett funktionshinder inte synligt eller märks inte vid en första kontakt mellan två människor. Inte heller behöver en arbetsgivare bli varse om att en arbetssökande är funktionshindrad, såvida denne inte anger detta i sin ansökan.

Det är vår uppfattning att lagens förbud endast skall träffa den arbetsgivare som haft kännedom om eller förmodat att en arbetssökande eller arbetstagar varit funktionshindrad. I de fall där det kan konstateras att arbetsgivaren inte alls var medveten om funktionshindret bör diskriminering på grund av funktionshinder inte kunna föreligga.

Detta är dock uppenbarligen en bevisfråga. Det kan förutses att den arbetsgivare som vill freda sig från ett påstående om diskriminering på grund av funktionshinder kommer att hävda att han eller hon inte kände till funktionshindret. En utgångspunkt för vem av parterna som har bevisbördan för arbetsgivarens insikt härom bör vara att den som hävdar förekomsten av ett förhållande, har att visa riktigheten av sitt påstående. Detta bör gälla i vart fall så länge en sådan ordning inte innebär sådana bevisvårigheter att lagen inte kan fylla sitt syfte. I enlighet härmed bör det inte komma på fråga att arbetsgivaren skall åläggas att bevisa sin icke-kännedom om en arbetssökandes eller arbetstagar funktionshinder. En sådan bevisbörda vore både ofta omöjlig att fullgöra och principiellt betänklig. Att laborera med ett lägre beviskrav för arbetsgivaren förefaller otillfredsställande i materiellt och principiellt hänseende. I stället ter det sig naturligt att bevisbördan läggs på arbetstagarparten. Typiskt sett är det lättare att leda i bevis att ett förhållande existerar än att det inte föreligger. Sannolikt är det också i normalfallet inte förenat med särskilda svårigheter att styrka en arbetsgivares kännedom om den arbetssökandes eller arbetstagar funktionshinder. I många fall kan det vara tydligt för envar att en arbetstagar är funktionshindrad. I andra fall lär arbetsgivaren komma att överbevisas om sin kännedom om att den arbetssökande eller arbetstagar är funktionshindrad genom att andra arbetstagar, fackliga företrädare, kunder etc. inför domstolen redogör för sina iakttagelser.

På sätt har anförts kommer förslaget till bevisbördedirektiv vid mål om könsdiskriminering av allt att döma att antas av EU:s råd inom kort. Sverige måste då anpassa sin lagstiftning i enlighet med direktivet. En av orsakerna till att en särskild bevisbörderegler införs i ett direktiv får antas vara att EG-domstolens praxis i dessa frågor inte återspeglas i medlemsstaternas lagstiftning.

Enligt vår mening anger förslaget lämpliga utgångspunkter för ett närmare resonemang om bevisbörda och beviskrav. Förslaget gäller

alltså könsdiskriminering men vi ser det, i samråd med EDA- och SEDA-utredningarna, som naturligt att utforma den här föreslagna lagens bevisregler med utgångspunkt i förslaget.

I korthet bör direktivet anses innebära en bevisprövning i två steg. Den arbetssökande eller arbetstagaren har att i ett första steg visa de objektiva omständigheter han eller hon hävdar vara för handen. Arbetsgivaren skall sedan – om arbetstagarparten lyckats uppfylla sina bevisåligganden – i ett andra steg lämna en förklaring till de förhållanden som arbetstagersidan visat på. Om arbetsgivaren kan lämna en godtagbar förklaring föreligger överhuvudtaget inte diskriminering. Om arbetsgivaren misslyckas föreligger diskriminering.

Fråga är närmast om en uppdelad bevisbörda, med inslag av presumtionsverkan, där vardera parten har bevisbördan för olika omständigheter av objektiv eller subjektiv art. Båda sidor bör *styrka* de omständigheter som åberopas på respektive håll. Det finns ingen orsak att bevilja en lättnad i bevisningens styrka.

I mål rörande diskriminering på grund av funktionshinder kan man därför tänka sig att en sådan uppdelad bevisbörda kan tillämpas enligt följande resonemang.

Arbetssökanden/arbetstagaren har bevisbördan för de av honom eller henne påstådda faktiska omständigheterna och beträffande arbetsgivarens medvetenhet eller uppfattning om funktionshindret. Det sistnämnda är en underförstådd förutsättning som gäller i samtliga de exempel som lämnas i det följande.

När det gäller *direkt diskriminering* skall den arbetssökande eller arbetstagaren styrka att arbetsgivaren har behandlat honom eller henne mindre förmånligt än arbetsgivaren behandlat eller skulle ha behandlat andra i likartad situation.

Detta torde för den som anser sig ha diskriminerats genom att ha *nekats anställning* innebära att denne visar att anställningen söktes, att han eller hon haft tillräckliga kvalifikationer att få den och i övrigt framstått som konkurrenskraftig bland övriga sökanden. I kravet på tillräckliga kvalifikationer ligger, såsom det har utvecklats i avsnitt 9.5.6 att arbetstagaren, i vart fall med de stöd- och anpassningsåtgärder som det skäligen kan krävas att arbetsgivaren vidtar, kan utföra de väsentligaste uppgifterna av arbetet. Om det fordras stöd- eller anpassningsåtgärder krävs det i bevishänseende av kändepartens att denne visar att det varit möjligt att eliminera eller reducera effekterna av funktionshindret till en nivå där de väsentligaste uppgifterna av arbetet kan utföras genom sådana åtgärder. Det bör dock, av skäl som kommer att utvecklas i det följande, inte åligga kändepartens att visa att det skäligen kunde krävas av arbetsgivaren att denne vidtog åtgärderna.

För den som gör gällande att missgynnandet består i att han eller hon *inte kallats till anställningsintervju* är bevisuppgiften att styrka att han eller hon sökt anställningen, haft tillräckliga kvalifikationer för arbetet och i övrigt framstått som konkurrenskraftig för att kallas till anställningsintervju.

En arbetstagare som påstår diskriminering *under löpande anställning* skall visa att han eller hon utsatts för en nackdel som någon annan i likartad situation inte utsatts för. Missgynnandet kan gälla att arbetstagaren fått sämre villkor, såsom lön, arbetsuppgifter eller utsatts för omplacering. På motsvarande sätt torde ett kort schema för bevisskyldigheten kunna uppställas för vart och ett av tänkbara fall av diskriminering.

I det som nu sagts om att den enskilde skall visa att han eller hon varit konkurrenskraftig för att kallas, anställas etc., ligger att den som påstår diskriminering måste visa att han eller hon med hänsyn till utbildning, erfarenhet, personlig lämplighet och andra meriter befunnit sig i en situation där han eller hon är konkurrenskraftig jämfört med andra sökande eller arbetstagare. En arbetssökande eller arbetstagare är konkurrenskraftig när han eller hon har bättre eller likvärdiga meriter jämfört med medsökande. När det gäller meritvärderingsnormer, kriterier för bedömning och liknande torde förarbetena till jämställdhetslagen samt AD praxis i fråga om mål rörande könsdiskriminering ge erforderlig vägledning. Det är inte vår mening att dessa normer skall påverkas av den nya lagen, oavsett om fråga är bedömningsgrunder som följer av författningar, avtal eller praxis hos arbetsgivaren eller i branschen. Allmänt sett kan sägas att urvalskriterierna inte får ge uttryck för godtycke eller subjektiva värderingar utan måste framstå som förklarliga och i huvudsak rationella för en utomstående bedömare.

Steg ett i bevisprövningen bör utmynna i en bedömning av om käranden styrkt de förhållanden som åligger denne att styrka. Om käranden har lyckats har denne fullgjort sin del av den uppdelade bevisbördan. Han eller hon kan då sägas ha gjort *antagligt* att diskriminering föreligger. Om bevisskyldigheten inte fullgjorts har käranden misslyckats med att göra diskriminering antaglig. Arbetsgivarens motargument behöver då inte prövas, utan det kan genast konstateras att diskriminering inte kan visas i målet.

I mål rörande diskriminering i samband med rekrytering bör domstolen ställa sig följande frågor för att kontrollera om kärandeparten har fullgjort sin bevisbörda.

- 1) Behandlade arbetsgivaren käranden mindre förmånligt än han eller hon behandlade eller skulle ha behandlat andra?
- 2) Har käranden ett funktionshinder som de andra inte har?
- 3) Inverkade funktionshindret på arbetsförmågan?

4) Fanns möjlighet reducera eller minimera en sådan effekt genom stöd- och anpassningsåtgärder?

Om diskriminering framstår som antaglig sedan arbetstagaren fullgjort sin bevisbörda, har arbetsgivaren i ett andra led att förklara vad som ligger bakom behandlingen. Det är endast arbetsgivaren som kan ange orsaken till sitt handlingsätt och i övrigt förklara detta. Domstolen bör härvid granska arbetsgivarens förklaring kritiskt och lägga ett betydande beviskrav på denne. Arbetsgivaren skall styrka sina påståenden. Om arbetsgivaren inte kan lämna någon förklaring eller om den är ofullständig eller otillfredsställande bör domstolen vara beredd att dra slutsatsen att behandlingen berodde på funktionshindret och att arbetsgivaren inte haft något godtagbart skäl för en sådan särbehandling. En tillfredsställande förklaring från arbetsgivarens sida däremot innebär att det överhuvudtaget inte är fråga om diskriminering.

Arbetsgivarens förklaring bör inte avse omständigheter som att han eller hon inte var medveten om funktionshindret eller att den funktionshindrade inte haft tillräckliga kvalifikationer. Detta är omständigheter som den funktionshindrade har bevisbördan för. Föreligger invändningar av nu angivet slag och den funktionshindrade inte förmår uppfylla sin bevisbörda i denna del har han eller hon inte gjort antagligt att diskriminering föreligger.

Arbetsgivarens förklaring kan emellertid hänföra sig till frågan om det skäligen kunnat krävas att denne skulle ha vidtagit några stöd- och anpassningsåtgärder. Kärandeparten måste dock först ha visat att det varit möjligt att eliminera eller reducera den inverkan funktionshindret eventuellt kan ha haft på arbetsförmågan genom att vidta stöd- och anpassningsåtgärder. I detta ligger naturligtvis också att lämna förslag på vilka åtgärder som skulle behöva vidtas och hur de skulle kunna ha genomförts. När kärandeparten således fullgjort sin bevisbörda i detta avseende bör det ankomma på arbetsgivaren att lämna en förklaring till varför det inte skäligen kunnat krävas av honom eller henne att de föreslagna åtgärderna vidtogs. Det är inte mer än naturligt att arbetsgivaren åläggs bevisbördan härför eftersom denne, typiskt sett, bör ha lättast att föra bevisning om de omständigheter som är av betydelse för en sådan avvägning. Som vi har anfört i avsnitt 9.5.6 är omständigheter som kostnaden för åtgärden, arbetsgivarens ekonomiska situation, förhållandena på arbetsplatsen m.m. sådana som är av direkt betydelse för bedömningen.

I övrigt framstår det som att de fall där arbetsgivaren genom sin förklaring kan få ett missgynnande, som har samband med ett funktionshinder som inte har någon inverkan på arbetsförmågan, att inte utgöra diskriminering måste vara få. Den arbetsgivare som t.ex. är införstådd med att en funktionshindrad, som utför sina arbetsuppgifter

lika väl som andra anställda, har behandlats mindre förmånligt än andra arbetstagare bör vara tvungen att styrka en invändning om att funktionshindret inte orsakat eller ens påverkat arbetsgivarens handlande. Om det t.ex. visar sig att en funktionshindrad arbetstagare systematiskt tilldelas oattraktiva arbetsuppgifter, medan de åtråvärda uppgifterna tilldelas arbetstagare utan funktionshinder och det inte förefaller finnas några objektivt godtagbara skäl för en sådan behandling, innebär det beviskrav som gäller för arbetsgivarens förklaring att denne har en betydande bevisuppgift framför sig.

Även om diskriminering skulle visas vara för handen kan dock arbetsgivaren visa att behandlingen ändå inte är förbjuden. Även detta är en bevisfråga. Arbetsgivaren har här att styrka att hans eller hennes handlande är berättigat av hänsyn till ett sådant ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen inte bör vika för intresset av att diskriminering på grund av funktionshinder inte förekommer i arbetslivet, se avsnitt 9.5.4 om undantagsfallet. Detta är en undantagssituation som anger när lagens diskrimineringsförbud inte gäller trots att fråga är om diskriminering. Situationen skall skiljas från den när diskriminering inte alls föreligger; då finns heller inget skäl att pröva om diskrimineringen kan vara tillåten.

Även när det frågas om *indirekt diskriminering* är utgångspunkten den att arbetstagaren eller den arbetsökande skall göra antagligt att han eller hon har blivit diskriminerad. Detta gör han eller hon genom att visa att det till synes neutrala kriteriet, bestämmelsen eller förfaringssättet missgynnar en väsentligt större andel av den grupp funktionshindrade han eller hon anser sig tillhöra jämfört med övriga grupper. Om detta uppfylls föreligger vad som i bland kallas för ett *prima facie* fall av indirekt diskriminering. Arbetsgivaren skall då för att freda sig från anklagelsen om överträdelse av diskrimineringsförbudet visa dels att kriteriet, bestämmelsen eller förfaringssättet motsvarar ett objektivt godtagbart verksamhetsbehov, dels att kriteriet, bestämmelsen eller förfaringssättet är lämpligt för att nå behovet, dels att kriteriet, bestämmelsen eller förfaringssättet också är nödvändigt för att nå behovet. Vid den bedömning som skall göras handlar det om att se till vilket syfte arbetsgivaren haft. Om syftet är acceptabelt blir frågan om den valda metoden är lämplig/ändamålsenlig för att nå syftet. Vid bedömningen av om kriteriet etc. är nödvändigt för att nå syftet bör domstolen ställa sig frågan om arbetsgivaren har något handlingsalternativ. Finns inget sådant är kriteriet etc. nödvändigt. Är det å andra sidan så att det finns alternativ bör tillämpningen av kriteriet etc. anses strida mot diskrimineringsförbudet.

Efter samråd med EDA- och SEDA-utredningarna är det vår uppfattning att det inte är behövligt att genom uttrycklig reglering i lagen

ange en lösning av bevisfrågorna. En sådan ordning skulle kunna innebära en lösning som kan bli olycklig vid en framtida utveckling av bevisfrågorna i EG-domstolen. Det finns i stället anledning att förmoda att bevisfrågorna, även utan uttryckligt stöd i lagen, kommer att lösas i rättstillämpningen i enlighet med de riktlinjer vi nu angett.

9.10 Påföljder

Utredningens förslag: Skadestånd och ogiltighet bör vara de rättsliga påföljder som kan följa på överträdelser av diskrimineringsförbudet. Skadestånd bör vidare kunna utgå om en arbetstagare, som anmält sin arbetsgivare för diskriminering, utsätts för represalier, liksom då arbetsgivaren inte fullgör sin skyldighet att utreda trakasserier på arbetsplatsen eller inte vidtar åtgärder för att dessa skall upphöra.

Jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering föreskriver skadestånd och ogiltighet som påföljder vid överträdelser av diskrimineringsförbudet. Dessa är de gängse arbetsrättsliga påföljderna vid lagbrott och det är naturligt att de gäller även i den nya lagen. En annan tänkbar rättsföljd av diskriminering av arbetssökande och arbetstagare skulle kunna vara att den som förbigåtts vid anställning eller befordran etc. gavs rätt att erhålla eller tillträda den önskade anställningen eller befattningen. Den ordningen - som inte förekommer i anställningsskyddslagen, jämställdhetslagen eller lagen mot etnisk diskriminering - är dock inte lämplig. Redan hänsynen till anställningstryggheten för den person som faktiskt kan ha erhållit befattningen etc. - och som inte behöver ha någon del i det diskriminerande förfarandet - talar mot en sådan rätt. Dessutom skulle en sådan ordning innebära bl.a. att det kom att dröja en tid innan anställningsförhållandena genom domstols prövning blev definitiva. Detta kan inte vara lämpligt vare sig med hänsyn till de arbetstagare saken rör eller arbetsgivarens verksamhet.

9.10.1 Skadestånd

Enligt jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering är skadestånd den huvudsakliga sanktionen vid överträdelser av diskrimineringsförbudet. Eftersom skadestånd är den dominerande formen för arbetsrättsliga sanktioner också generellt, passar lagarna

därmed in i det system av lagar och avtal som finns på det arbetsrättsliga området.

Skadeståndspåföljden har en dubbel funktion: den skall avskräcka från överträdelser av diskrimineringsförbuden och ge kompensation åt den som drabbats av diskriminering. EG-domstolen har, när det gäller skadestånd på grund av könsdiskriminering i strid med likabehandlingsdirektivet, angett några allmänna utgångspunkter för hur skadestånd skall bestämmas, i de fall då det enskilda landet valt skadestånd som sanktion mot överträdelser mot direktivet. Ett skadestånd som utgör påföljd för en överträdelse av diskrimineringsförbudet skall, enligt domstolen, vara ägnat att säkerställa ett faktiskt och effektivt domstolsskydd, ha en reellt avskräckande effekt på arbetsgivaren och under alla omständigheter stå i rimlig proportion till skadan. Ett rent symboliskt skadestånd uppfyller inte kraven (*Draehmpaehl* p. 25).

EG-rätten saknar regler om diskriminering på grund av funktionshinder, och det är inte givet att domstolens uttalanden i frågor om könsdiskriminering utan vidare skulle vara bindande för inhemska svenska regler om diskriminering på grund av funktionshinder. Men uttalandena bör ändå kunna tjäna som belysning och vägledning.

Vi ansluter oss till domstolens utgångspunkter. De kan också uttryckas med att, med utgångspunkt i likabehandlingsgrundsatsen, ett skadestånd i princip bör utformas så att det är kännbart för den skadevallande - arbetsgivaren skall inte kunna "köpa sig fri" till en måttlig kostnad - och anpassat till det enskilda fallet och den skada som de facto uppstått.

Arbetsrätten skiljer mellan *ekonomiskt skadestånd*, som utgör kompensation för förlust i form av t.ex. mistad lön och andra förmåner, och *allmänt skadestånd* - ideellt skadestånd - som utgör en kompensation för den kränkning ett lag- eller avtalsbrott inneburit.

Frågan om ekonomiskt skadestånd till arbetssökande

En första fråga är om arbetssökande som inte blir anställda skall ha möjlighet att erhålla ekonomiskt skadestånd. Enligt jämställdhetslagen och 1994 års lag mot etnisk diskriminering utgår allmänt skadestånd vid alla former av otillåten könsdiskriminering respektive etnisk diskriminering, till både arbetssökande och arbetstagare, medan möjlighet till ekonomiskt skadestånd finns endast för arbetstagare som diskrimineras. En arbetssökande som vid anställning utsätts för diskriminering kan alltså erhålla allmänt men inte ekonomiskt skadestånd.

Vi ansluter oss till denna ordning. Att arbetsökande inte skall kunna erhålla ekonomiskt skadestånd är motiverat både av principiella och praktiska skäl. Ett anspråk på ekonomisk kompensation för mistad lön m.m., måste grundas på att den arbetsökande skulle ha en principiell rätt till en viss anställning eller åtminstone till de förmåner som följer av anställningen. Någon sådan rätt att bli anställd eller till de förmåner som följer med en anställning finns inte på den privata delen av arbetsmarknaden vare sig enligt jämställdhetslagen, lagen mot etnisk diskriminering eller på annan rättslig grund. Inte ens den av flera arbetsökande som är mest kvalificerad för en viss anställning kan hävda ett sådant anspråk med krav på rättslig giltighet. Antidiskrimineringslagarna utövar förvisso ett ekonomiskt tryck på arbetsgivaren - nämligen hotet om skadestånd - men ger inte rätt till vare sig anställningen som sådan eller förmånerna. Om en sådan rätt till viss anställning eller befattning skall gälla måste den därför tillskapas, t.ex. genom att skrivas in i lagarna. Detta vore ett inte obetydligt avsteg från de synsätt som hittills gällt inom den svenska arbetsrätten. Vi anser att det nu inte finns tillräckliga skäl för att på det sättet ytterligare kringskära arbetsgivarens slutliga bestämmanderätt i valet av arbetstagare. Skadeståndssanktionen får sägas vara en tillräckligt ingripande påföljd, i synnerhet om ersättningsnivån hålls på en nivå som mer effektivt säkerställer den preventiva funktionen (se strax nedan). Vi föreslår således inte en ny rättsprincip av den diskuterade innebörden.

Det kan erinras om att arbetsökande på den offentliga arbetsmarknaden via rätten att överklaga anställningsbeslut kan hävda och genomdriva en rätt till att erhålla en viss anställning. Med några få undantag kan dock inte heller den som är offentligt anställd ytterst hävda en rätt att behålla anställningen eller befattningen i sig. Den offentlige arbetsgivare kan således oftast frigöra sig från ett anställningsavtal medan detta alltid gäller för den privata arbetsgivaren. Domstolarna kan visserligen med stöd t.ex. i anställningsskyddslagen ogiltigförklara en uppsägning, men även efter en sådant beslut kan den arbetsgivare som inte önskar ha en viss person anställd "köpa sig fri" från anställningsförhållandet genom att erlagga skadestånd.

Det får vidare anses att de praktiska svårigheter som uppkommer i ett fall då en eller flera arbetsökande diskrimineras genom samma anställningsbeslut, talar emot att diskriminerade arbetsökande skall ha rätt till ekonomiskt skadestånd. Ofta måste det vara svårt att med rimlig precision uppskatta storleken av den framtida skada den arbetsökande kan komma att lida, redan av det skälet att det saknas överenskommelse om vilken lön den förbigångne skulle ha erhållit om han eller hon blivit anställd. Man kan naturligtvis bestämma skadeståndets storlek utifrån lönen hos den person som blev anställd; om någon blev anställd. Inte

heller då skulle man dock nå fram till annat än en ungefärlig uppskattning av den lidna skadan. Det lär vara osäkert vid vilken tidpunkt den arbetssökande skulle ha börjat uppbära lön och hur länge han eller hon skulle ha blivit kvar i arbetet. I synnerhet i det fall det på den enskilda arbetsplatsen tillämpas fri lönesättning, kan man i en sådan situation knappast alls tala om ersättning av liden skada. Och om flera arbetssökande diskriminerats uppkommer frågan om de alla skall ha rätt till ekonomiskt skadestånd även i det fall då arbetsgivaren aldrig avsett att anställa fler än *en* person. Att lösa en sådan "konkurrenssituation" mellan arbetssökande med ett åliggande för domstolen att rangordna de sökande och bevilja den mest meriterade skadestånd, skulle leda till extra omgång och indirekt innebära att tvisten kom att stå mellan de arbetssökande och inte mot arbetsgivaren. Det förefaller inte tilltalande.

Den som redan är anställd hos en viss arbetsgivare är samtidigt arbetssökande hos samma arbetsgivare om han eller hon söker en annan befattning. Inte heller i detta fall bör, av samma skäl, ekonomiskt skadestånd utgå till den som inte befordras till eller anställs på den nya befattningen.

När det gäller lön och andra förmåner som följer med en anställning framträder en skillnad mellan arbetssökande och arbetstagare. Även om ingen av dem har rätt till anställningen som sådan, innebär skadestandsreglerna i anställningsskyddslagen, jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering att den uppsagde arbetstagaren, men inte den diskriminerade arbetssökanden, har ett rättsligt grundat anspråk på de förmåner som är förknippade med den anställning han gått miste om genom arbetsgivarens lagstridiga handlande. Den rätten till ersättning bör finnas även enligt den nya lagen. Det betyder att en arbetstagare, men inte en arbetssökande, får sin ekonomiska förlust ersatt även i fall av diskriminering på grund av den nya lagen.

Ekonomiskt skadestånd till arbetstagare vid diskriminering

En särskild fråga är hur det ekonomiska skadeståndet till arbetstagare skall beräknas. Utgångspunkten bör vara att arbetstagarens faktiska förlust skall ersättas; han eller hon skall i princip försättas i samma situation som om det diskriminerande förfarandet inte förekommit. I enlighet med allmänna skadeståndsrättsliga principer har dock den diskriminerade att söka hålla nere sin skada, t.ex. genom att söka andra anställningar i rimlig utsträckning. anställningsskyddslagen innehåller regler om begränsning i tiden på så sätt att skadeståndet beräknas med utgångspunkt i arbetstagarens sammanlagda anställningstid hos arbetsgivaren när anställningsförhållandet upplöses. Den som varit

anställd tio år eller mer erhåller maximalt skadestånd, med 32 månadslöner. Jämställdhetslagen och 1994 års lag mot etnisk diskriminering innehåller inte någon begränsningsregel i tiden utan överlämnar beräkningen till rättstillämpningen med anvisningen i motiven att anställningsskyddslagen regler naturligen kan tjäna som utgångspunkt.

Det kan nämnas att EG-domstolen i några avgöranden som gällt könsdiskriminering gett uttryck för en avvisande hållning gentemot i förväg bestämda begränsningar av ekonomiskt skadestånd, i vart fall när det gällt förhållandevis lågt hållna skadestånd såsom t.ex. ersättning motsvarande tre månadslöner. AD och domstolarna är väl skickade att handha den bedömning av skadeståndets storlek som måste göras i det enskilda fallet. Det är naturligt att anställningsskyddslagens regler och AD:s praxis får tjäna som en vägledning i dessa frågor. Vi ser ingen anledning att ge några andra anvisningar om det ekonomiska skadeståndets beräkning än de som lämnats i förarbetena till de nu befintliga arbetsrättsliga lagarna.

Allmänt skadestånd vid diskriminering

Beräkningen av allmänt skadestånd på grund av diskriminering bör ske enligt de principer AD regelmässigt tillämpar. Här torde vara av betydelse diskrimineringens art och de faktiska omständigheterna kring det diskriminerande förfarandet, vidare i någon mån arbetsgivarens uppsåt m.m. När det gäller skadeståndets storlek kan alltså arbetsgivarens bevekelsegrunder få betydelse. I princip bör gälla att ett avsiktligt diskriminerande förfarande leder till ett högre skadestånd än ett oavsiktligt.

Det är nog ofrånkomligt att domstolarna bestämmer allmänna skadestånd på grund av diskriminering med beaktande av de ersättningsnivåer som regelmässigt tillämpas vid felaktiga uppsägningar och avskedanden enligt anställningsskyddslagen. Typiskt sett måste det sägas vara allvarligare att exempelvis genom en uppsägning mista en anställning, än att inte komma ifråga för en anställning. I princip är det i det förra fallet dessutom fråga om skadestånd i ett avtalsförhållande, medan det i anställningsfallet är fråga om ett utomobligatoriskt skadestånd. Det kan ifrågasättas om inte det moment av illojalitet i avtalsrelationen som torde ligga i uppsägningsfallet, motiverar att ett högre skadestånd typiskt sett döms ut vid en uppsägning jämfört med t.ex. en nekad anställning. Den huvudregeln tycks dock vara förenad med betydande undantag. I något fall kan de faktiska omständigheterna säkerligen vara sådana att arbetsgivarens felaktiga uppsägning ter sig

som en mindre kränkande handling än ett nekande anställningsbeslut eller annat diskriminerande förfarande enligt den lag vi föreslår. Vår slutsats är att beräkningen av det allmänna skadeståndet bör överlämnas till rättstillämpningen på gängse sätt, utan att det i förarbetena lämnas särskilda riktmärken eller andra anvisningar än dem som hittills antytts.

Frågan om skadestånd vid repressalier

En arbetstagare som utsätts för repressalier till följd av en anmälan mot arbetsgivaren för diskriminering bör kunna tillerkännas skadestånd.

Av samma skäl som anförts i fråga om diskriminering bör den arbetstagare som utsätts för repressalier kunna tillerkännas ekonomiskt skadestånd för den förlust som uppstår till följd därav. Arbetstagaren bör därför kunna kräva ersättning för mistad lön och andra förmåner liksom ersättning för faktiska utlägg. I fråga om hur sådant skadestånd bör kunna beräknas hänvisas till vad som anförts i fråga om ekonomiskt skadestånd vid diskriminering.

Allmänt skadestånd bör vidare kunna utgå för den kränkning som behandlingen innebär.

Frågan om skadestånd vid arbetsgivarens underlåtenhet att utreda och vidta åtgärder mot arbetskamraters trakasserier

En arbetsgivare som får kännedom om att en funktionshindrad arbetstagare utsätts för trakasserier på grund av funktionshindret är - enligt utredningens förslag - skyldig att utreda de närmare omständigheterna i frågan och, i förekommande fall, vidta de åtgärder som skäligen kan krävas för att trakasserierna skall upphöra.

Utredningens förslag bygger i denna del på att det ytterst bör vara arbetsgivarens ansvar att arbetsplatsen är fri från trakasserier. Arbetstagare som trakasseras av sina arbetskamrater förmodas i de allra flesta fall lida skada genom att den personliga integriteten kränks. Leder trakasserierna till sjukskrivning, läkarbesök m.m. kan dessutom en ekonomisk skada uppstå till följd av trakasserierna. För att begränsa en sådan skada eller risken härför, liksom naturligtvis för den allmänna trivseln på arbetsplatsen, är det av största värde att arbetsgivaren vidtar de åtgärder som skäligen kan krävas för att trakasserierna skall upphöra.

I syfte att arbetsgivaren fullgör sina åligganden, liksom som för att kompensera den kränkning en underlåtenhet att utreda eller att vidta erforderliga åtgärder innebär, bör bestämmelsen vara sanktionerad. Arbetsgivaren bör kunna åläggas att utge allmänt skadestånd för den

kränkning underlåtenheten innebär. Däremot bör arbetsgivaren inte kunna åläggas skyldighet att utge ekonomiskt skadestånd för en sådan underlåtenhet. Denna inställning är föranledd av de svårigheter att leda i bevis att det är arbetsgivarens underlåtenhet och inte arbetskamraternas trakasserier som orsakat den ekonomiska skadan. Alternativt vore det möjligt att göra arbetsgivaren ansvarig för arbetskamraternas trakasserier men en sådan skyldighet är principiellt betänklig och avvisas därför.

En särskild jämningsregel

Skadestånd enligt den nya lagen bör slutligen kunna anpassas efter omständigheterna i det enskilda fallet. En jämningsregel enligt mönster från bl.a. 38 § tredje stycket anställningsskyddslagen och andra arbetsrättsliga lagar bör därför finnas. Skadestånd bör kunna sättas ned eller till och med helt falla bort, t.ex. om en arbetsgivare spontant eller efter påpekande vidtagit rättelse av ett beslut eller om arbetsgivarens handlande är ursäktligt med hänsyn till oerfarenhet eller bristande kunskaper o.d. Jämningsmöjligheten gäller både allmänt och ekonomiskt skadestånd, men kan i enlighet med praxis från anställningsskyddslagen antas komma att tillämpas i första hand vad gäller allmänt skadestånd.

9.10.2 Skadestånd när flera diskrimineringsgrunder är tillämpliga samtidigt m.m.

Ett diskriminerande förfarande kan innebära att en arbetsgivare blir skadeståndsskyldig mot *en* arbetssökande eller arbetstagare på flera grunder samtidigt. En uppsägning kan t.ex. stå i strid med både anställningsskyddslagen och jämställdhetslagen eller en arbetssökande kan vid anställning bli diskriminerad enligt både jämställdhetslagen, lagen mot etnisk diskriminering och den nya lagen. Denna sorts regelkollision är inte en ny situation i den svenska arbetsrätten och det faktum att arbetsgivaren bryter mot flera regler får som i andra sammanhang ses som en försvårande omständighet som typiskt sett bör medföra att skadeståndet sätts högre än annars hade blivit fallet.

En annan situation är att ett diskriminerande förfarande innebär att en arbetsgivare samtidigt blir skadeståndsskyldig mot *flera* arbetssökande eller arbetstagare, på samma eller flera olika grunder. Exempelvis kan tänkas förekomma i ett anställningsförfarande att en arbetstagare blir förbigången på grund av sitt kön, varvid jämställdhetslagen är tillämplig, och att en annan sökande nekas anställning på grund av funktionshinder; då är den nya lagen aktuell. Det kan också förekomma att flera personer var och en kan åberopa flera diskrimineringsgrunder.

Till en början skall konstateras att inget hinder finns för att anse att flera personer blivit diskriminerade i samma ärende. Det faktum att, vid anställning, endast *en* person av de förbigångna kan vara den som legat närmast till att bli anställd, innebär inte att de andra arbetssökande inte skulle kunna anses ha blivit diskriminerade.

Jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering innehåller för sådana fall då flera diskrimineringsgrunder samtidigt är aktuella, en likalydande reglering av innebörd att arbetsgivaren skall betala skadestånd med ett belopp som om endast en arbetstagare blivit diskriminerad och att det beloppet sedan skall fördelas lika mellan samtliga diskriminerade (25 § jämställdhetslagen, 13 § lagen mot etnisk diskriminering).

En fördel med denna ordning är att domstolen, när den skall bestämma skadestånd till de diskriminerade personerna, inte behöver rangordna dessa på så sätt att det prövas vem som blivit "mest diskriminerad". En motsatt ordning kunde i och för sig tänkas. Den skulle då närmast innebära att den person som blivit "mest kränkt" också borde ha högst allmänt skadestånd. Men enligt jämställdhetslagen och

lagen mot etnisk diskriminering räcker det alltså att domstolen konstaterar att flera personer blivit diskriminerade. Denna begränsning har processekonomiska fördelar och anses också stå i samklang med arbetsgivarens i princip fria anställningsrätt på den privata delen av arbetsmarknaden. Arbetsgivaren har ju alltså rätt att fritt välja mellan personer av samma kön såvitt avser jämställdhetslagen.

Ett sådant delat skadestånd har emellertid även nackdelar. Vi har ovan refererat till att ett skadestånd bör anpassas till det enskilda fallet. Det är principiellt betänkligt att det allmänna skadeståndet inte bestäms efter en prövning av storleken av den kränkning den enskilde arbetssökanden eller arbetstagaren utsatts för. Visserligen är det vanligt att just allmänna skadestånd bestäms ganska schablonmässigt, kanske utan särskild bevisföring eller särskilt ingående prövning beträffande den berörda individens lidande. Det är dock svårt att föreställa sig att flera personer, som genom ett och samma arbetsgivarebeslut på ett diskriminerande sätt förbigåtts, upplever samma grad av kränkning och att kränkningen blir mindre för att erfarenheten delas av flera.

Modellen i jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering utgår emellertid från den tanken och frångår därmed alldeles det som bör ses som en huvudregel - nämligen att skadestånd skall bestämmas efter liden skada snarare än efter hur många skadelidande som är ersättningsberättigade.

Skadeståndspåföljden anses vidare allmänt ha en förebyggande effekt på så sätt att arbetsgivare inför risken att behöva erlagga skadestånd skall avstå från diskriminerande handlande. Ju högre det hotande skadeståndet kan bli, desto större preventiv verkan. Den faktiska effekten av det delade skadeståndet verkar i motsatt riktning; arbetsgivaren kan kränka flera personer till "samma pris" som om han diskriminerar endast en person. I den meningen får han "rabatt" och han tvingas inte anstränga sig för att undvika ett diskriminerande handlingsätt.

Som anmärkts ovan har EG-domstolen, när det gäller könsdiskriminering, slagit fast att skadestånd skall ha en reellt avskräckande effekt och stå i rimlig proportion till skadan. Det delade skadeståndet leder till minskad ersättning för individen och kan därmed minska den enskildes benägenhet att göra gällande sina rättigheter. Domstolen har ansett att ett sådant resultat inte överensstämmer med ett effektivt rättsskydd och att det inte har en tillräcklig reellt avskräckande verkan (jfr *van Colson*, Rec. 1984 s. 1981, *Marshall II*, Rec. 1993 s.1-4367 och *Draehmpaehl* p. 39-40).

Det kan anmärkas att anställningsskyddslagen inte innehåller bestämmelser om delat allmänt skadestånd vid felaktiga, samtidiga uppsägningar av flera personer.

Det delade skadeståndet bör mot bakgrund av vad nu sagts inte vara en del av den nya lagen. Vi föreslår i stället att reglerna i fall då flera diskriminerats utformas enligt följande. Domstolen har att i ett första steg konstatera hur många arbetssökande eller arbetstagare som blivit diskriminerade. Så långt - för frågan om otillåten diskriminering föreligger - saknar arbetsgivarens syfte med sitt handlande i princip betydelse. I ett andra steg skall skadeståndets storlek till var och en av de skadelidande bestämmas. I detta skede är avgörande vilken faktisk skada varje individ drabbats av. Beräkningen bör ske enligt de principer som har redovisats ovan vid bestämmande av allmänt skadestånd. Även om det rör sig om en situation då arbetsgivaren redan från början avsett att anställa, befordra etc, endast *en* person finns inget som hindrar att det visar sig att den arbetsgivare som utifrån diskriminerande bevekelsegrunder valt bort fler personer åläggs att utge skadestånd till flera; någon har inte kommit i fråga på grund av sitt kön, någon har förbigåtts på grund av sin ras, någon på grund av ett funktionshinder osv. De skadeståndsbelopp som slutligen döms ut skall motsvara den lidna skadan. Det är inte givet att alla arbetssökande erhåller samma belopp.

Denna ordning medför kanske mer arbete och högre kostnader för parterna och för domstolen. Den kostnadsmissiga aspekten är dock knappast den viktigaste. Inte heller behöver den ordning vi föreslår innebära att det är nödvändigt att domstolen gör en rangordning mellan de diskriminerade personerna, vare sig när det gäller vem av de förbigångna som var "närmast" att bli anställd eller om det typiskt sett skall anses vara mest kränkande att bli diskriminerad på grund av kön, ras etc., funktionshinder eller på grund av sexuell läggning.

Domstolarna är för övrigt inte ovana vid att göra differentierade bedömningar av liden skada. Inom arbetsrätten prövas ofta fall där uppsägningar befinns stå i strid med anställningsskyddslagen och där skadestånden bestäms till olika belopp för olika uppsagda arbetstagare.

En fördel med den lösning vi föreslår är att alla diskriminerade arbetstagare inte måste framföra sina anspråk i samma rättegång, vilket är fallet enligt jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering. Det förefaller vidare som om förslaget innebär en förenkling för det fall en arbetsgivare träffar förlikning med någon eller flera diskriminerade arbetstagare. Om ordningen med ett delat skadestånd tillämpas har det ansetts åvila arbetsgivaren att visa att han ingått en förlikning, varvid det förlikningsvis utgivna beloppet avräknas från det skadestånd övriga arbetstagare kan få ut eller i vart fall beaktas när det gäller att fastställa ersättningen till övriga skadelidande. Det framstår som tilltalande att en arbetstagares skadestånd i domstol inte skall påverkas av vad en annan arbetstagare kunnat förhandla sig till utom rätta.

9.10.3 Ogiltighet

Jämställdhetslagen föreskriver att avtal som föreskriver eller medger sådan könsdiskriminering som är otillåten enligt lagen är ogiltiga. Vidare skall en avtalsbestämmelse eller en rättshandling från en arbetsgivare som innebär att en arbetstagare diskrimineras förklaras ogiltig om arbetstagaren begär det (23–24 §§). Sådan ogiltighet kan drabba både kollektivavtal och enskilda anställnings- eller andra avtal. En rättshandling som kan ogiltigförklaras är t.ex. en uppsägning.

Även enligt lagen mot etnisk diskriminering gäller att diskriminerande avtal är ogiltiga och att avtal och rättshandlingar kan ogiltigförklaras på arbetstagares begäran.

Dessa regler anger i princip att diskrimineringsförbuden i lagarna är tvingande. Motsvarande regler bör ges i den nya lagen och förarbetena till jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering bör kunna tjäna som vägledning för tillämpningen även av den nya lagen.

För det fall ett avtal (helt) ogiltigförklaras kommer vissa frågor att stå oreglerade, vilket kan vara olämpligt i det enskilda fallet. Som anförs i förarbetena till lagen mot etnisk diskriminering är t.ex. en ogiltigförklaring av gällande lönevillkor inte något positivt för en arbetstagare om inte domstolen samtidigt föreskriver vad som skall gälla i stället. Lagen mot etnisk diskriminering innehåller därför enligt mönster från 36 § avtalslagen en bestämmelse om jämkning av avtalsinnehåll. En bestämmelse i ett avtal med arbetsgivaren skall enligt lagen antingen jämkas eller förklaras ogiltig om arbetstagaren begär det. Om bestämmelsen har sådan betydelse för avtalet att det inte skäligen kan krävas att avtalet i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får dessutom avtalet jämkas även i annat hänseende eller ogiltigförklaras i sin helhet. En sådan möjlighet till partiell ändring i avtalsinnehåll bör finnas även i den nya lagen. För stadgandets tillämpning kan vägledning hämtas från motsvarande reglering i avtalslagen. - Jämställdhetslagen saknar motsvarande bestämmelse.

I enlighet med vad som gäller för könsdiskriminering och etnisk diskriminering bör slutligen avtal, som träffats före en tvists uppkomst och som innebär att en framtida tvist angående tillämpning av den nya lagen skall avgöras av skiljemän utan förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen, inte få göras gällande. Detta påkallar ett tillägg i 1 kap. 3 § lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister.

9.11 Uppgiftsskyldighet mot enskilda

Utredningens förslag: En enskild arbetssökande som inte har anställts eller en arbetstagare som inte har befordrats eller tagits ut till utbildning för befordran bör ha rätt att på begäran få en skriftlig uppgift av arbetsgivaren om arten och omfattningen av utbildning, yrkeserfarenhet och andra jämförbara meriter i fråga om den som fick arbetet eller utbildningsplatsen.

För att kontrollera hur en arbetsgivaren förfarit i ett enskilt ärende eller hur han eller hon i allmänhet förfar i anställnings- och befordringsärenden samt vid uttagning till utbildning för befordran bör någon form av skyldighet finnas för arbetsgivaren att lämna upplysningar om hur han eller hon förfar i sådana ärenden.

Enligt jämställdhetslagen har en arbetssökande som inte har anställts eller en arbetstagare som inte har befordrats eller tagits ut till utbildning för befordran rätt att på begäran få en skriftlig uppgift av arbetsgivaren om arten och omfattningen av utbildning, yrkeserfarenhet och andra jämförbara meriter i fråga om den av motsatt kön som fick arbetet eller utbildningsplatsen. Motsvarande bestämmelse finns i lagen mot etnisk diskriminering med det tillägget att det fordras att den arbetssökande eller arbetstagaren misstänker att han eller hon utsatts för diskriminering (otillbörlig särbehandling).

Utredningen anser det rimligt att kräva att en arbetsgivare blir skyldig att för en enskild arbetssökande eller arbetstagare redovisa grundläggande uppgifter om den person som anställts, befordrats eller tagits ut till utbildning för befordran. En bestämmelse motsvarande den som finns i jämställdhetslagen föreslås därför.

Det kan emellertid inträffa att en arbetssökande eller en arbetstagare som vill påvisa att han eller hon blivit diskriminerad i ett enskilt ärende anser sig nödgad att visa ett mönster i arbetsgivarens sätt att rekrytera eller befordra eller hur hela det enskilda anställningsförfarandet gick till. En allmän skyldighet att på begäran av varje arbetssökande eller arbetstagare redovisa t.ex. tillvägagångssättet vid tidigare anställningar eller samtliga medsökandes meriter är betydligt mer långtgående än vad både jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering föreskriver. En sådan skyldighet kan dessutom befaras bli orimligt betungande för arbetsgivaren. Någon skyldighet att lämna sådana uppgifter till en enskild föreslås därför inte.

Däremot kan det bli en uppgift för Handikappombudsmannen att kräva in uppgifter av sådant slag och sådan omfattning, se avsnitt 9.12.1.

Vare sig i jämställdhetslagen eller i den nuvarande lagen mot etnisk diskriminering är uppgiftsskyldigheten mot en enskild sanktionerad. En

enskild som inte erhåller de uppgifter han eller hon har rätt att kräva kan emellertid vända sig till den ombudsman som har i uppgift att utöva tillsyn av lagens efterlevnad. Motsvarande bör enligt vår uppfattning gälla enligt den nu föreslagna lagen.

9.12 Tillsynen av lagens efterlevnad

Utredningens förslag: Handikappombudsmannen bör utöva tillsynen av lagens efterlevnad. I detta syfte bör ombudsmannen ges befogenheter att uppmana en arbetsgivare att lämna ut uppgifter och att komma till överläggningar. Uppgiftsskyldigheten bör kunna förenas med vitesföreläggande. Handikappombudsmannen bör därutöver ges en processförande roll.

I avsnitt 4.6.5 har angetts att Handikappombudsmannen har till uppgift att bevaka frågor som angår funktionshindrade personers rättigheter och intressen. Några begränsningar i ombudsmannens verksamhetsområde anses inte föreligga. Ombudsmannen kan därför verka i hela samhällslivet, varmed förstås förutom arbetslivet, sådana verksamheter inom den offentliga eller enskilda sektor av samhället som t.ex. skolan, boendet, hälso- och sjukvården, föreningslivet och näringslivet. Ytterligare ansvarsområden är att verka för att brister i lagar och andra författningar, såvitt avser funktionshindrade, avhjälps samt att initiera till överläggningar med myndigheter, företag m.fl. i syfte att motverka att funktionshindrade missgynnas eller på annat sätt utsätts för orättvis eller kränkande behandling. I sistnämnda syfte skall Handikappombudsmannen även verka genom information och på annat liknande sätt.

Med de uppgifter Handikappombudsmannen har i dag är det naturligt att myndigheten även ges ansvaret för tillsynen av denna lags efterlevnad. Detta torde med hänsyn till innehållet i direktivet även vara en uppfattning regeringen delar. Någon egentlig ändring av Handikappombudsmannens verksamhet avses genom införandet av lagen inte ske på annat sätt än att Handikappombudsmannen får föra talan i diskrimineringstvister. Handikappombudsmannens arbete i hittillsvarande former mot diskriminering kan inte förutses få mindre betydelse sedan en lag mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder trätt i kraft. Det är vår uppfattning att Handikappombudsmannens förebyggande och breda arbete även i fortsättningen kommer att vara samma grundläggande betydelse som

hittills. Den nya lagen förmodas emellertid bli ett bra komplement till Handikappombudsmannens verksamhet, såvitt avser arbetslivet.

9.12.1 Närmare om Handikappombudsmannens befogenheter m.m.

En arbetsgivares skyldighet att lämna ut uppgifter till Handikappombudsmannen kan uppkomma vid i huvudsak två typer av situationer. Den ena är när en arbetstagare eller arbetssökande vänder sig till ombudsmannen för att hävda sin rätt mot en trilskande arbetsgivare för få ut uppgifter i enlighet med vad som anförts i avsnitt 9.11. I de fall ombudsmannen då agerar är det i första hand för att bistå den enskilde och inte ett led i den egna verksamheten. Att arbetsgivaren även då har en skyldighet att lämna ut uppgifterna, bör framgå uttryckligen i lagtexten. Den andra situationen då arbetsgivarens uppgiftsskyldigheten bör kunna initieras omfattar också dennes förhållanden till arbetssökande och arbetstagare. Uppgifterna skall då behövas för ombudsmannens egna verksamhet på arbetslivets område.

Om uppgifterna behövs i ombudsmannens egna verksamhet bör vidare finnas en skyldighet för arbetsgivaren att komma till överläggningar med Handikappombudsmannen.

Både Jämställdhetsombudsmannen (JämO) och ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO) kan vid vite förelägga en arbetsgivare att fullgöra sin uppgiftsskyldighet. Motsvarande befogenhet bör lämnas Handikappombudsmannen i de fall en arbetsgivare inte självmant efterkommer ombudsmannens uppmaning lämna ut begärda uppgifter till ombudsmannen. Detta bör även gälla när Handikappombudsmannen i första hand agerar ombud för en enskild arbetstagare eller arbetssökande.

Handikappombudsmannens vitesförelägganden, bör i enlighet med vad som anförts i nästa avsnitt, kunna överklagas till den nuvarande Nämnden mot etnisk diskriminering som föreslås byta namn till Diskrimineringsnämnden.

Handikappombudsmannen bör, liksom DO och JämO, kunna föra talan om utdömande av vite vid tingsrätt.

Enligt jämställdhetslagen har JämO rätt att föra talan i mål om könsdiskriminering för en enskild arbetstagare eller en arbetssökande, om den enskilde medger det och JämO finner att en dom i tvisten är betydelsefull för rättstillämpningen eller det annars finns särskilda skäl för det. Motsvarande gäller för DO. En sådan talan förs i AD. När en arbetstagarorganisation har rätt att föra talan får emellertid ombudsmannen endast föra talan om organisationen avstår från sin rätt.

Utredningen föreslår att motsvarande rätt lämnas Handikappombudsmannen.

Huruvida Handikappombudsmannen i dag besitter sådan kompetens eller vana av att föra process i domstolen är obekant för utredningen. I de fall myndigheten beslutar att driva ett diskrimineringsmål till domstol bör denna därför ha möjlighet att anlita ombud. Motsvarande gäller idag för DO och Justitiekanslern enligt de instruktioner som reglerar dessa myndigheters verksamhet. Denna möjlighet att ställa ombud bör motivera ett särskilt tillägg härom i instruktionen för Handikappombudsmannen. JämO å andra sidan har inte ansetts ha motsvarande möjlighet att ställa ombud för sig. Instruktionen för JämO gör det endast möjligt att delegera vidare viktigare uppgifter till ställföreträdande JämO.

Handikappombudsmannen föreslås vidare rätt att tillsammans med diskrimineringsstvist enligt denna lag föra talan som ombud för den enskilde i tvist på annan grund om ombudsmannen finner att så lämpligen bör ske i samma rättegång. Det kan t.ex. vara fråga om att angripa en uppsägning även med stöd av anställningsskyddslagen.

9.12.2 Behovet av nämnd

För närvarande biträds Handikappombudsmannen av ett särskilt råd. Handikappombudsmannen är rådets ordförande. Därutöver finns 15 ledamöter i rådet som utses av regeringen för en period av tre år. Rådet har till uppgift att vara en resurs och ett kontaktnät för Handikappombudsmannen. Rådet har ingen formellt styrande roll utan ombudsmannen avgör själv myndighetens samtliga ärenden. Ledamöterna kommer från olika delar av samhället och är tillsatta på personliga mandat. Några mer detaljerade anvisningar för hur samarbetet mellan myndigheten och rådet skall utövas finns inte. Enligt vad utredningen erfarit träffas rådet ett par gånger om året för att diskutera verksamheten i stort. Därutöver utnyttjas ledamöterna enskilt av Handikappombudsmannen när den enskilde ledamotens kompetens behövs särskilt.

JämO och DO biträds inte av något särskilt råd. I stället har varje ombudsman en särskild nämnd till sitt förfogande, med delvis olika uppgifter. Gemensamt för dem är dock att de utses av regeringen för en bestämd tid.

Jämställdhetsnämnden skall bestå av nio ledamöter och lika många ersättare. Ordföranden och ytterligare två ledamöter utses bland personer som inte företräder arbetsmarknadens parter. Övriga ledamöter utses emellertid av dessa parter. Jämställdhetsombudsmannens beslut om att

vid vite förelägga en arbetsgivare att fullgöra sin uppgiftsskyldighet kan överklagas till Jämställdhetsnämnden. Jämställdhetsnämnden kan därutöver vid vite förelägga en arbetsgivare som inte följer föreskrifterna om aktiva åtgärder i jämställdhetslagen att fullgöra sina skyldigheter.

Nämnden mot etnisk diskriminering består av tre ledamöter. Nämnden har bl.a. till uppgift att ge ombudsmannen råd i principiellt viktiga frågor om tillämpningen av lagen mot etnisk diskriminering och att hos regeringen föreslå författningsändringar eller andra åtgärder som är ägnade att motverka etnisk diskriminering. Vitesförelägganden som ombudsmannen beslutat om i anledning av att en arbetsgivare brutit i sin skyldighet överlägga med ombudsmannen liksom då en arbetsgivare inte följt en uppmaning att lämna uppgifter till ombudsmannen prövas av nämnden efter överklagande.

Den föreslagna befogenheten för Handikappombudsmannen att meddela vitesförelägganden bör kunna överklagas till någon rättslig instans. En sådan möjlighet finns i dag beträffande förelägganden som meddelas av JämO och DO. Frågor av nu aktuellt slag kan antingen prövas av en i dag redan befintlig myndighet eller av en för detta ändamål särskilt inrättad myndighet. Vid valet häremellan bör följande beaktas.

Handikappombudsmannen erhåller i dag stöd och råd av det särskilda rådet. Det har inte kommit till utredningens kännedom att Handikappombudsmannen på något sätt är missnöjd med den funktion det särskilda rådet har. Utgångspunkten bör därför vara att rådet behålls med bibehållna uppgifter. Om en särskild nämnd inrättas skulle den nya myndigheten endast ha till uppgift att pröva lagligheten av ombudsmannens vitesförelägganden. Såvitt utredningen har erfart har JämO aldrig behövt tillgripa möjligheten av att utfärda vitesföreläggande mot en arbetsgivare för att denne inte lämnar ut de uppgifter som begärts. Hotet om att denna möjlighet stått till buds har i stället många gånger varit tillräckligt. För det fall Handikappombudsmannen kommer att erfara detsamma som JämO kommer den nyinrättade myndigheten att sakna arbetsuppgifter. I vart fall bör man kunna utgå från att arbetsuppgifterna blir få.

Dessa förhållanden talar med tillräcklig styrka mot att en ny myndighet skall inrättas. Frågorna bör lämpligen kunna hanteras av den redan befintliga Nämnden mot etnisk diskriminering, som samtidigt föreslås ändra namn till Diskrimineringsnämnden. Enligt vad SEDA-utredningen (SOU 1997:175) föreslår skall den nämnden även ha i uppgift att pröva lagligheten av vitesförelägganden som meddelats med stöd av SEDA-utredningens lagförslag. Dessa tillkommande uppgifter för Nämnden mot etnisk diskriminering motiverar namnbytet.

9.13 Processuella regler

I det föregående avsnittet har bl.a. redogjorts för att Handikappombudsmannen bör ges en processförande roll. Även fackliga organisationer liksom den enskilde arbetstagaren eller arbetssökande bör ha möjlighet att föra talan. Utredningens förslag behöver därför innehålla regler för hur rättegångar i diskrimineringstvister skall gå till.

9.13.1 Tillämpliga regler

Utredningens förslag utgör en civilrättsliga lag av arbetsrättslig karaktär. Tvister enligt lagen bör lösas i enlighet med den ordning som gäller för arbetsrättsliga tvister. Detta görs enklast med en hänvisning till arbetstvistlagen. För att tvister angående diskriminering av arbetssökande skall betraktas som arbetstvist i den meningen som åsyftas i arbetstvistlagen bör en uttrycklig regel ange att i detta sammanhang jämställs arbetssökande med arbetstagare och den hos vilken någon sökt arbete hos med arbetsgivare.

Till följd av att arbetstvistlagen föreslås bli tillämplig kan talan väckas, förutom av den enskilde, av facklig organisation för en enskilds räkning i enlighet med vad som gäller för övriga arbetstvister. Detta innebär bl.a. att det är den fackliga organisationen som i första hand har rätt att föra talan. Avstår denna från sin rätt får talan i stället föras av den enskilde arbetstagaren eller arbetssökanden. Talan skall då väckas vid tingsrätt som första instans med möjlighet att överklaga tingsrättens dom till AD. Den enskilde kan i stället vända sig till Handikappombudsmannen som kan föra talan i AD på samma sätt som den fackliga organisationen.

Liksom andra arbetstvister bör en rättegång rörande överträdelse av lagens förbudsregler föregås av fackliga tvisteförhandlingar där sådana kan komma i fråga enligt en avtalad förhandlingsordning eller bestämmelser i MBL om tvisteförhandlingar. För att säkerställa att även tvister som rör arbetssökande blir förberedda på sådant sätt föreslås en regel om facklig förhandlingsrätt även för en arbetssökandes organisation i likhet med vad som gäller enligt jämställdhetslagen och den nuvarande lagen mot etnisk diskriminering. En hänvisning bör därför göras till de bestämmelser i MBL som hör samman med rätten till tvisteförhandlingar. I praktiken innebär detta bestämmelserna 10 § och 15–17 §§ om rätten till förhandling, 18 § om rätt till information, 21 och 22 §§ om tystnadsplikt och 54–61 §§ om skadeståndspåföljd.

9.13.2 Preskription m.m.

Jämställdhetslagen och 1994 års lag mot etnisk diskriminering hänvisar i ett flertal avseenden när det gäller talan med anledning av uppsägning eller avskedande till bestämmelser i anställningsskyddslagen. Det förefaller rimligt att motsvarande hänvisning görs i den nu föreslagna lagen. Det kan förmodas att rättegångar om uppsägning eller avskedande ofta kommer att föras under åberopande av såväl anställningsskyddslagen som det särskilda diskrimineringsförbudet.

För uppsägningsfallen bör därför en hänvisning göras till bestämmelserna i 34 § andra stycket om att en anställning inte upphör förrän tvisten om uppsägningen är slutligt avgjord, om förbud mot avstängning och rätt till bibehållna förmåner så länge anställningen består samt till bestämmelsen i 34 § tredje stycket som ger möjlighet till interimistiska beslut. För avskedandefallen bör hänvisning göras till 35 § stycket andra stycket om möjlighet till interimistiska beslut av innebörd att anställningen, trots avskedandet, skall bestå tills tvisten slutligt avgjorts, samt till paragrafens tredje stycke om förbud mot avstängning och rätt till bibehållna förmåner så länge anställningen består. En hänvisning till 37 § om förbud mot avstängning sedan domstol genom lagakraftvunnen dom ogiltigförklarat en uppsägning eller ett avskedande förefaller också lämplig. Det förefaller vidare lämpligt att reglerna om en begränsning av rätten till skadestånd i 38 § andra stycket, liksom de särskilda skadestånd enligt 39 § görs tillämpliga enligt den nya lagen.

De preskriptionsregler som gäller enligt jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering bör göras tillämpliga enligt den nya lagen med undantag för den särskilda preskriptionsregel som föranleds av dessa båda lagars regler om gemensam handläggningen av flera mål (54 § andra stycket jämställdhetslagen resp. 25 § andra stycket lagen mot etnisk diskriminering). Då utredningens förslag inte innehåller motsvarande särskilda bestämmelse om obligatorisk kumulation föreligger således inte heller något behov av en särskild preskriptionsbestämmelse.

Utredningen föreslår att en hänvisning görs till bestämmelserna i 40–42 §§ anställningsskyddslagen i mål rörande av uppsägning eller avskedande. Vilka tidsfrister detta i praktiken medför, se Förbud mot etnisk diskriminering (SOU 1992:96 s. 197 f). När det gäller annan talan än sådan på grund av uppsägning eller avskedande föreslås i stället att en hänvisning, liksom i jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering, görs till bestämmelserna i 64–66 och 68 §§ MBL samt med den förlängning av fristen i 66 § MBL som görs i dessa båda lagar. Se även här SOU 1992:96 s. 197 f.

Därutöver bör i en särskild regel anges att tidsfristen för skadeståndstalan i anledning av ett beslut om anställning av en arbetsgivare med offentlig ställning skall räknas från den dag beslutet vunnit laga kraft. Jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering innehåller motsvarande regel.

9.13.3 Rättegångskostnadsfrågor

Rättegångsbalkens regler om rättegångskostnader i dispositiva mål gäller också arbetsrättsliga tvister. Som huvudregel gäller enligt rättegångsbalken att förlorande part skall ersätta motparten för dennes rättegångskostnader. För tvister enligt denna lag, liksom arbetstvister i övrigt, gäller emellertid ett undantag från denna huvudregel. I arbetstvistlagen anges nämligen att domstolen kan förordna att vardera parten skall bära sin kostnad även när den förlorande parten med hänsyn till målets beskaffenhet haft skälig anledning att få tvisten prövad av domstol. Härigenom finns det enligt utredningens uppfattning tillräckliga möjligheter att frångå annars gällande regler om fördelningen av rättegångskostnader för de fall där dessa regler drabbar en förlorande kändepart alltför hårt.

När Handikappombudsmannen eller en facklig organisation för talan kommer de, och inte den enskilde arbetstagaren eller den arbetssökande, att utgöra part i målet. Därav följer att den enskilde vid sådana förhållanden inte kommer att ha kostnader för eget ombud liksom inte heller behöva stå risken för att svara för motpartens rättegångskostnader. Detsamma kommer att gälla när Handikappombudsmannen finner lämpligt att även föra annan talan på annan grund än vad denna lag kan erbjuda.

9.13.4 Sekretess

Rättegångar i mål rörande tillämpning av denna lag bör, i enligt med vad som är huvudregel för domstolsförhandlingar, vara offentliga. Det kan emellertid i diskrimineringsprocesser, liksom i andra processer, bli nödvändigt att behandla uppgifter av känslig natur, som inte utan den eller de berördas medgivande bör få spridas för allmän kännedom. Sådana uppgifter kan företrädesvis tänkas avse enskilda personliga förhållanden men det kan också i undantagsfall vara fråga om andra förhållanden av företagshemlig eller företagsekonomiskt karaktär. Det bör därför finnas möjlighet för domstolen att hålla förhandlingen bakom stängda dörrar på samma sätt som i mål enligt anställningsskyddslagen, MBL, jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering. Motsvarande regler om handlingssekretess hos domstol som i enligt dessa lagar bör också gälla. Med anledning härav föreslås att det i 9 kap. 20 § sekretesslagen (1980:100) införs en hänvisning också till lagen mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.

Redan i dag omfattas verksamheten enligt lagen om Handikappombudsmannen av sekretess, såvitt avser uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde eller någon honom närstående lider skada om uppgiften röjs (9 kap. 21 § tredje stycket sekretesslagen). Någon ändring av sekretessbestämmelsen behövs egentligen inte, förutom att en justering bör göras så att sekretessen omfattar *uppgifter i ärenden* enligt lagen om Handikappombudsmannen. Även uppgifter hos Handikappombudsmannen som har samband med en diskrimineringstvist eller som ombudsmannen begärt in för att bistå en enskild att få uppgifter om en medsökande faller in under begreppet "uppgifter i ärenden enligt lagen om Handikappombudsmannen". Det är därför inte nödvändigt att i sekretesslagen ange att sekretess även skall gälla hos Handikappombudsmannen i ärenden enligt lagen mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.

9.14 Samordningsfrågor

Den nya lagen medför att arbetstagare som diskrimineras kan åberopa flera lagar som kan komma att tillämpas parallellt. Detta gäller dock redan beträffande t.ex. lagen mot etnisk diskriminering och är överhuvudtaget inte något ovanligt inom det arbetsrättsliga systemet. Det

bör därför inte medföra några särskilda tillämpningssvårigheter eller andra olägenheter.

Under utredningsarbetet och det samråd som ägt rum med EDA- och SEDA-utredningarna har vi diskuterat olika behov av att samordna våra lagförslag och vår strävan har varit att så långt möjligt hitta gemensamma lösningar. Det gäller t.ex. utformningen av skyddet mot diskriminering, frågor om hur tillsynen skall ordnas liksom processuella frågor. Ingen av utredningarna har dock funnit att en samordning med jämställdhetslagens förbudsregler har varit möjlig eftersom vi funnit att jämställdhetslagen innehåller flera brister och även strider mot EG-rätten på väsentliga punkter. Som även JämO påpekat i sin skrivelse till regeringen den 19 augusti 1997 är det dock angeläget att de olika diskrimineringslagarna samordnas.

Utredningarnas arbetet har resulterat i tre skilda antidiskrimineringslagar, vid sidan om jämställdhetslagen. Det finns dock mycket som talar för att en lösning enligt den i andra länder vanliga modellen med *en* gemensam lag för all diskriminering i arbetslivet vore den mest ändamålsenliga lösningen. En sådan lag skulle, som i vissa andra länder, kunna ta sin utgångspunkt i ett resonemang om mänskliga rättigheter. Att föreslå *en* gemensam lag har emellertid inte legat inom ramen för någon av utredningarnas uppdrag.

När det gäller tillsynen inställer sig frågan om denna inte bör samordnas. Ett alternativ kunde vara att de olika ombudsmän som idag finns, inklusive Riksdagens ombudsmän, lades samman till en enda ombudsmannainstitution. Ett annat alternativ kunde vara att inrätta en gemensam ombudsmannainstitution för tillsyn av efterlevnaden av alla antidiskrimineringslagar. Ytterligare ett alternativ kunde vara att, i likhet med vad som gäller för Riksdagens ombudsmän, inrätta ett gemensamt kansli för JämO, DO, Handikappombudsmannen och Barnombudsmannen, var och en med sin tillsynsfunktion. Uppgiften att vara chefsombudsman kunde cirkulera mellan ombudsmännen efter bestämda tidsintervall. Av integritetsskäl kunde ombudsmannainstitutionerna, likt JO, lyda under riksdagen snarare än under regeringen.

Vi har i samråd med EDA- och SEDA-utredningarna avstått från att gå närmare in på dessa frågor, bl.a. med hänsyn till utformningen av vårt uppdrag och av tidsskäl. Frågan förefaller dock vara värd att behandla närmare i ett annat sammanhang.

10 Konsekvenser av våra förslag

I detta kapitel skall kostnadskonsekvenser och andra effekter av förslaget behandlas.

Förslaget innebär ett rättsligt skydd mot diskriminering som inte tidigare funnits. Redan i dag inkommer till Handikappombudsmannen årligen några tiotal anmälningar om diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder. Den nya lagen ger anledning att anta att antalet anmälningarna kommer att flerdubblas. Belastningen på Handikappombudsmannen kan därför förväntas öka. Ökningen förväntas inte bli så marginell att den utan omprioriteringar av verksamhet kan klaras inom ramen för befintliga resurser. Handikappombudsmannens verksamhet är emellertid för närvarande föremål för översyn av en offentlig utredning (Dir. 1997:131). Enligt direktiven skall utredningen bl.a. pröva vilken betydelse ombudsmannen haft för utvecklingen inom handikappområdet i stort samt bedöma om, och i så fall hur, ombudsmannens roll och arbetsuppgifter bör förändras i något avseende. Vi lämnar med anledning av denna översyn inget förslag i frågan om Handikappombudsmannen bör tilldelas extra resurser till följd av den förväntade ökningen av ärendetillströmmingen.

Härutöver innebär det nya förslaget att Handikappombudsmannen ges den nya uppgiften att föra talan för enskilda i tvister om diskriminering på grund av funktionshinder. Som det har antytts i den allmänna motiveringen, avsnitt 9.12.1, kan det vara befogat att Handikappombudsmannen i sådana tvister anlitar en väl förfaren advokat som rättegångsombud. Kostnaden för detta uppskattas till 500 000 kr per år.

Den ökning av arbetsuppgifterna som förslaget innebär för Nämnden mot etnisk diskriminering förutses bli så marginell att nämnden inte bör vara i behov av ytterligare resurser.

Förslaget innebär även att enskilda personer i större utsträckning kan tänkas driva en diskrimineringsprocess i domstol och därvid i vissa fall anlita den allmänna rättshjälpen. Vissa ökade kostnader för denna kan därför också förutses. Det är dock svårt att förutse i vilken utsträckning processer kan komma att föras och vilken omfattning de kommer att få. Vi uppskattar ökningen till ca 500.000 kr per år.

En något ökad arbetsbörda för Arbetsdomstolen och andra domstolar kan förutses. Vi bedömer att domstolarna inte behöver tillskjutas ytterligare resurser.

Förslaget innebär, såväl för staten som andra offentliga samt privata arbetsgivare, ökade kostnader för arbetsplatsanpassningar. Utredningen har funnit det mycket svårt att uppskatta kostnaden härför. Det går nämligen inte att förutse i hur många fall det kan bli fråga om anpassningar eller hur stora kostnaderna i genomsnitt kan förväntas bli. Vi har inte ens funnit det möjligt att lämna en skönsmässig bedömning.

Förslaget kan även förväntas medföra en ökad användning av statliga bidrag för bekostnad av arbetshjälpmedel. Det är en trolig effekt att sådant bidragssökande kommer att öka om arbetsgivarna åläggs ansvaret för att anpassa arbetsplatserna. Någon ändring i de regler som i dag gäller för sådana bidrag föreslås dock inte. Inte heller är arbetsgivaransvaret på något vis kopplat med förutsättningen att erhålla bidrag. Eftersom det är svårt att förutse hur många fall av arbetsplatsanpassningar som kommer att behövas är det, även om bidragen är maximerade, svårt att kvantifiera kostnaderna.

Vi är också skyldiga att redovisa i vilken utsträckning utredningens förslag får regionalpolitiska effekter, effekter för jämställdheten mellan kvinnor och män samt konsekvenser för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet. Vi skall också förutsättningslöst pröva frågan om offentligt åtagande.

I princip är vårt förslag ägnat att påverka förhållandena på arbetsmarknaden. Vi kan dock inte se att några regionalpolitiska konsekvenser av vårt förslag i den meningen att sysselsättningen i olika delar av landet kommer att påverkas.

Inte heller kan vi se några jämställdhetspolitiska konsekvenser av förslaget.

Förslaget antas inte heller få några effekter avseende brottsligheten eller för det brottsförebyggande arbetet.

När det gäller omfattningen av offentliga åtaganden innebär vårt förslag till att börja med att en ny lag skall stiftas. Likaså förutsätter tillsynen av lagens efterlevnad med nödvändighet ett statligt engagemang, enligt förslaget, via den idag existerande myndigheten Handikappombudsmannen. Det är alltså klart att de mål som ligger bakom vårt förslag innebär att de åtaganden som följer av det bör vara offentliga.

11 Författningskommentarer

11.1 Förslag till lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder

Lagen syftar till att förebygga och motverka diskriminering på grund av funktionshinder. I huvudsak kan lagen delas upp i två delar. De materiella reglerna innefattar bestämmelser med ändamålsangivelse, några definitioner, diskrimineringsförbuden, förbud mot repressalier, uppgiftsskyldighet och regler om påföljder. Den andra delen av lagen innehåller främst processuella regler om hur rättegången i diskrimineringstvister skall gå till.

Diskrimineringsreglerna är utformade annorlunda än de jämförbara reglerna i den nuvarande lagen mot etnisk diskriminering och jämställdhetslagen.

Flera av reglerna om skadestånd har däremot i allt väsentligt oförändrade förts över från den nuvarande lagen mot etnisk diskriminering till detta lagförslag. Såvitt gäller denna del av lagen kan vägledning därför ur förarbetena till den lagen (prop. 1993/94:101, bet. 1993/94:AU9, rskr 1993/94:182, SFS 1994:134).

Lagens ändamål

1 § Denna lag har till ändamål att motverka diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder.

Den inledande paragrafen anger målsättningen med lagen. I detta ligger att ge personer med funktionshinder en rätt till individuell och saklig behandling utifrån sina egna förutsättningar. Ändamålet med lagen har utvecklats i avsnitt 9.1.

Definitioner

2 § Med funktionshinder avses medfödda eller till följd av skada eller sjukdom förvärvade fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en individs funktionsförmåga.

Bestämmelsen behandlas i avsnitt avsnitt 9.5.2. Lagens personkrets omfattar alla personer med någon form av fysiskt, psykiskt eller begåvningsmässigt funktionshinder. Det är inte graden av funktionsnedsättningen som skall vara avgörande utan förekomsten av ett funktionshinder. Funktionshindret skall dock vara varaktigt. Den som bryter ett ben eller en arm är visserligen för tillfället funktionshindrad men hör, med hänsyn till att sådana skador vanligen är av övergående natur, inte till lagens personkrets.

Även bärare av sjukdomar som inte inverkar på personens funktionsförmåga men där sjukdomen på grund av sin progressivitet kan *förväntas* få sådana effekter omfattas av personkretsen så snart sjukdomen konstaterats. Detta gäller för t.ex. HIV-positiva men torde även kunna komma i fråga för andra progressiva sjukdomar såsom, cancer MS, m.fl.

3 § Med diskriminering på grund av funktionshinder avses i denna lag att någon missgynnas i strid med bestämmelserna i 4–6 §§ av orsak som har samband ett funktionshinder hos honom eller henne.

Med trakasserier på grund av funktionshinder avses trakasserier, såsom mobbning eller annat ovälkommet uppträdande, som grundas på en persons funktionshinder och som kränker hans eller hennes integritet på arbetsplatsen.

En allmän definition av begreppet diskriminering kan följande utgöra. Med *diskriminering* avses att någon missgynnas av orsak som har samband med ett hos honom eller henne förekommande eller förmodat funktionshinder, såvida det inte finns en objektivt godtagbar förklaring för missgynnandet.

Lagens innebörd av begreppet *funktionshinder* beskrivs i 2 §.

Missgynna syftar till att uttrycka att den som hävdar sig vara diskriminerad måste ha utsatts för en nackdel. Vad som kan vara en nackdel har utvecklats i avsnitt 9.5.3, se även vid 4 §. Missgynnandet kan bestå i handlande eller i underlåtenhet att handla.

För att diskriminering skall anses föreligga fordras vidare ett samband mellan funktionshindret och missgynnandet. I den mån en avsikt att diskriminera föreligger finns den erforderliga kopplingen. Även då en arbetsgivare missgynnat någon, som följd t.ex. av undfallenhet mot andras önskemål om att slippa ha med funktionshindrade att göra finns sambandet. Arbetsgivaren har då låtit funktionshindret hos en person styra sitt handlande. Funktionshindret behöver inte heller vara ensam orsak eller ens den viktigaste orsaken till en viss behandling utan det räcker att den är en av flera omständigheter som orsakat arbetsgivarens handlande. Detta har föranlett att kopplingen mellan den missgynnande behandlingen och funktionshindret har uttryckts som *har samband med* i stället för *på grund av*.

Det krävs inte någon diskriminerande avsikt, i betydelsen en vilja att orsaka skada eller nackdel för arbetssökanden eller arbetstagaren. Överhuvudtaget krävs inte något uppsåt eller ens vårdslöshet hos arbetsgivaren. Såväl avsiktligt som oavsiktligt missgynnande av en funktionshindrad omfattas alltså av lagen, om övriga förutsättningar är uppfyllda. Det avgörande är om resultatet av behandlingen är diskriminerande.

Om en funktionshindrad har missgynnats av orsak som har samband med funktionshindret skall arbetsgivaren ges tillfälle att lämna en förklaring för sin behandling av den funktionshindrade. Kan arbetsgivaren lämna en förklaring som är objektivt sett godtagbar föreligger inte diskriminering. Närmare om hur arbetsgivaren kan förklara sig, se vad som anförs härom i förbudsreglerna 4–5 §§.

För att *direkt diskriminering* skall kunna anses vara för handen krävs att arbetsgivaren haft vetskap om funktionshindret för att den nödvändiga kopplingen mellan funktionshindret och missgynnandet kan

föreligga. Den som påstår sig ha blivit diskriminerad har även bevisbördan för denna vetskap hos arbetsgivaren. Lagen avses emellertid också kunna åberopas av personer som, utan att själva anser sig vara funktionshindrade, av arbetsgivare uppfattas som funktionshindrade. Även i dessa fall är funktionshinder orsaken till det diskriminerande förfarandet, även om fråga här är om ett missförstånd om sakförhållandet. Detta kan uttryckas som att lagen är tillämplig när en arbetsgivare "vet eller tror" att en arbetssökande eller arbetstagare är funktionshindrad.

Vad som nu anförts gäller dock inte *indirekt diskriminering*. Den indirekta diskriminering är till naturen sådan att den inte fäster avseende vid vem den drabbar. Det krävs därför vare sig vetskap eller insikt om att ett kriterium etc, kommer att missgynna funktionshindrade för att indirekt diskriminering skall kunna föreligga. Det viktiga är huruvida effekten av kriteriet etc. typiskt sett missgynnar vissa grupper.

I *andra stycket* har en definition lämnats till vad som skall förstås med trakasserier enligt denna lag. Detta har utvecklats i avsnitt 9.7.

Som trakasserier avses sådan mobbning och annat ovälkommet uppträdande som kränker den utsatte i hans eller hennes egenskap av arbetstagare. Det är den utsatte som avgör om beteendet eller handlingarna är ovälkomna.

Som framgår av orden *grundas på* avses här endast trakasserier som direkt beror på ett funktionshinder hos den utsatte. Detta är ett högre krav på orsakssamband mellan läggningen och den trakasserande åtgärden än det svagare *orsak som har samband* med funktionshinder som beskrivits i första stycket. Bestämmelsen tar sikte endast på trakasserier där uppsåtet är att vålla skada eller obehag på grund av funktionshindret.

Definitionen har betydelse för arbetsgivarens skyldighet att utreda och ingripa mot trakasserier enligt 9 §.

Förbud mot diskriminering i arbetslivet

4 § En arbetsgivare får inte behandla en arbetssökande eller arbetstagare med funktionshinder mindre förmånligt än arbetsgivaren behandlar eller skulle ha behandlat personer utan sådant funktionshinder i en likartad situation (*direkt diskriminering*).

Förbudet gäller även i sådana situationer då arbetsgivaren genom att vidta stöd- och anpassningsåtgärder kan skapa en likartad situation och det skäligen kan krävas att arbetsgivaren vidtar sådana åtgärder.

Förbuden enligt första och andra stycket gäller inte om behandlingen är berättigad av hänsyn till ett sådant ideellt eller annat särskilt intresse som uppenbarligen inte bör vika för intresset av att diskriminering på grund av funktionshinder inte förekommer.

Bestämmelsen innehåller det grundläggande förbudet mot direkt diskriminering och har behandlats i avsnitt 9.5.3, 9.5.4 och 9.5.6

I 6 § anges i vilka faktiska situationer förbudet gäller. Reglerna kompletterar varandra på så sätt att 4 § anger förbudet mot diskriminering och 6 § anger vilka faktiska förfaranden som omfattas av diskrimineringsförbudet

Direkt diskriminering avser alltså situationer då en funktionshindrad behandlas *mindre förmånligt* än andra har eller skulle ha behandlas i *likartad* situation. Detta uttrycks ofta som att *lika fall behandlas olika*.

Vad som avses med *mindre förmånligt* motsvarar vad som anförts om att bli missgynnad i 2 §. I detta ligger att den funktionshindrade skall ha utsatts för en nackdel. Nackdelen kan vara tydlig för envar, såsom t.ex. nekad anställning, omplacering eller löneskillnad, eller mer subtil som t.ex. en utebliven förmån. Fråga måste dock vara om något som med fog kan anses vara av värde att få möjlighet till, t.ex. möjlighet att komma i fråga för en anställning, en befordran, en utbildning, mer kvalificerade

arbetsuppgifter eller en löneförhöjning. Vad som är en nackdel bör bestämmas objektivt. Det får förutsättas att helt bagatellartade skillnader i bemötande inte kan utgöra diskriminering.

För att direkt diskriminering skall kunna föreligga krävs vidare att någon annan utan det i frågavarande funktionshindret i en *likartad* situation har eller skulle ha behandlats förmånligare. I detta ligger att en jämförelse normal antas ske mellan den funktionshindrade personen som anser sig förfördelad och en eller flera andra, utan motsvarande funktionshinder. Det krävs inte någon faktisk jämförelseperson, även om det är att föredra, utan en fiktiv jämförelse kan räcka. Denna möjlighet till hypotetisk jämförelse uttrycks med ordet "skulle" i lagtexten. Jämförelsen måste, för att diskriminering skall kunna vara för handen, utmynna i slutsatsen att personer med resp. utan det i frågavarande funktionshindret behandlats olika trots att båda befunnit sig i en likartad situation. Likheten i fråga om situation avser t.ex. att de båda sökt samma anställning och att de har i huvudsak lika meriter i form av utbildning, erfarenhet och personlig lämplighet för ett visst arbete.

I kravet på mindre förmånlig behandling, och likartad situation, ligger att en arbetsgivare vid ett anställningsbeslut, beslut om befordran etc. inte skall anses ha överträtt förbudet mot mindre förmånlig behandling om den som fått anställningen haft bättre meriter.

Till skillnad från andra diskrimineringsgrunder, som sällan eller aldrig inverkar på individens förmåga att utföra ett visst arbete eller möjlighet att ta sig in och ut ur en arbetslokal kan funktionshinder i betydligt högre utsträckning förmodas ha sådana effekter. Om en funktionshindrad person kan förväntas få svårigheter med att utföra uppgifterna av ett arbete eller delar av dem kan det hävdas att den funktionshindrade inte har tillräckliga kvalifikationer för arbetet. Detsamma är fallet om den funktionshindrade inte kan ta sig till och från arbetsplatsen eller i övrigt förflytta sig i arbetslokalen. Även om meriterna i övrigt var likvärdiga skulle till följd därav *likartad* situation inte föreligga.

Med hänsyn till detta för diskrimineringsgrunden funktionshinder mycket specifika och väsentliga förhållande införs en regel i *andra stycket* som anger att förbudet i första stycket även gäller i de fall när arbetsgivaren genom stöd och anpassningsåtgärder som skäligen kan krävas kan skapa en likartad situation. Detta innebär att en arbetsgivare inte tillåts fästa avseende vid de begränsningar i arbetsförmågan eller möjligheter att ta sig in och ut ur arbetslokalen ett funktionshinder kan innebära om begränsningarna kan elimineras eller reduceras till en rimlig nivå genom stöd- och anpassningsåtgärder och det skäligen kan krävas att arbetsgivaren vidtar sådana åtgärder.

Stöd- och anpassningsåtgärder kan alltså vara föranledda av svårigheter att utföra arbetsuppgifterna men de kan också föranledas av svårigheter att ta sig in och ut ur arbetslokalen. Begreppet arbetslokalen innefattar här, till arbetsplatsen angränsande lokaler, såsom matrum, hygienutrymmen och samlingslokaler.

Någon begränsning av vilka åtgärder som kan bli aktuella har utredningen inte ansett att det skall finnas. Begränsningen ligger i stället att det inte får bli oskäligt för arbetsgivaren att vidta åtgärden. Eftersom en förutsättning för att åtgärder skall behöva vidtas är att den funktionshindrade därefter, i vart fall, kan utföra de väsentligaste uppgifterna av arbetet i fråga torde dock de åtgärder arbetsgivaren främst skall vidta vara sådana som avser den fysiska tillgängligheten till arbetsplatsen och därtill hörande lokaler (tillgänglighet) liksom till att i möjligaste mån göra dessa lokaler användbara för den funktionshindrade (användbarhet). De åtgärder som främst torde kunna komma i fråga är därför sådana som anskaffande av tekniska hjälpmedel och särskilda arbetsredskap samt förändringar i den fysiska arbetsmiljön. Det kan därför vara fråga om förstärkt belysning för den som är synskadad, god ventilation för den som är allergiker, anskaffande av tekniska hjälpmedel för att underlätta lyft eller transporter, datorstöd m.m. Även förändringar i arbetsorganisationen, arbetsuppgifterna, arbetstiderna, arbetsmetoderna samt i de psykologiska och sociala förhållandena på arbetsplatsen kan emellertid bli aktuella. Finns flera alternativ bör arbetsgivaren tillåtas välja vilket.

En förutsättning för att arbetsgivaren skall behöva vidta anpassningsåtgärder är att de begränsningar som funktionshindret innebär kan elimineras eller reduceras till rimlig nivå. I fråga om arbetsförmåga avses härmed när de väsentligaste uppgifterna av ett arbete kan utföras.

Vad som är skäligen att kräva får bestämmas från fall till fall. I avsnitt 9.5.6, in fine, har redogjorts för några av de omständigheter som bör kunna vinna beaktande vid en sådan bedömning.

Om det inte skäligen kan krävas att arbetsgivaren vidtar de stöd- eller anpassningsåtgärder som är erforderliga föreligger inte *likartad* situation. Diskriminering har då inte heller förekommit. Detsamma gäller om det inte är möjligt att eliminera eller i tillräcklig mån reducera effekterna av funktionshindret genom stöd- eller anpassningsåtgärder.

Beträffande både *första* och *andra stycket* gäller bl.a. följande. Om ett anställningsbeslut har fattats finns inte något krav på att den diskriminerade skall ha haft bättre sakliga förutsättningar än den som får anställningen. Även den som haft likvärdiga förutsättningar för arbetet kan anses förbigången, om den arbetsökande blivit behandlad mindre förmånligt i något annat avseende, som inte kan förklaras av arbetsgivaren. Om en sådan arbetsökande, till skillnad från den som fick anställningen, inte har blivit kallad till anställningsintervju, och förfarandet inte kan förklaras godtagbart av arbetsgivaren, föreligger t.ex. en mindre förmånlig behandling jämfört med de arbetsökande som i en likartad situation kallas till intervjun.

Om alla sökande som uppnått meritkraven, eller alla likvärdigt meriterade utom en har deltagit i en anställningsintervju som föregått anställningsbeslutet och denne är funktionshindrad kan ett brott mot diskrimineringsförbudet föreligga, om det inte finns en godtagbar förklaring till förfarandet. En sådan skulle t.ex. kunna vara att den som inte deltagit i en anställningsintervju inte varit anträffbar under så lång tid att det inte varit rimligt att göra uppehåll i anställningsförfarandet. Om arbetsgivaren inte ens gjort ansträngningar att kalla till intervju och någon godtagbar förklaring inte lämnas, föreligger ett brott mot diskrimineringsförbudet.

Tredje stycket reglerar möjliga undantag från diskrimineringsförbudet och har behandlats i avsnitt 9.5.4. Det har ansetts erforderligt att undantagen framgår av lagtexten. Undantaget motsvarar det som finns i 16 § andra stycket punkten 3 jämställdhetslagen och avser samma situationer som enligt förarbetena till den lagen kan undantas från diskrimineringsförbudet.

5 § En arbetsgivare får i förhållande till en arbetssökande eller arbetstagare inte tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som i praktiken missgynnar en väsentligt större andel personer med visst funktionshinder jämfört med personer utan sådant funktionshinder. Detta gäller inte såvida tillämpningen av bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet motsvarar ett objektivt godtagbart verksamhetsbehov samt tillämpningen är lämplig och nödvändig för att tillgodose behovet (*indirekt diskriminering*).

Bestämmelsen innehåller ett förbud mot indirekt diskriminering och har sin närmaste förebild i den definition av begreppet som lämnas i EU:s förslag till bevisbördedirektiv. Indirekt diskriminering har behandlats i avsnitt 9.5.5.

Bestämmelsen bör, liksom 4 §, läsas tillsammans med 6 § som anger i vilka faktiska situationer förbudet gäller. Reglerna kompletterar varandra på så sätt att 4 § anger förbudet mot diskriminering och 6 § anger vilka faktiska förfaranden som omfattas av diskrimineringsförbudet

Bestämmelsen tar sikte på fall då *olika fall behandlas lika*, och det får diskriminerande effekter. Så kan bli fallet när en bestämmelse, ett krav eller ett förfaringsätt framstår som helt neutralt medan det i själva verket i praktiken missgynnar personer med visst funktionshinder, eftersom en väsentligt större andel av personerna i gruppen inte kan uppfylla kravet.

Intresseavvägningen sker i tre steg. Verksamhetsbehovet skall då prövas först. Därefter bedöms om tillämpningen av det omstridda kriteriet etc. är en lämplig åtgärd för att nå verksamhetsbehovet. Dessutom måste bedömningen omfatta om det är nödvändigt att tillämpa kriteriet för att nå verksamhetsbehovet. Det skall med andra ord inte föreligga några alternativa handlingsätt, för att kriteriet skall få tillämpas.

Först efter avslutad intresseavvägning kan konstateras huruvida diskriminering förekommit. Intresseavvägningen anger således inte undantagssituationer.

I en tvist rörande indirekt diskriminering åligger det kändeparten att visa att kravet, bestämmelsen etc. som tillämpats missgynnar en väsentligt större andel personer med det ifrågasvarande funktionshindret jämfört med personer utan sådant funktionshinder på så sätt att de i allmänhet har svårare att uppfylla kravet etc. Förmår kändesidan att visa detta har den gjort antagligt att diskriminering förekommit.

Det åligger då arbetsgivaren att visa att syftet med det uppställda kriteriet motsvarar ett objektivt godtagbart verksamhetsbehov. Är syftet acceptabelt blir frågan om den valda metoden är lämplig. Vid bedömningen av kravet etc. är nödvändigt bör domstolen ställa sig frågan om arbetsgivaren hade något handlingsalternativ.

Inte sällan uppställs krav på arbetssökande att de skall inneha körkort. Kravet missgynnar de grupper av funktionshindrade som typiskt sett har svårare att uppfylla kravet. Om vi utgår från att arbetsgivaren kan visa att det uppställda kravet motsvarar ett verksamhetsbehov och att det är lämpligt att tillämpa kravet gäller fråga om arbetsgivaren hade något alternativ. Gällde arbetet anställning som chaufför hade arbetsgivaren tveklöst inget alternativ. Gällde det i stället en anställning där arbetet inte bestod i att framföra något fordon utan kravet var uppställt i avsikt att arbetstagaren skulle vara rörlig är svaret inte lika givet.

6 § Förbuden mot diskriminering i 4–5 §§ gäller när arbetsgivaren

1. tar ut sökande till anställningsintervju, beslutar i anställningsfrågan eller vidtar annan åtgärd under anställningsförfarandet,

2. beslutar om befordran eller tar ut arbetstagare till utbildning för befordran eller

3. tillämpar lön eller andra anställningsvillkor, leder och fördelar arbetet, säger upp, avskedar, permitterar eller vidtar andra ingripande åtgärder mot en arbetstagare.

Bestämmelsen anger i vilka faktiska situationer diskrimineringsförbudet gäller. Dessa har utvecklats närmare i avsnitt 9.6. Bestämmelsen bör läsas tillsammans med förbudsreglerna i 4 och 5 §. Reglerna kompletterar varandra på så sätt att 4 och 5 § uttrycker förbudet mot diskriminering och 6 § anger vilka faktiska förfaranden som omfattas av diskrimineringsförbudet.

När det gäller arbetssökande i *punkten 1* omfattar förbudet att diskriminera arbetsgivares anställningsbeslut och alla åtgärder och underlåtenheter som föregår detta. Diskriminerande förfaranden vid hantering av ansökningshandlingar, urval till anställningsintervjuer, referenstagning och andra kontakter med tidigare arbetsgivare, lämplighetstester och andra åtgärder som en arbetsgivare kan tänkas vidta under ett anställningsförfarande. Lagtexten anger inte uttömmande de fall där diskriminerande kan förekomma inför ett anställningsbeslut, utan är att se som exempel på sådana situationer.

Att ett anställningsbeslut har fattats är inte en förutsättning för att förbudet skall kunna åberopas. En ensam sökande som inte får ett arbete kan göra förbudet gällande. Även när ett anställningsförfarande avbryts, och inte någon anställs, kan diskriminerande förfaranden under rekryteringen angripas. Så kan t.ex. vara fallet om en funktionshindrad person är bäst lämpad bland ett antal sökande för ett arbete men arbetsgivaren inte önskar anställa den funktionshindrade av orsak hänförlig till funktionshindret och därför väljer att avbryta rekryteringsförfarandet.

I *punkten 2* anges att diskriminering kan förekomma även då arbetsgivaren beslutar om befordran eller tar ut arbetstagare till utbildning för befordran. Gränsdragningen är inte alltid självklar när det gäller ett beslut om befordran av den som redan är anställd. Ett beslut om befordran eller om utbildning kan vara ett arbetsledningsbeslut eller någon gång en sådan ingripande åtgärd som omtalas i *punkten 3* (se nedan). Ett beslut om befordran skulle också någon gång kunna ses som ett beslut om anställning. Genom att lagtexten uttryckligen anger dessa två fall anses den osäkerhet som kunnat finnas på den punkten undanröjd.

När det gäller det bestående anställningsförhållandet (*punkten 3*) avses tre situationer i enlighet med vad som utvecklats i avsnitt 9.6.2.

Det första fallet gäller anställningsvillkor, det andra arbetsledningsbeslut och det tredje ingripande åtgärder från arbetsgivarens sida. Diskriminering i fråga om anställningsvillkor kan bestå i att en viss arbetstagare erhåller lägre lön än andra eller inte kommer i åtnjutande av samma förmåner eller villkor som andra. Diskriminering i fråga om arbetsledningsbeslut består i att en funktionshindrad arbetstagare särbehandlas när arbetsgivaren leder och fördelar arbetet i vedertagen arbetsrättslig mening. Typiska exempel på ledningsbeslut är beslut om hur många och vilka arbetstagare som skall sättas att utföra ett visst arbete, hur arbetet skall organiseras, vem som skall utses till förman eller genomgå utbildning och beslut om ordningsföreskifter på arbetsplatsen. Detta är förhållanden som arbetsgivaren ensidigt beslutar om.

Diskriminering i fråga om andra ingripande åtgärder avser konkreta åtgärder som är till nackdel för en arbetstagare. Här märks t.ex. uppsägningar, avskedanden, permitteringar och indragning av förmåner.

Generellt gäller för alla tre typerna av diskriminering att förbudet tar sikte endast på mer än bagatellartade förfaranden. Här kan hänvisas till vad som ovan under 2 § anförts om innebörden av ”nackdel”.

Uppgift om meriter

7 § En arbetssökande, som inte har anställts, eller en arbetstagare, som inte har befordrats eller tagits ut till utbildning för befordran, har rätt att på begäran få en skriftlig uppgift av arbetsgivaren om arten och omfattningen av utbildning, yrkeserfarenhet och andra jämförbara meriter i fråga om den som i stället fick arbetet eller utbildningsplatsen.

Bestämmelsen överensstämmer helt med 21 § jämställdhetslagen. I förhållande till 10 § i lagen mot etnisk diskriminering har några mindre justeringar gjorts. Bl.a. har kravet på misstanke om diskriminering hos den som anser sig förbigången tagits bort.

Endast faktiska uppgifter såsom arten och omfattningen av utbildning, yrkeserfarenhet och liknande omfattas av uppgiftsskyldigheten. Arbetsgivaren är inte skyldig att lämna uppgifter om referenser och andra vitsord och inte heller uppgifter av negativ art. Skyldigheten gäller vidare bara beträffande meriter för den som fått anställningen eller utbildningsplatsen. Uppgifter avseende andra medsökande behöver inte lämnas ut.

Uppgiftsskyldigheten är inte sanktionerad. En arbetssökande som misstänker att han eller hon utsatts för diskriminering kan dock vända sig till Handikappombudsmannen och få del av de begärda handlingarna via ombudsmannens rätt till uppgifter om arbetsgivaren inte hörsammat en begäran från den enskilde. Ombudsmannen kan vid vite förelägga arbetsgivaren att lämna ut de begärda uppgifterna, 4 § lagen (1994:749) om Handikappombudsmannen.

Förbud mot repressalier

8 § En arbetsgivare får inte utsätta en arbetstagare för repressalier på grund av att arbetstagaren har anmält arbetsgivaren för diskriminering enligt denna lag.

Den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta om en arbetstagares arbetsförhållanden skall vid tillämpning av första stycket likställas med arbetsgivare.

Bestämmelsen har behandlats i avsnitt 9.8 och har sin motsvarighet i 22 § jämställdhetslagen. För att inte åstadkomma förväxling med trakasserier enligt vad som definierats i 3 § har jämställdhetslagens benämning på det åsyftade handlandet – trakasserier – här ersatts med *repressalier*. Samma typ av handlande avses emellertid.

Bestämmelsen uttrycker ett förbud mot att arbetsgivaren utsätter arbetstagaren för repressalier på grund av att den förra har anmält den senare för diskriminering. Med ”anmält” avses att arbetstagaren underrättat den fackliga organisationen eller Handikappombudsmannen om diskrimineringen.

Det kan röra sig om att arbetstagaren får kännas vid en försämring av sina arbetsvillkor eller en förväntad förmån uteblir. Det kan även vara fråga om försämrade arbetsuppgifter, en större arbetsbelastning, onormala krav på övertid, uteblivna förmåner eller liknande trakasseriåtgärder.

Förbudet riktar sig mot arbetsgivaren. Den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta om en arbetstagares arbetsförhållanden likställs med arbetsgivaren. Härmed avses t.ex. arbetsledare och personalchefer. Arbetsgivarens ansvar innefattar alltså alla som har en ledande ställning över andra arbetstagare och vilkas beslut direkt kan påverka den enskilde arbetstagarens arbetsförhållanden eller villkor.

Detta skydd avser endast arbetstagare, inte arbetssökande.

Skyldighet att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier

9 § En arbetsgivare som får kännedom om att en arbetstagare anser sig ha blivit utsatt för trakasserier på grund av funktionshinder av en annan arbetstagare skall se till att frågan utreds och, i förekommande fall, vidta de åtgärder som skäligen kan krävas för att förhindra fortsatta trakasserier.

Bestämmelsen har behandlats i avsnitt 9.7.2. Där anges närmare under vilka förutsättningar och på vilket sätt arbetsgivaren blir skyldig att vidtaga utredningsåtgärder.

När det sålunda kommit till arbetsgivarens kännedom att en arbetstagare anser sig ha blivit utsatt för trakasserier inträder arbetsgivarens skyldighet att utreda omständigheterna kring de uppgivna trakasserier. Ofta torde redan de uppgifter den trakasserade lämnar i förening med vad den misstänkte uppger till sitt försvar vara tillräckligt för att arbetsgivaren skall bilda sig en uppfattning om förekomsten av och, i förekommande fall, på vilket sett trakasserier tagit sig uttryck.

Att uttala sig om vilken grad av visshet arbetsgivaren skall ha i fråga om förekomsten av trakasserier, innan dennes skyldighet att vidta åtgärder inträder, låter sig inte göras. Det kan dock anges att utredningen, i vart fall, bör ge arbetsgivaren anledning att utgå från att trakasserier förekommer. Att en arbetstagare helt utan grund skulle anmäla en annan arbetstagare för trakasserier är inte troligt. Redan dennes uppgifter måste därför i många fall vara tillräckligt för en sådan bedömning, såvida uppgifterna inte direkt motsägs av utredningen i övrigt.

För att förhindra fortsatta trakasserier är arbetsgivaren skyldig att vidta de åtgärder som *skäligen* kan krävas. Att skyldigheten att vidta åtgärder inte är ovillkorlig har angivits genom uttrycket *i förekommande fall*. Många gånger kan förmodligen redan blotta anmälan till arbetsgivaren vara tillräckligt för att trakasserier skall upphöra. Skyldighet för arbetsgivaren att vidta några åtgärder i det fallet föreligger självfallet inte. Vilka åtgärder som är erforderliga får bestämmas från fall till fall. I vissa fall kan det kanske räcka med ett samtal med den som ligger bakom trakasserier där arbetsgivaren klargör sin inställning till trakasserier och erinrar om arbetsplatsens policy. I andra fall kanske arbetsgivaren bör utdela varning, omplacera den som trakasserar eller, i sista hand, skilja den trakasserande från sin anställning. För arbetsgivarens skyldighet att vidta åtgärden i fråga krävs dock att den framstår som *skäligen* i det enskilda fallet.

Påföljder

Ogiltighet

10 § Ett avtal är ogiltigt i den utsträckning det föreskriver eller medger sådan diskriminering som är förbjuden enligt denna lag.

11 § Diskrimineras en arbetstagare på något sätt som är förbjudet enligt denna lag genom en bestämmelse i ett avtal med arbetsgivaren skall, bestämmelsen jämkas eller förklaras ogiltig, om arbetstagaren begär det. Har bestämmelsen sådan betydelse för avtalet att det inte skäligen kan krävas att detta i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet förklaras ogiltigt.

Diskrimineras en arbetstagare på något sätt som är förbjudet enligt denna lag genom att arbetsgivaren säger upp ett avtal eller vidtar annan sådan rättshandling, skall rättshandlingen förklaras ogiltig, om arbetstagaren begär det.

Vad nu sagts gäller inte om 10 § är tillämplig.

Skadestånd

12 § Om en arbetssökande diskrimineras genom att arbetsgivaren bryter mot förbudet i 4–6 §§ skall arbetsgivaren betala skadestånd till den arbetssökande för den kränkning som diskrimineringen innebär.

13 § Om en arbetstagare diskrimineras genom att arbetsgivaren bryter mot förbudet i 4–6 §§ skall arbetsgivaren betala skadestånd till arbetstagaren för den förlust som uppkommer och för den kränkning som diskrimineringen innebär.

Bestämmelserna i 10-13 §§ motsvarar med ett undantag vad som gäller enligt 23–26 §§ jämställdhetslagen och 11–14 §§ lagen mot etnisk diskriminering. Den nu föreslagna lagen innehåller ingen motsvarighet till 25 § andra stycket jämställdhetslagen och 13 § andra stycket lagen mot etnisk diskriminering, enligt vilka, skadeståndet, när flera begär skadestånd i ett anställningsfall, skall bestämmas som om endast en hade blivit diskriminerad. Till följd av att den nya lagen inte lämnar några föreskrifter om gemensam handläggning när flera arbetssökande genom ett och samma anställningsbeslut anser sig ha blivit diskriminerade behövs inte motsvarande regel.

Endast arbetstagare har rätt till ekonomiskt skadestånd. Skälet härför har behandlats i avsnitt 9.10.1 där frågan om påföljd vid diskriminering även i övrigt behandlas.

14 § Om en arbetstagare utsätts för repressalier som avses i 8 § skall arbetsgivaren betala skadestånd till arbetstagaren för den förlust som uppkommer och för den kränkning som repressalierna innebär.

Bestämmelsens innebörd har utvecklats närmare i avsnitt 9.10.1.

15 § Om en arbetsgivare inte fullgör sina skyldigheter enligt 9 § skall arbetsgivaren betala skadestånd till arbetstagaren för den kränkning som underlåtenheten innebär.

Bestämmelsens innebörd har utvecklats i avsnitt 9.10.1. Skadestånd kan utgå dels, om arbetsgivaren inte utreder frågan om de uppgivna trakasserier, dels om han eller hon inte vidtar de åtgärder som skäligen kan krävas för att förhindra fortsatta trakasserier.

I fråga om utredningsskyldigheten är det av främsta vikt att arbetsgivaren tar en anmälan om trakasserier på fullaste allvar och agerar snabbt. Om arbetsgivaren inte snarast efter att han eller hon erhållit kännedom om de uppgivna trakasserier vidtar åtgärder i syfte att utreda frågan bör

underlåtenhet och skadeståndsskyldighet i princip kunna föreligga. Arbetsgivarens eventuella förklaring måste naturligtvis beaktas.

En arbetsgivare, som genom utredning i någon mån förvissat sig om sanningshalten av de uppgivna trakasserier, är skyldig att vidta åtgärder för att förhindra fortsatta trakasserier. Vilka åtgärder som är erforderliga får bestämmas från fall till fall. Även fråga om vad som är skäligt att kräva av den ifrågavarande arbetsgivaren får bestämmas i varje enskilt fall. Även för denna fråga lär arbetsgivarens förklaringar få stor betydelse för om han eller hon fullgjort sina åligganden.

16 § Om det är skäligt, kan skadestånd enligt 14 eller 15 § sättas ned eller helt falla bort.

Bestämmelsen motsvarar helt bestämmelserna i 28 § jämställdhetslagen och 15 § lagen mot etnisk diskriminering och innebär att det finns möjlighet att jämka skadestånd till arbetssökande och arbetstagare på samma sätt som enligt annan arbetsrättslig lagstiftning. Med stöd av bestämmelsen kan skadeståndet anpassas till omständigheterna i det enskilda fallet. Så kan t.ex. vara fallet om arbetsgivaren vidtar rättelse av ett diskriminerande handlande, antingen spontant eller efter påpekande.

Rättegången i diskrimineringstvister

Tillämpliga regler

17 § Mål enligt denna lag skall handläggas enligt lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister.

Därvid anses som arbetstagare också arbetssökande och som arbetsgivare också den som någon har sökt arbete hos.

Andra stycket gäller också vid tillämpningen i en tvist enligt denna lag av reglerna om tvisteförhandlingar i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

Bestämmelsen är utformad på samma sätt som 45 § jämställdhetslagen och 16 § lagen mot etnisk diskriminering och innebär att diskrimineringstvister enligt lagen skall handläggas som arbetstvister i den mening som åsyftas i arbetstvistlagen.

Genom en uttrycklig regel i *andra stycket* jämföras i detta sammanhang arbetssökande med arbetstagare och den hos vilken någon söker arbete med arbetsgivare.

I *tredje stycket* säkerställs att rättegångar om diskriminering av arbetssökande blir förberedda på samma sätt som övriga arbetstvister genom att föregås av fackliga tvisteförhandlingar, där sådana kan komma i fråga enligt en avtalad förhandlingsordning eller enligt bestämmelser i MBL om tvisteförhandlingar.

Rätt att föra talan

18 § I en tvist enligt 17 § får Handikappombudsmannen föra talan för en enskild arbetstagare eller arbetssökande, om den enskilde medger det och om ombudsmannen finner att en dom är betydelsefull för rättstillämpningen eller det annars finns särskilda skäl för det. Om ombudsmannen finner det lämpligt får ombudsmannen i samma rättegång föra också annan talan som ombud för den enskilde.

Ombudsmannens beslut i frågor enligt första stycket får inte överklagas.

Ombudsmannens talan enligt första stycket förs vid Arbetsdomstolen.

Bestämmelsen är utformad i enlighet med 46 § jämställdhetslagen och 17 § lagen mot etnisk diskriminering, varigenom JämO ges rätt att föra talan i mål om könsdiskriminering och DO ges rätt att föra talan i mål om etnisk diskriminering.

Första stycket anger att Handikappombudsmannen har rätt att föra talan för en enskild arbetssökande eller arbetstagare i de fall där ombudsmannen finner att en dom i tvisten är betydelsefull för rättstillämpningen eller om det annars finns särskilda skäl för det. Bortsett från prejudikatintressen har Handikappombudsmannen alltså rätt att också föra talan i de fall där det finns ett särskilt starkt intresse av att ta till vara en enskild persons rätt, främst i sådana fall där individen befinner sig i ett utsatt läge. Det får bli Handikappombudsmannens sak att bedöma om ombudsmannens biträde och engagemang är behövligt och lämpligt. Ombudsmannen bestämmer självständigt om biträde skall lämnas en enskild men den enskildes samtycke är *en* förutsättning för att biträde skall kunna lämnas. Handikappombudsmannen blir - om biträde lämnas - part i rättegången på samma sätt som när en facklig organisation för talan med stöd av 4 kap. 5 § arbetstvistlagen.

Första stycket andra meningen innebär att Handikappombudsmannen är behörig att föra talan också på annan grund och att framställa också annat yrkande än vad ombudsmannen kan göra enligt bestämmelserna i denna lag, under förutsättning att en sådan talan enligt ombudsmannens uppfattning bör föras i samma rättegång.

I *andra stycket* slås fast att Handikappombudsmannens beslut i frågor enligt första stycket inte går att överklaga.

Tredje stycket anger att en rättegång om diskriminering på grund av funktionshinder alltid skall tas upp direkt i AD när Handikappombudsmannen för talan.

19 § När en arbetstagarorganisation har rätt att föra talan för den enskilde enligt 4 kap. 5 § lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister, får Handikappombudsmannen föra tala bara om organisationen inte gör det.

Vad som i den lagen föreskrivs om den enskildes ställning i rättegången skall tillämpas också när ombudsmannen för talan.

Bestämmelsen motsvarar 46 § jämställdhetslagen och 18 § lagen mot etnisk diskriminering och innebär att Handikappombudsmannens rätt att föra talan är subsidiär till arbetstagarorganisationens rätt att föra talan för en enskild.

Andra stycket innebär att den enskilde behandlas som part i rättegången när det gäller jävsförhållanden, personlig inställelse, hörande under sanningsförsäkran och andra frågor som rör bevisningen, trots att det är Handikappombudsmannen som har egentlig partsställning.

20 § Talan om skadestånd enligt 12 § med anledning av ett beslut om anställning som meddelats av en arbetsgivare med offentlig ställning får inte prövas innan beslutet om anställningen har vunnit laga kraft.

Bestämmelsen motsvarar 52 § andra stycket jämställdhetslagen och 23 § andra stycket lagen mot etnisk diskriminering och innebär att en arbetssökande har möjlighet att överklaga arbetsgivarens beslut till sista instans och därefter föra skadeståndstalan. Å andra sidan gäller alltså, så länge arbetsgivarens beslut i anställningsfrågan inte vunnit laga kraft får en skadeståndstalan inte föras med stöd av lagen.

Preskription m.m.

21 § Om någon för talan med anledning av uppsägning eller avskedande skall 34 § andra och tredje stycket, 35 § andra och tredje stycket, 37 §, 38 § andra stycket andra meningen, 39–42 §§ samt 43 § första stycket andra meningen och andra stycket lagen (1982:80) om anställningsskydd tillämpas.

Bestämmelsen motsvarar 24 § lagen mot etnisk diskriminering och i huvudsak 53 § jämställdhetslagen.

Hänvisningen till anställningsskyddslagen innebär – i uppsägningsfallet – att anställningen inte upphör förrän tvisten slutligt har avgjorts, att arbetstagaren har rätt till bibehållna anställningsförmåner under tiden och förbud mot avstängning (34 § andra stycket) samt till möjligheten för domstolen att fatta interimistiskt beslut (34 § tredje stycket). Såvitt gäller avskedandefallet innebär hänvisningen att domstol kan meddela interimistiskt beslut om att anställningen, trots avskedandet, skall bestå (35 § andra stycket) och förbud mot avstängning och rätt till bibehållna anställningsförmåner så länge anställningen består (35 § tredje stycket).

I likhet med lagen mot etnisk diskriminering och jämställdhetslagen innehåller bestämmelsen en hänvisning till 37 § anställningsskyddslagen och innebär ett förbud mot att avstänga en arbetstagare från arbete på grund av de omständigheter som föranlett uppsägningen eller avskedandet sedan domstol genom lagakraftvunnen dom ogiltigförklarat uppsägningen eller avskedandet.

Såvitt gäller skadestånd innebär hänvisningen att ersättning för förlust som avser tid efter anställningens upphörtande under alla förhållanden får bestämmas högst till det belopp som kan utgå när en arbetsgivare vägrar att rätta sig efter en ogiltigförklaring av en uppsägning eller ett avskedande (38 § andra stycket andra meningen) och till den särskilda regeln om sådant skadestånd (39 §).

Hänvisningarna till 39–42 §§ gäller anställningsskyddslagens preskriptionsregler, se avsnitt 9.13.2. Bestämmelsen i 43 § första stycket andra meningen anställningsskyddslagen innebär att mål rörande uppsägning eller avskedande skall handläggas skyndsamt. Hänvisningen till andra stycket i 43 § lämnar anvisningar om hur yrkanden om interimistiska beslut skall handläggas.

22 § I fråga om någon annan talan än som avses i 21 § skall 64–66 och 68 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet tillämpas med den skillnaden att den tidsfrist som anges i 66 § första stycket första meningen skall vara två månader.

Bestämmelsen motsvarar 54 § första stycket jämställdhetslagen och 25 § första stycket lagen mot etnisk diskriminering samt innehåller en hänvisning till MBL:s preskriptionsregler när talan inte förs med anledning av en uppsägning eller ett avskedande. För beräkning av tidsfristerna, se den hänvisning som gjorts i den allmänna motiveringen, avsnitt 9.13.2.

23 § I fråga om en skadeståndstalan med anledning av ett beslut om anställning som har meddelats av en arbetsgivare med offentlig ställning, räknas tidsfristerna enligt 22 § från den dag då beslutet i fråga om anställningen vann laga kraft.

Bestämmelsen motsvarar 55 § jämställdhetslagen och 26 § lagen mot etnisk diskriminering och innebär att när skadeståndstalan enligt 13 § förs mot ett beslut om anställning som meddelats av arbetsgivare med offentlig ställning skall tidsfristen enligt 22 § räknas från den dag då anställningsbeslutet vann laga kraft.

24 § Talan som förs av Handikappombudsmannen behandlas som om talan hade förts på egna vägnar av arbetstagaren eller den arbetsökande.

Bestämmelsen motsvarar 56 § jämställdhetslagen och 27 § lagen mot etnisk diskriminering och innebär att Handikappombudsmannen, som enligt 19 § har att avvakta arbetstagarorganisationens besked om organisationen vill föra talan, har samma förlängda frister för att väcka talan som en enskild arbetsökande eller arbetstagare.

11.2 Förslag till lag om Handikappombudsmannen

Förslaget innebär i huvudsak att den nuvarande lagen har tillförts regler om uppgifts- och överläggningskyldighet för arbetsgivare gentemot ombudsmannen med möjlighet för ombudsmannen att förelägga vite om inte uppgiftsskyldigheten följs. Därutöver finns en hänvisning till 18 § lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder som ger Handikappombudsmannen rätt att föra talan i mål enligt den lagen. I övrigt motsvarar lagen vad som gäller enligt den nuvarande lagen.

Handikappombudsmannens uppgifter

1 § Handikappombudsmannen har till uppgift att bevaka frågor som angår funktionshindrade personers rättigheter och intressen. Målet för verksamheten skall vara full delaktighet i samhällslivet och jämlikhet i levnadsvillkor för personer med funktionshinder.

Handikappombudsmannens verksamhet skall i första hand avse uppföljning och utvärdering i frågor som anges i första stycket.

Handikappombudsmannen äger rätt att för en enskild arbetsökande eller arbetstagare föra talan i tvister angående tillämpningen av lagen (1998:000) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder enligt vad som närmare anges i 18 § i den lagen.

Första och andra stycket motsvarar 1 § i den nuvarande lagen.

Ändringen innebär att det i tredje stycket hänvisas den föreslagna 18 § lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och Handikappombudsmannens rätt att föra talan enligt den lagen.

Någon faktisk ändring av Handikappombudsmannens verksamhet avses inte ske genom införandet av den nya lagen mot diskriminering annat än att ombudsmannen får möjlighet att föra talan i diskrimineringstvister. Därutöver skall Handikappombudsmannen fortsätta att verka som förut.

2 § Handikappombudsmannen skall verka för att brister i lagar och andra författningar i fråga om personer med funktionshinder avhjälpas.

2 § överensstämmer med 2 § enligt den nuvarande lagen.

3 § Handikappombudsmannen skall när det behövs ta initiativ till överläggningar med myndigheter, företag, organisationer och andra i syfte att motverka att personer missgynnas eller på annat sätt utsätts för orättvis eller kränkande behandling på grund av funktionshinder.

Handikappombudsmannen skall även genom informationsverksamhet och på annat liknande sätt verka för att ingen missgynnas eller på annat sätt utsätts för orättvis eller kränkande behandling på grund av funktionshinder.

3 § överensstämmer med 3 § enligt den nuvarande lagen.

Förfarandet hos Handikappombudsmannen

4 § En arbetsgivare är skyldig att på Handikappombudsmannens uppmaning komma till sådana överläggningar och lämna sådana uppgifter som berör arbetsgivarens förhållande till arbetsökande och arbetstagare och som behövs för ombudsmannens verksamhet på arbetslivets område. En arbetsgivare är vidare skyldig att lämna uppgifter, när ombudsmannen biträder en

begäran av en enskild arbetssökande eller arbetstagare enligt 7 § lagen (1998:000) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.

Bestämmelsen har behandlats i avsnitt 9.12.1.

En arbetsgivare är skyldig att komma till överläggningar som ombudsmannen kallar till och lämna uppgifter som berör arbetsgivarens förhållande till arbetssökande och arbetstagare. Arbetsgivaren är vidare skyldig att lämna uppgifter som behövs för ombudsmannens verksamhet på arbetslivets område som helhet. Ombudsmannen har således möjlighet att inhämta uppgifter om en arbetsgivares anställningspolitik eller om individuella ärenden som rör en funktionshindrad arbetssökande eller arbetstagare.

Handikappombudsmannen har vidare möjlighet att bistå en enskild arbetssökande eller arbetstagare med funktionshinder med att få ut skriftliga uppgifter från en arbetsgivare i enlighet med vad som närmare anges i 7 § lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder genom att uppmana arbetsgivaren att fullgöra sin skyldighet.

5 § Om arbetsgivaren inte rättar sig efter en uppmaning att lämna ut uppgifter enligt 4 §, får Handikappombudsmannen vid vite förelägga arbetsgivaren att fullgöra sin skyldighet.

Ombudsmannens beslut att förelägga vite får överklagas hos Nämnden mot etnisk diskriminering.

Talan om utdömande av vite förs vid tingsrätt av ombudsmannen.

Bestämmelsen behandlas i avsnitt 9.12.1 och 9.12.2.

Enligt *första stycket* skall Handikappombudsmannen kunna förelägga en arbetsgivare som inte lämnar ut upplysningar enligt 4 § att fullgöra sin skyldighet. Bestämmelsen motsvarar delvis 7 § lagen mot etnisk diskriminering, egentligen endast med den skillnaden att DO dessutom kan förelägga en arbetsgivare vid vite att komma till överläggningar (se prop. 1985/86:98 s. 84 och där gjord hänvisning).

Andra stycket anger att ombudsmannens föreläggande kan överklagas till Nämnden mot etnisk diskriminering. Bestämmelsen har behandlats i avsnitt 9.12.2. Vad gäller nämndens prövning skall motsvarande gälla som för de förelägganden nämnden har att pröva med stöd av 7 § lagen mot etnisk diskriminering och som har utfärdats av DO på motsvarande grund (se prop. 1985/86:98 s. 84).

I *tredje stycket* stadgas att talan om utdömande av vite kan föras av Handikappombudsmannen i tingsrätten. Bestämmelsen motsvarar vad som härom anges i 7 § lagen om etnisk diskriminering (se prop. 1985/86:98 s. 84 och där gjord hänvisning).

6 § Myndigheter, landsting och kommuner som har skyldighet att fullgöra uppgifter som rör personer med funktionshinder, skall på Handikappombudsmannens uppmaning lämna uppgifter till ombudsmannen om sin verksamhet. De är också skyldiga att på ombudsmannens uppmaning komma till överläggningar med denne.

Vad som sägs i *första stycket* gäller också den som enligt 11 kap. 6 § tredje stycket regeringsformen anförtrotts förvaltningsuppgift som rör personer med funktionshinder eller som fått bidrag av staten, ett landsting eller en kommun med skyldighet att främja funktionshindrades intressen.

Bestämmelsen motsvarar vad som tidigare stadgades i 4 §. Någon ändring i sak föreslås inte.

Råd

7 § Regeringen utser ett särskilt råd som skall biträda Handikappombudsmannen. Ombudsmannen är rådets ordförande och leder dess verksamhet.

Bestämmelsen motsvarar vad som tidigare stadgades i 5 §. Någon ändring i sak föreslås inte.

11.3 Förslag till lag om ändring i lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister

Nuvarande lydelse

1 kap.

3 §

Tvist som skall handläggas enligt denna lag får i stället genom avtal hänskjutas till avgörande av skiljemän. Detta gäller dock ej fall som avses i 31 § första eller tredje stycket lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet. Ej heller får i tvist rörande föreningsrätt eller könsdiskriminering eller om otillbörlig särbehandling av arbetssökande eller arbetstagare enligt lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering göras gällande avtal, som före tvistens uppkomst träffats om att tvisten skall avgöras av skiljemän utan förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen

Föreslagen lydelse

Tvist som skall handläggas enligt denna lag får i stället genom avtal hänskjutas till avgörande av skiljemän. Detta gäller dock ej fall som avses i 31 § första eller tredje stycket lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet. Ej heller får i tvist om föreningsrätt eller könsdiskriminering eller otillbörlig särbehandling av arbetssökande eller arbetstagare enligt lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering eller diskriminering enligt lagen (1998:000) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder göras gällande avtal, som före tvistens uppkomst träffats om att tvisten skall avgöras av skiljemän utan förbehåll om rätt för parterna att klandra skiljedomen

Ändringen innebär, förutom en mindre språklig förändring, endast att hänsyn tagits till den nya lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.

11.4 Förslag till lag om ändring i sekretesslagen (1980:100)

Nuvarande lydelse

9 kap 20 §

Sekretess gäller hos domstol i mål om tillämpningen av lagen (1982:80) om anställningsskydd, lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, 31–33 §§ lagen (1994:260) om offentlig anställning, 4–11 §§ lagen (1994:261) om fullmaktsanställning, 15–20 och 22–28 §§ jämställdhetslagen (1991:433) och 8, 9 och 11–15 §§ lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering samt i mål om kollektivavtal för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde eller någon honom närstående lider avsevärd skada eller betydande men om uppgiften röjs.

I fråga om uppgift i allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

Föreslagen lydelse

Sekretess gäller hos domstol i mål om tillämpningen av lagen (1982:80) om anställningsskydd, lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, 31–33 §§ lagen (1994:260) om offentlig anställning, 4–11 §§ lagen (1994:261) om fullmaktsanställning, 15–20 och 22–28 §§ jämställdhetslagen (1991:433) och 8, 9 och 11–15 §§ lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering *och i mål om tillämpningen av lagen (1998:000) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder* samt i mål om kollektivavtal för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde eller någon honom närstående lider avsevärd skada eller betydande men om uppgiften röjs.

Hänvisningen i sekretesslagen till lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder innebär att samma möjligheter till förhandling inom stängda dörrar och annan sekretess för uppgifter om enskilda personliga och ekonomiska förhållanden som i andra arbetsrättsliga rättegångar ges i tvister enligt den nya lagen.

21 §

Sekretess gäller i ärende hos Jämställdhetsombudsmannen eller Jämställdhetsnämnden enligt jämställdhetslagen (1991:433) för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

Sekretess gäller hos ombudsmannen och Nämnden mot etnisk diskriminering i ärende enligt lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

Sekretess gäller i *verksamhet* enligt lagen (1994:749) om Handikappombudsmannen för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde eller någon honom närstående lider skada eller men om uppgiften röjs.

Sekretess gäller i *ärenden* enligt lagen (1998:000) om Handikappombudsmannen för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde eller någon honom närstående lider skada eller men om uppgiften röjs.

Sekretess gäller hos Konsumentombudsmannen i ärende enligt lagen (1997:379) om försöksverksamhet avseende medverkan av Konsumentombudsmannen i vissa tvister för uppgift om enskilda personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

I fråga om uppgift i allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

Ändringen innebär endast att en språklig anpassning har gjorts till att sekretess hos andra ombudsmän gäller de *ärenden* som handläggs av myndigheten och inte verksamheten samt till den nya beteckningen på lagen om Handikappombudsmannen .