

Rättsutlåtande till Malmö mot diskriminering

Inledning

Detta rättsutlåtande har skrivits på begäran av Malmö mot diskriminering. Organisationen har drivit ett antal mål i allmänna domstolar och upplevt att det råder oklarheter när det gäller tillämpningen av förbudet mot indirekt diskriminering. Detta gäller särskilt hanteringen av bevisbördan och prövningen av svarandens bevisning samt domstolarnas proportionalitetsprövning.

I fokus i denna rättsutredning står således frågan om bestämmelsen, kriteriet eller förfarings sättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet, det så kallade motbevisningsledet.

Bakgrunden till att det är angeläget att Högsta domstolen ger vägledning är den rättsutveckling som pågår i svenska domstolar där talan i hög grad väcks utifrån förbudet mot indirekt diskriminering.

Förbudet mot indirekt diskriminering

Inledning

Förbudet mot indirekt diskriminering är direkt kopplat till vad som kallas strukturell diskriminering. Rådande normer i samhället ger i praktiken sämre utfall för en viss grupp. Dessa normer kan genom förbudet mot indirekt diskriminering prövas inom ramen för domstolarnas befogenheter. Anna Christensen uttryckte: "Förbudet mot indirekt diskriminering innefattar en enorm potential. Så snart man kan konstatera att en viss norm ger sämre utfall för den grupp som skyddas av ett diskrimineringsförbud kan domstolen pröva innehållet i den tillämpade normen och det är resursfördelaren som har bevisbördan för att det finns tillräckligt starka skäl för att upprätthålla normen trots att den ger ett oförmånligt resultat för den skyddade gruppen".¹

Under senare år är det påtagligt att mål gällande indirekt diskriminering blivit allt vanligare i svenska domstolar, såväl i allmänna domstolar som i Arbetsdomstolen. Talan som avser direkt diskriminering synes vara ett undantag. Förbudet mot direkt diskriminering är till sin utformning en pliktnorm och bestämmelserna om bevisbördan finns i 6 kap. 3 § diskrimineringslagen. Förbudet mot indirekt diskriminering och diskrimineringsförbudet bristande tillgänglighet är uppbyggda utifrån att olika intressen ska vägas mot varandra. I förbudet mot indirekt

¹ Christensen (2000) s. 47 "Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser" i Numhauser-Henning (red) *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget.

diskriminering regleras vem som ska bevisa vad och att en proportionalitetsprövning ska göras. I bestämmelserna om bristande tillgänglighet finns rekvisitet skäligt, men ingen proportionalitetsprincip. Min uppfattning är att domstolarna, med hjälp av bevisbörderegeln i 6 kap. 3 §, klarar av att pröva mål där talan förs om direkt diskriminering. I dessa mål är det dessutom vanligt förekommande att talan medges och att tvisten enbart handlar om nivån på diskrimineringsersättningen.

Förbudet mot indirekt diskriminering synes svårare att hantera. Det är tydligt att rekvisiten i regeln gett upphov till många frågor i EU-domstolen. Det gäller såväl kärandens bevisning "särskilt missgynnad" (t.ex. mål C-83/14 CHEZ) som svarandens bevisning "berättigat syfte" (t.ex. mål C-668/15 Jyske Finans). Själva proportionalitetsprövningen överlämnas som regel helt åt den nationella domstolen, men det förekommer att EU-domstolen uttalar sig om rekvisiten "lämpligt" och "nödvändigt" (se t.ex. mål C-416/13 Pérez). Av EU-domstolens praxis framgår tydligt vem som har att bevisa vad och att den domstol som har att pröva sakfrågan ska göra en proportionalitetsprövning.

Regelns uppbyggnad

Begreppet indirekt diskriminering består av tre rekvisit: *särskilt missgynnande*, *jämförelse* och *intresseavvägning* (1 kap. 4 § 2 p.). I de två första rekvisiten, missgynnande och jämförelsen, finns kravet på att det ska finnas ett orsakssamband med diskrimineringsgrunden. Det ska handla om ett särskilt missgynnande som har samband med en diskrimineringsgrund. Det tredje rekvisitet, intresseavvägningen, består av rättsfakta som också är motbevisningsledet. Detta innebär, till skillnad från förbudet mot direkt diskriminering, att regeln är fullständig till sin utformning när det gäller vad som ska bevisas. När det gäller bevisningen i övrigt regleras detta i 6 kap. 3 §. Om kärande fullgjort sin bevisning föreligger en presumtion om indirekt diskriminering. Svarande har att styrka att det finns ett berättigat syfte och att tillämpningen av bestämmelser, kriterier eller förfaringsättet är såväl lämpliga som nödvändiga för att uppnå syftet.

Regeln om förbud mot indirekt diskriminering skiljer sig i sin utformning på flera sätt från regeln om förbud mot direkt diskriminering. Det finns inget rakt orsakssamband mellan handlingen som leder till missgynnandet och själva diskrimineringsgrunden, när det gäller indirekt diskriminering. Det handlar i stället om missgynnande effekter som uppstår när kriterier eller bestämmelser tillämpas. Kriterierna, bestämmelserna eller förfaringsättet framstår som neutrala i förhållande till de olika diskrimineringsgrunderna.

Bestämmelser, kriterier eller förfaringssätt

Indirekt diskriminerande *bestämmelser* kan handla om interna ordningsregler i en arbetsgivares eller utbildningsanordnares verksamhet. Det kan också handla om så kallade neutralitetsklausuler och regler som t.ex. påbjuder handskakning på arbetsplatsen (se AD 2018 nr 51 och målen C-157/15 och C-188/15). Bestämmelserna kan bestämmas ensidigt eller vara reglerade i ett kollektivavtal. Bestämmelser kan också avse en näringsidkares prissättning eller en kommunal anläggnings avgifter. Normer utarbetade av myndigheter som Skolverket eller Arbetsmiljöverket är också bestämmelser. I författningskommentaren intas hållningen att tillämpningen av nationellt bestämda regler som är avsedda att tillgodose viktiga samhälleliga syften inom ramen för social- eller sysselsättningspolitik, bör godtas (prop. 2007/08:95 s. 491).

Kriterier kan avse krav som ställs för anställning t.ex. viss längd eller språkkunskaper på viss nivå (se AD 2005 nr 87 och AD 2020 nr 13). Kriterier kan också gälla antagningskrav till utbildning som indirekt diskriminerar t.ex. personer i viss ålder eller med viss etnisk tillhörighet. *Förfaringssätt* handlar om det en gör och som verkar neutralt, men ger en diskriminerande effekt. Ett exempel kan tas från ett mål prövat i Malmö tingsrätt. Det handlade här om en banks förfaringssätt när kunders röstläge låg till grund för bedömning av identitet i samband med användning av tjänsten telefonbank (Mål nr FT 601-20).²

Det är tillämpningen av bestämmelserna, kriterierna eller förfaringssättet som kan ge diskriminerande effekter.

Ett särskilt missgynnande

Ett missgynnande består i att någon faktiskt lider skada, utsätts för obehag eller får vidkännas någon annan nackdel. I lagtexten används uttrycket kan komma att särskilt missgynnas. Avsikten med detta är inte att det ska ställas krav på att missgynnandet ska vara grövre än vid direkt diskriminering, utan ordet särskilt hör till rekvisitet jämförbar situation och diskrimineringsgrunden – särskilt missgynnad i jämförelse med någon annan. Det är diskrimineringsgrunden, t.ex. kön, som leder till att personen typiskt sett missgynnas (se prop. 2007/08:95 s. 490). I AD 2005 nr 87 fick den för korta kvinnan inget arbete vid Volvo p.g.a. tillämpningen av en bestämmelse om viss längd. Hon var särskilt missgynnad p.g.a. sitt kön. I målet AD 2018 nr 51 ansågs en muslimsk kvinna särskilt missgynnad av tillämpningen av ett företags policy om handhälsning, i samband med ett anställningsförfarande. EU-domstolen

² Exemplet är hämtat från det av Malmö mot diskriminering överklagade målet.

har i mål som C-83/14 CHEZ fått frågor om begreppet särskilt missgynnas i relation till skrivningar i bulgarisk lagstiftning. Direktiv 2000/43 utgör ett hinder för nationella bestämmelser som innebär att det särskilda missgynnandet ska inkräkta på rättigheter eller berättigade intressen för att diskriminering ska kunna slås fast (p. 69).

Jämförelsen

För att bedöma om en missgynnande effekt uppstått vid tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller genom ett särskilt förfaringsätt ska en jämförelse göras. Det måste således finnas såväl personer som är gynnade som missgynnade. En faktisk jämförelse ska göras mellan den grupp som personen tillhör och någon annan grupp. Kravet på jämförelse är absolut till skillnad från förbudet mot direkt diskriminering. Avsikten med jämförelsen är att kunna bedöma om personen särskilt missgynnats. Bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet ska typiskt sett missgynna personen som tillhör en viss grupp. "Jämförelsen ska ta sikte på den andel av de som kan, eller inte kan, uppfylla kravet i de grupper som jämförs" (prop. 2007/08:95 s. 490). Skillnaden måste vara betydande när det gäller att bedöma missgynnandet respektive gynnandet (mål C-161/18 Villar Láiz). Om statistik används som bevisning är det den nationella domstolen som har att bedöma dess signifikans. Kravet får inte ställas för högt så att det blir omöjligt för käranden att lägga fram bevisning som innebär att en presumtion om diskriminering inträder (se mål C-274/18 Mino Schuch-Ghannadan).

En intresseavvägningsregel

Förbudet mot indirekt diskriminering är en intresseavvägningsregel. Regeln består av två led. Första ledet består av rättsfakta och det käranden ska bevisa, dvs. det särskilda missgynnandet genom den faktiska jämförelsen. Därefter kommer det andra ledet bestående av motbevisfakta som handlar om vad svaranden kan ha för sakliga skäl för sitt handlande. Vad är då ett berättigat syfte och utifrån vilka måttstockar ska det prövas? I regeringens proposition angavs att det ska vara ett viktigt syfte och att det måste vara objektivt sett godtagbart. "Detta syfte ska vara värt att skydda i sig och vara tillräckligt viktigt för att motivera att det ges företräde framför principen om icke-diskriminering" (prop. 2007/08:95 s. 491). Detta är ett uttryck för objektivitetsprincipen. Svaranden har här bevisbördan.

Förbudet mot indirekt diskriminering är en intresseavvägningsregel uppbyggd kring ett proportionalitetstest, den s.k. proportionalitetsprincipen. Proportionalitetstestet skapar ett utrymme för domstolen att göra en avvägning mellan de negativa effekter som den neutrala bestämmelsens, kriteriets eller förfaringsättets tillämpning

innebär för en person som skyddas av diskrimineringslagstiftningen och behovet av att särskilt missgynna hos den som kan ställas till ansvar för brott mot lagstiftningen. Olika intressen ska vägas mot varandra, frågan om tillämpningen av bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet är lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet har svaranden åberopsbördan för. Domstolen ska således först pröva denna bevisning, och förhålla sig till karendens eventuella invändningar, därefter ta ställning till om kraven på bevisning är uppfyllda. Om detta är uppfyllt återstår intresseavvägningen.

Intresseavvägningen görs dels när det berättigade i syftet prövas, dels när frågorna ställs om åtgärdernas lämplighet och nödvändighet för att uppnå syftet. Detta innebär, till skillnad från förbudet mot direkt diskriminering, att även om parterna är överens om att det finns ett sakligt och objektivet syfte, kan proportionalitetsprövningen leda till att individen bedöms vara indirekt diskriminerad. Domstolarna måste således ställa krav på svaranden, inte bara när det gäller att styrka att syftet är berättigat, utan också när det gäller bevisning avseende att åtgärderna är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Om svaranden inte lägger fram bevisning som visar detta har presumtionen om indirekt diskriminering inte brutits. Om svaranden lägger fram bevisning ska domstolen pröva den och därtill ställa frågan om syftet hade kunnat uppnås genom att mindre ingripande åtgärder vidtagits.

Det är en civilrättslig process, men det handlar samtidigt om mänskliga rättigheter där förbudet mot indirekt diskriminering uppkommit på grund av de diskriminerande strukturer som finns i samhället. Genom att domstolen gör en proportionalitetsprövning, kan människor som ges skydd genom diskrimineringsförbuden få en prövning i domstol, där dessa strukturer kan undanröjas om de inte är lämpliga eller nödvändiga för att uppnå syftet.

EU-domstolen och proportionalitetsprincipen

Denna EU-rättsliga princip, först utvecklad av EU-domstolen därefter stadfäst i det s.k. bevisbördedirektivet (97/80/EG) nu i det s.k. recastdirektivet (2006/54/EG) och i övriga diskrimineringsdirektiv, består av en prövning av tre förutsättningar: om det finns ett berättigat syfte med bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet och om det är såväl lämpligt som nödvändigt att tillämpa bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet i den aktuella situationen. EU-rätten innebär att nationella domstolar har att följa tre principer när mål avseende indirekt diskriminering handläggs. Effektivitetsprincipen, objektivitetsprincipen och proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen används också vid prövning av tillämpning av

undantagsregler från likabehandlingsprincipen. Denna typ av bestämmelser finns i diskrimineringslagens andra kapitel.

För att bryta presumtionen om indirekt diskriminering måste svarande lägga fram bevisning som är saklig – objektiv – och som visar att syftet är berättigat. Proportionalitetsprincipen blir här en metod som används för att avgöra om skälen är sakliga. Domstolarnas proportionalitetsprövning går i detta fall in på områden som har att göra med t.ex. en arbetsgivares, näringsidkares, myndighets eller utbildningsanordnares verksamhetsbehov. Prövningen kan komma in på områden som utbildningspolitik, arbetsmarknadspolitik och hälso- och sjukvårdspolitik (se t.ex. mål 170/84 Bilka-Kaufhaus och mål C-144/04 Mangold). EU-domstolen har i hög grad godtagit nationella bestämmelser då domstolen svarat på frågor angående det berättigade i syftet (se t.ex. mål C-411/05 Palacios de la Villa, C-83/14 CHEZ och C-668/15 Jyske Finans). När det gäller bestämmelsernas lämplighet och nödvändighet har uttalandena dock varierat (se mål C-416/13 Pérez och mål C-286/12 Kommissionen mot Ungern).

Tillämpningen av bestämmelsen, kriteriet eller själva förfarings sättet måste dessutom vara både lämpligt och nödvändigt för att uppnå själva syftet. Svaranden har här bevisbördan och redan av målet Enderby C-127/92 framgår att höga krav ska ställas på denna bevisning. Regeln skapar således ett utrymme för att göra avvägningar för att, trots att syftet anses legitimt, pröva om tillämpningen, i den aktuella situationen, är lämplig och nödvändig för att uppnå syftet. För att skydda principen om icke-diskriminering kan krav ställas på att i första hand mindre missgynnande åtgärder vidtas för att uppnå syftet (se mål C-83/14 CHEZ p. 128). Det kan diskuteras om proportionalitetsprincipen är en bevisregel. Principen i sig och tillämpningen av den har en materiell karaktär.

Syftet med den så kallade effektivitetsprincipen är att de nationella domstolarna ska tillämpa EU-rätten som har direkt effekt, i mening att syftet med densamma uppnås. De nationella domstolarna får inte utveckla egna bevisregler som medför att skyddet mot diskriminering urholkas. De rättsmedel som är tillgängliga i den nationella lagstiftningen ska vara tillräckligt effektiva och om de inte är det krävs av medlemsstaterna att lagstiftningen ändras. Effektivitetsprincipen har under senare år i första hand diskuterats i anslutning till påföljderna (se ex. mål C-81/12 Asocitia Accept).

Tillämpningen av förbudet mot indirekt diskriminering – vad är problemet?

Det allmänna domstolssystemet består dels av flera domstolar, dels tre nivåer med ett hierarkiskt förfarande där prövningstillstånd krävs till såväl hovrätt som Högsta domstolen. Målen om indirekt diskriminering, ibland kombinerat med talan om bristande tillgänglighet, har ökat i första instans och i få av målen har prövningstillstånd getts, särskilt gällande Högsta domstolen. Tingsrätternas och hovrätternas behandling av motbevisningsledet i regeln om indirekt diskriminering brister, överlag, i konsekvens och stringens. Det görs, utifrån vad som framgår av domskälen, ingen prövning av det berättigade i syftet om detta framgår av en normativ källa. Domstolarna har i hög grad godtagit motbevisning i fråga om fakta rörande syftet med särbehandlingen. Särskilt i de fall syftet kan berättigas genom anvisningar eller föreskrifter från myndigheter som Skolverket och Arbetsmiljöverket. Jag menar att en prövning av de angivna skälen ska göras såvida parterna inte är överens om att syftet är berättigat och att syftet därmed inte är tvistigt.

Om syftet anses berättigat följer att domstolarna per automatik tycks komma fram till att de medel som används också är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Det förefaller som domstolarna stannar vid att om skälen är sakliga, syftet är berättigat, så behöver detta ej prövas. I stället för att pröva varje rekvisit för sig, och placera bevisbördan för detta på svaranden, bäddas rekvisiten samman och ett cirkulärt resonemang förs. Värdeomdömen förstärker dessutom detta (se t.ex. Svea hovrätt mål nr FT 8377-19 och FT 3697-19 samt underinstanserna).

Att detta har stor betydelse för om presumptionen om indirekt diskriminering är motbevisad, visas tydligt av Örebro tingsrätts prövning i jämförelse med Göta hovrätts prövning i ett mål gällande nationella prov och missgynnande av en elev med dyslexi. Till skillnad från hovrätten, menade tingsrätten att kommunen inte åberopat någon bevisning och ej heller motiverat varför barnet med dyslexi inte fick använda alla sina hjälpmedel vid det nationella provet. Kort uttryckt i meningen: "Att enbart hänvisa till Skolverkets anvisningar är inte tillräckligt". Presumptionen om indirekt diskriminering hade därmed inte brutits, dessutom fann tingsrätten att barnet utsatts för diskriminering i form av bristande tillgänglighet (mål nr FT 4411-18). Av Göta hovrätts domskäl framgår att domstolen anser att "kommunen har visat att de anpassningar som kommunen gjort har haft ett berättigat syfte och har varit lämpliga och nödvändiga". Hovrätten kommer således fram till att presumptionen om indirekt diskriminering brutits och även till att skäliga åtgärder vidtagits. De åtgärder som kommunen har vidtagit är "tillräckliga" och därmed var det inte heller diskriminering i form av bristande tillgänglighet (mål nr FT 3960-19).

Ett annat exempel på när domstolens förmåga att ställa krav på svarandens bevisning sviktar finns i Malmö tingsrätts domskäl rörande indirekt diskriminering i samband med röstigenkänning vid användandet av tjänsten telefonbank. Av domskälen kan inte utläsas att något krav ställs på att banken lägger fram bevisning avseende om förfaringssättet är lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet. I stället uttrycks att det är "uppenbart lämpligt" och de alternativa förfaringssätt som domstolen tar ställning till kommer från kärandeparten. Även här används ordet uppenbart avseende proportionaliteten (Mål FT 601-20). Detta mål är det av Malmö mot diskriminering överklagade målet.

Samtidigt finns det mål som visar att det är fullt möjligt att ställa krav på bevisningen och att göra en intresseavvägning också i allmän domstol. Svea hovrätt fann att en man, vars anvisning återkallats av arbetsförmedlingen, indirekt diskriminerats. Mannen hade av religiösa skäl låtit bli att medverka i en anställningsintervju på grund av att arbetet skulle innebära befattning med lotteriverksamhet. Svea hovrätt konstaterar i domen att syftet med jobb- och utvecklingsgarantin är berättigat. Därefter följer: "I den proportionalitetsbedömning som ska göras måste, enligt hovrättens mening, AF:s i och för sig berättigade syfte att A.A skulle erbjudits en anställning vägas mot dennes intresse av att följa sin och sitt samfunds religiösa övertygelse utan risk för negativa konsekvenser. I denna intresseavvägning har religiösa motiv särskild tyngd". Hovrätten delade tingsrättens bedömning, dvs. att Arbetsförmedlingen inte "motbevisat presumptionen om indirekt diskriminering" (Svea hovrätt mål nr T 777-16). Stockholms tingsrätt prövning av målet är än tydligare när det gäller vem som har bevisbördan för rekvisiten lämpligt och nödvändigt. Det finns ingen "utredning om de använda medlens lämplighet och nödvändighet" och därmed är presumptionen om indirekt diskriminering inte motbevisad (mål nr T 10264-14). Båda instanserna framhåller att ett mindre ingripande alternativ hade varit att Arbetsförmedlingen ansett de religiösa skälen som godtagbara.

Arbetsdomstolen är en specialdomstol som prövar tvister som rör arbetslivet och dess relationer. I denna domstol finns en lång tradition av att se tvister ur perspektivet att väga olika intressen mot varandra. Det finns därmed också en kunskap och en vana i att hantera frågor om bevisbörda och beviskrav i samband med intresseavvägningar. Arbetsdomstolen har i mål som *AD 2005 nr 87*, *AD 2017 nr 23*, *AD 2018 nr 42* och *AD 2018 nr 51* tydligt visat att arbetsgivaren har åberopsbördan för rekvisiten berättigat syfte och om tillämpningen av bestämmelserna, kriterierna eller förfaringssättet är lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet. Svaranden har bevisbördan för varje rekvisit i proportionalitetsprincipen. Kan svaranden, som i *AD 2005 nr 87*, inte bevisa att åtgärderna är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet, har presumptionen om

indirekt diskriminering inte motbevisats. Arbetsdomstolen har i mål som AD 2018 nr 42 vid en intresseavvägning, och genom prövning av bevisningen av rekvisiten lämpligt och nödvändigt, kommit fram till att en person med funktionsnedsättning indirekt diskriminerats. Arbetsdomstolen förefaller att kunna hantera frågan om kravet på bevisning och att en intresseavvägning ska göras, på ett enhetligt och mer rättssäkert sätt, jämfört med de allmänna domstolarna.

Sammanfattande kommentar

Vid genomgång av rättspraxis åren 2015-2021, i samband med skrivandet av tredje upplagan av Diskrimineringslagen en kommentar, har jag sett att mål som rör indirekt diskriminering har ökat. Detsamma gäller för mål som rör diskrimineringsformen bristande tillgänglighet. De allmänna domstolarna har uppenbarligen problem med att hantera motbevisningsledet i regeln om indirekt diskriminering. Och det görs på väldigt olika sätt. Sabina Hellborg skriver i sin avhandling: "Någon enhetlig bild av hur proportionalitetsprövningen vid indirekt diskriminering utförs, och huruvida det ska göras någon uttrycklig intresseavvägning, kan med andra ord inte utläsas ur rättstillämpningen".³ I detta kan jag bara instämma.

Någon proportionalitetsprövning kommer som huvudregel inte till stånd i allmänna domstolar. Det kan därmed ställas tvivel om den materiella rättssäkerheten, om rättegången är rättvis, om effektiviteten m.m. (mål C- 18/12 *Asociata Accept*). De allmänna domstolarna behöver, uppenbarligen, vägledning av Högsta domstolen när det gäller att tillämpa regeln om indirekt diskriminering, särskilt avseende motbevisningsledet. Målen *NJA 2014 I och II s. 499*, där HD gav vägledning avseende frågan om beräkningen av diskrimineringsersättning har i mycket hög grad gett prejudicerande effekter i de allmänna domstolarna. Högsta domstolen behöver ta samma ansvar när det gäller frågan om tillämpningen av förbudet mot indirekt diskriminering. Detta är av stor betydelse för rättstillämpningen.

Göteborg 2021-03-12

Susanne Fransson

Docent i rättsvetenskap vid Göteborgs universitet

³ Hellborg (2018) s. 331, *Diskrimineringsansvar. En civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering*, lustus förlag.

