

Ku2016/02814/DISK
Kulturdepartementet
103 33 Stockholm

Betänkandet Bättre skydd mot diskriminering (SOU 2016:87)

Arbetsdomstolen har granskat betänkandet utifrån domstolens verksamhetsområde och lämnar följande synpunkter.

Diskrimineringsombudsmannens talerätt

I betänkandet, avsnitt 9.2.4, föreslås att Diskrimineringsombudsmannens (DO) talerätt för enskild, som finns reglerad i 6 kap. 2 § diskrimineringslagen, ska ändras så att förutom att personen i fråga ska medge detta, ska som förutsättning även gälla att ombudsmannen bedömer att en dom i tvisten är betydelsefull för rättstillämpningen eller att det annars finns särskilda skäl för det.

Enligt 34 kap. 1 § rättegångsbalken ska fråga om hinder för målets upptagande prövas av rätten, så snart anledning förekommer därtill. I samma bestämmelse anges vidare att rättegångshinder ska beaktas självmant av rätten, om ej annat är stadgat. En typ av rättegångshinder är att den som väcker talan inte är taleberättigad. Enligt betänkandet ska det vara DO som själv bedömer i vilket fall ombudsmannen uppfyller kriterierna för talerätt, dvs. när det är fråga om ett mål med prejudikatintresse alternativt när det finns särskilda skäl för ombudsmannen att föra talan. Enligt Arbetsdomstolens mening rimmar den föreslagna ändringen i 6 kap. 2 § diskrimineringslagen illa med regleringen om att det är domstolen som prövar om talerätt finns. Arbetsdomstolen avstyrker därför den föreslagna ändringen i diskrimineringslagen.

Den föreslagna regeln, som synes rikta sig enbart till DO och inte till domstolen, kan i stället införas antingen i lagen (2008:568) om Diskrimineringsombudsmannen eller i myndighetens instruktion, förordningen (2008:1401) med instruktion för Diskrimineringsombudsmannen.

Postadress	Telefon	Expeditionstid
Box 2018	08-617 66 00	Måndag-fredag
103 11 STOCKHOLM	Telefax	09.00-12.00
Besöksadress	08-617 66 15	13.00-15.00
Stora Nygatan 2 A och B	kansliet@arbetsdomstolen.se	
	www.arbetsdomstolen.se	

Införande av en diskrimineringsnämnd, avsnitt 10 och 11

Arbetsdomstolen tar inte ställning till om det finns ett behov av att inrätta en diskrimineringsnämnd med kompetens att pröva tvister som inte är arbetstvister.

Arbetsdomstolen instämmer i bedömningen i avsnitt 11.1.2, på de angivna skälen, att en diskrimineringsnämnd inte bör ha kompetens att pröva arbetstvister där anmälaren är medlem i en arbetstagarorganisation och där arbetstagarorganisationen valt att företräda medlemmen.

Arbetsdomstolen ställer sig dock ytterst tveksam till förslaget att en diskrimineringsnämnd ska ha kompetens att pröva andra arbetstvister, nämligen tvister enligt diskrimineringslagen och föräldraledighetslagen (1995:584) där arbetstagaren inte är medlem i en arbetstagarorganisation eller där arbetstagarorganisationen inte för medlemmens talan. En anledning till detta är de korta tidsfrister som gäller för väckande av talan i dessa arbetstvister (se 6 kap. 4 § diskrimineringslagen och 23 § föräldraledighetslagen). En annan är att det kan uppkomma tvist om kollektivavtals innebörd och fråga om jämkning av kollektivavtal (se avsnitt 11.2.2). I arbetstvister om diskriminering åberopas regelmässigt muntlig bevisning. Då det föreslås att diskrimineringsnämnden ska avvisa ärenden som kräver muntlig bevisning (se avsnitt 11.3.1) synes få fall faktiskt kunna prövas av nämnden.

Bevisbörderegeln, avsnitt 15

I betänkandet föreslås att bevisbörderegeln i 6 kap 3 § diskrimineringslagen ska få en ändrad lydelse, men att innebörden ska vara densamma som i dag. Arbetsdomstolen vill med anledning av detta och vad som anförs i betänkandet i avsnitt 15 anföra följande.

Arbetsdomstolen har i AD 2014 nr 28 uttalat följande.

I 6 kap. 3 § diskrimineringslagen finns en särskild bevisbörderegeln som har sin bakgrund i EU-rätten, bl.a. artikel 10.1 i det s.k. arbetslivsdirektivet (2000/78/EG) och artikel 19.1 i det s.k. likabehandlingsdirektivet (2006/54/EG). Bestämmelsen syftar till att ge den som anser sig ha blivit diskriminerad en bevislättning och har sin främsta betydelse just för prövningen av om det finns ett orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden.

Av regeln framgår att om den som anser sig ha blivit diskriminerad visar omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad, så ska svaranden visa att diskriminering inte har förekommit. Bestämmelsen har uppfattats som en presumtionsregel. Detta innebär att om käranden visar att vissa omständigheter (de presumerande omständigheterna) föreligger, så presumeras en annan omständighet

föreligga, nämligen den omständighet som ska bevisas i tvisten (rättsfaktum), se NJA 2006 s. 170 och prop. 2007/08:95 s. 444 f. och 561 f. I rättspraxis har, beroende på de närmare omständigheterna i målet, t.ex. det förhållandet att käranden kunnat bevisa att det förelåg ett nära tidssamband mellan missgynnandet och arbetsgivarens kännedom om diskrimineringsgrunden, ansetts kunna utgöra en omständighet som ger anledning att anta att ett relevant orsakssamband förelegat (se AD 2011 nr 2 och AD 2005 nr 32. Jfr däremot AD 2010 nr 14). I exemplet är, med nyss nämnda terminologi, tidssambandet den presumerande omständigheten medan orsakssambandet utgör rättsfaktum.

Käranden har, som utgångspunkt, bevisbördan för de omständigheter som gör det antagligt att diskriminering föreligger (de presumerande omständigheterna). Av artikel 10.1 arbetslivsdirektivet framgår att käranden ska lägga fram fakta som ger anledning att anta att diskriminering förekommit, se även t.ex. artikel 19.1 likabehandlingsdirektivet. EU-domstolen har angett att dessa fakta ska styrkas, se C-81/12 *Asociatia Accept* dom 2013-04-25 p. 42 och 55.

Det ankommer på de nationella domstolarna att ta ställning till vilka bevisade omständigheter som är presumerande (se t.ex. skäl 15 i arbetslivsdirektivet och skäl 30 i likabehandlingsdirektivet). Bedömningen får göras med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet, se bl.a. C-415/10 *Meister*, dom 2012-04-19 p. 42, NJA 2006 s. 170 och prop. 2007/08:95 s. 561.

I anställningssituationer kan det förhållandet att en arbetsgivare t.ex. givit försteg till en man med sämre förutsättningar för arbetet framför en kvinna med bättre förutsättningar, göra det antagligt att kvinnan förbigåtts på grund av kön (se t.ex. AD 2010 nr 91). Frågan om den arbetssökande beträffande meriter och förutsättningar för arbetet befinner sig i en jämförbar situation med den som fick arbetet, blir därför ofta av betydelse. I detta sammanhang bör beaktas att varken diskrimineringslagen eller de bakomliggande EU-direktiven anger vilka meritkrav och bedömningsgrunder som ska eller får användas vid värdering av om arbetssökande befunnit sig i en jämförbar situation. Utgångspunkten är att arbetsgivaren får avgöra vilka meritkrav och bedömningsgrunder som ska tillämpas vid rekrytering. Dessa får dock inte vara direkt eller indirekt diskriminerande eller i övrigt osakliga. Ofta anger arbetsgivaren i en platsannons eller liknande vilka bedömningsnormer som uppställs. Ett påstående från arbetsgivarens sida att andra bedömningsnormer tillämpats än de som angivits i annonsen kan ha till syfte att dölja att den som fick arbetet i själva verket har sämre sakliga förutsättningar för arbetet än den person som blev förbigången. Om arbetsgivaren påstår sig ha tillämpat andra bedömningsnormer vid tillsättningen än de som framgår av annonsen, finns det anledning att noggrant pröva hållfastheten i den av arbetsgivaren lämnade förklaringen till att denne ändrat uppfattning (se t.ex. AD 2003 nr 58). Om det inte kan klarläggas vilka kriterier arbetsgivaren tillämpat får domstolen värdera de sökandes meriter från bedömningsgrunder som är allmänt förekommande på arbetsmarknaden, såsom utbildning, yrkes- och arbetslivserfarenhet samt personlig lämplighet (jfr t.ex. AD 2010 nr 91 och AD 2004 nr 44). När det därefter gäller att bedöma den personliga lämpligheten godtas inte en rent subjektivt betonad bedömning eller enbart löst grundade uppgifter, t.ex. från personer som inte har någon förstahandskunskap om den sökande

saken gäller. Vad som kan beaktas är däremot sådana uppgifter som en seriöst syftande arbetsgivare inhämtar och väger in i sitt anställningsbeslut (se AD 2009 nr 16 och där angivna rättsfall).

Enligt Arbetsdomstolens mening har bevisbörderegeln alltså sin största betydelse för om det finns ett orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. Av bevisbörderegeln i EU-direktiven framgår att det är käranden (den som anser sig diskriminerad eller den som för hans eller hennes talan) som ska lägga fram fakta som ger anledning att anta att diskriminering förekommit och av EU-domstolens praxis framgår att dessa fakta ska vara styrkta.

I de flesta fall är det i arbetstvister ostridigt att käranden utsatts för den handling eller motsvarande som käranden påstår att den utgör diskriminering. Parterna är alltså överens om att käranden missgynnats, t.ex. att en arbetssökande nekats anställning eller inte kallats till intervju eller att en arbetstagare skiljts från anställningen av arbetsgivaren, nekats utbildning eller drabbats negativt av ett annat arbetsledningsbeslut. Det är dock inte ovanligt att det är tvistigt mellan parterna om den handling eller motsvarande som påstås utgöra diskriminering över huvud taget inträffat eller förekommit. Följande exempel kan illustrera frågan.

Käranden påstår t.ex. att han eller hon har blivit uppsagd vid ett samtal och att uppsägningen varit diskriminerande. Motparten bestrider och gör i första hand gällande att arbetstagaren har sagt upp sig själv och att någon uppsägning från arbetsgivarens sida inte förekommit. Det är då tvistigt om det skett något missgynnande, dvs. om arbetsgivaren sagt upp arbetstagaren. Om arbetstagaren inte sagts upp av arbetsgivaren kan arbetstagaren inte ha utsatts från en diskriminerande uppsägning. I ett sådant fall är det Arbetsdomstolens uppfattning att det normalt är käranden som har att styrka sitt påstående, dvs. att arbetstagaren blivit uppsagd av arbetsgivaren. Om domstolen finner visat att arbetstagaren blivit uppsagd av arbetsgivaren ska domstolen avgöra om det finns ett orsakssamband mellan det styrkta missgynnandet (uppsägningen) och diskrimineringsgrunden. Orsaken till det påstådda handlandet saknar alltså i princip betydelse för bedömningen av om den missgynnande handlingen eller underlåtenheten skett. Om domstolen inte finner visat att ett missgynnande har skett kan det uttryckas antingen så att käranden inte gjort antagligt att han eller hon har blivit diskriminerad eller att ett missgynnande inte är visat, varvid det inte är aktuellt att pröva om det föreligger något orsakssamband.

Som framgår av NJA 2006 s. 170 och motiven till diskrimineringslagen är avsikten med bevisbörderegeln inte att den ska vara en delad bevisbörda för ett och samma rättsfaktum, dvs. existensen respektive icke-existensen av faktumet. Av detta följer att domstolarna när det prövas om t.ex. en arbetsgivare vid ett samtal sagt upp en arbetstagare ska beakta all bevisning som lagts fram i målet som är ägnad belysa den frågan, dvs. bevisning som åberopats såväl av käranden som av svaranden (35 kap. 1 § rättegångsbalken). Den bevisvärdepunkt som lagtexten – såväl den nuvarande som den föreslagna – anger är att omständigheten ska vara visad.

Det ska för tydlighetens skull tilläggas att det som nu sagts avser den handling eller motsvarande som påstås utgöra ett missgynnande. När det gäller andra moment i prövningen kan återops- och bevisbörda ligga på svaranden. Om det är tvistigt om en arbetssökande har likvärdiga meriter och förutsättningar för arbetet som den som anställdes, har arbetsgivaren normalt återops- och bevisbördan för den senares meriter.

Den kritik som framförts mot Arbetsdomstolen i dess tillämpning eller icke-tillämpning av bevisbörderegeln synes bottna i olika syn på dels frågan om käranden – när så är tvistigt – har att visa att den missgynnande handlingen skett eller om käranden enbart ska göra antagligt att den inträffat, dels i frågan om – när den missgynnande handlingen är styrkt eller ostridig – om käranden enbart ska göra antagligt eller styrka de omständigheter som ger anledning anta att diskriminering skett.

Arbetsdomstolen vill understryka att bevisbörderegeln är, som domstolen uppfattar den, en bevislätnadsregel. Domstolen har t.ex. i avgörandena AD 2013 nr 71, AD 2016 nr 38 och AD 2016 nr 56 funnit att Diskrimineringsombudsmannen (DO) lyckats visa att arbetstagarna i fråga huvudsakligen utsatts för de handlingar som DO gjort gällande – vilka var tvistiga – och därefter gjort en rättslig bedömning i frågan om dessa handlingar utgjort sexuella trakasserier, vilket domstolen funnit. Något behov av någon bevislätnad har då, enligt Arbetsdomstolens mening, inte funnits.

Bevisbörderegeln innebär och vad som ska avgöras på nationell nivå är ytterst en fråga för EU-domstolen att avgöra.

Den formulering som bevisbörderegeln i diskrimineringslagen har i dag stämmer väl överens med lydelsen i EU-direktiven. Arbetsdomstolen förordar därför att någon ändring i lagtexten inte vidtas. Arbetsdomstolen har å andra sidan ingen erinran mot att lagtexten får den formulering som föreslås, eftersom någon ändring i sak inte åsyftas.

För det fall lagtexten föreslås ändras i enlighet med betänkandet är det Arbetsdomstolens uppfattning att texten, bevisbörderegeln såvitt avser diskriminering, inte bör delas upp i två stycken, och i vart fall inte på sätt som föreslås i andra stycket utan hänvisning till första stycket ("Detta" gäller dock inte...).

Detta yttrande har beslutats av ordförandena Cathrine Lilja Hansson, Karin Renman, Jonas Malmberg och Sören Öman.

På Arbetsdomstolens vägnar

Cathrine Lilja Hansson