



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johanna Taylor

Diskriminering pga.
könsöverskridande identitet eller
uttryck

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare:
Mia Rönmar

Ämnesområde:
Arbetsrätt

Termin:

9

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
SUMMARY	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte och frågeställningar	4
1.2 Metod och material	5
1.3 Disposition	6
2 EG-RÄTTSLIG BAKGRUND	7
2.1 Diskriminering	7
2.1.1 Direkt och indirekt diskriminering	7
2.1.2 Trakasserier pga. kön och sexuella trakasserier	8
2.1.3 Det nya likabehandlingsdirektivet	9
2.1.4 Positiv särbehandling	9
2.1.5 Likalöneprincipen och likalönedirektivet	10
2.1.6 Bevisbörda	12
2.2 Könsoverskridande identitet eller uttryck	13
3 DEN SVENSKA RÄTTSUTVECKLINGEN OCH DEN NYA DISKRIMINERINGSLAGEN	15
3.1 Jämställdhetslagen	15
3.2 Diskrimineringslagen	15
3.3 Diskrimineringsgrunder	17
3.3.1 Kön	17
3.3.2 Könsoverskridande identitet eller uttryck	18
3.4 Diskrimineringsförbud	22
3.4.1 Direkt och indirekt diskriminering	22
3.4.1.1 Direkt diskriminering	22
3.4.1.2 Indirekt diskriminering	24
3.4.2 Trakasserier och sexuella trakasserier	25
3.4.2.1 Trakasserier pga. kön eller könsoverskridande identitet eller uttryck	25
3.4.2.2 Sexuella trakasserier	26
3.4.3 Instruktioner att diskriminera	28
3.4.4 Positiv särbehandling	28
3.5 Diskrimineringsförbudens tillämpningsområde	29

3.6	Bevisbörda	31
3.7	Repressalier	31
3.8	Aktiva åtgärder	32
3.9	Sanktioner	33
3.9.1	Ogiltigförklaring	33
3.9.2	Skadestånd	34
3.9.3	Diskrimineringsersättning	35
3.10	Tillsyn och tvistelösning	37
4	DISKRIMINERING VID ANSTÄLLNING, ARBETSLEDNING OCH UPPSÄGNING.	40
4.1	Anställning	40
4.1.1	Anställningsformer	41
4.1.2	Privata sektorn	42
4.1.3	Offentliga sektorn	42
4.1.4	Diskriminering vid anställning	42
4.2	Arbetsledning	44
4.2.1	Arbetsgivarens omplaceringsrätt	45
4.2.2	Arbetsstagarens lydnadsplikt	46
4.2.3	Diskriminering vid arbetsledning	46
4.3	Uppsägning	47
4.4	Uppsägningsskäl	47
4.4.1	Saklig grund vid uppsägning pga. personliga skäl	48
4.4.2	Saklig grund vid uppsägning pga. arbetsbrist	51
4.4.3	Diskriminering vid uppsägning	54
ANALYS		56
5	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	64
5.1	Offentligt tryck	64
5.1.1	Sverige	64
5.1.2	Europeiska unionen	65
5.2	Litteratur	65
5.3	Elektroniska rättskällor	66
6	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	68
6.1	EG-domstolen	68
6.2	Arbetsdomstolen	68

Sammanfattning

Den 1 januari 2009 kommer en ny diskrimineringslag att införas i Sverige. Denna kommer vara en sammanslagning av tidigare civil- och arbetsrättsliga diskrimineringslagar. Förutom de tidigare diskrimineringsgrunderna (kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder och sexuell läggning) kommer två nya diskrimineringsgrunder införas. Dessa är könsöverskridande identitet eller uttryck och ålder. Jag har valt att undersöka diskrimineringsgrunden könsöverskridande identitet eller uttryck. Jag kommer med mitt arbete ta reda på vad denna definition innebär och hur diskrimineringsförbudet kommer att användas.

Med definitionen könsöverskridande identitet eller uttryck omfattas personer som inte identifierar sig som man eller kvinna och som med hjälp av t.ex. kläder och smink uttrycker en vilja att tillhöra det andra könet. Definitionen omfattar s.k. transpersoner, t.ex. transsexuella, intersexuella och transvestiter.

Då transsexualism är en fråga om könstillhörighet har transsexuella tidigare skyddats av jämställdhetslagen. Andra transpersoner har varit utan skydd. Transpersoner är en grupp som är ofta utsatta för våld, hot och diskriminering, både i samhället och på arbetsplatsen. Av denna anledning har ett skydd för transpersoner ansetts nödvändigt. Förhoppningen med den nya diskrimineringslagen är att öka kunskapen om transpersoner i Sverige och därmed ge dessa ett bättre skydd.

Inom EG-rätten har transsexuella skyddats genom likabehandlingsdirektivet 2002/73/EG. I det nya direktivet, 2006/54/EG, det s.k. ”recastdirektivet” finns ett explicit skydd för personer som har genomgått ett könsbyte. Något sådant skydd finns inte för exempelvis transvestiter.

Tillsynen kommer att ändras i och med införandet av den nya diskrimineringslagen då de fyra ombudsmännen som tidigare skött tillsynen över de olika diskrimineringslagarna kommer att bli en myndighet, Ombudsmannen mot diskriminering.

Anställningsskyddet i Sverige kommer fortsättningsvis att vara starkt. Diskrimineringslagen är en viktig begränsning av arbetsgivarens fria anställnings- arbetslednings- och uppsägningsrätt.

Även sanktionerna kommer att förändras i och med den nya diskrimineringslagen. Istället för skadestånd kan personen som gör sig skyldig till diskriminering vara skyldig att betala diskrimineringsersättning.

Summary

On January 1st 2009 a new Discrimination Act will enter into force in Sweden which will be a uniting of all civil- and labour discrimination legislation. Apart from the old grounds for discrimination (gender, ethnic origin, religion or other belief, disability and sexual orientation) two new grounds will be added in the new Discrimination Act. These are transgender identity or expression and age. I have chosen to examine transgender identity or expression. I want to find out what this definition really means and how this prohibition will be used.

The definition of transgender identity or expression refers to people who do not identify themselves as man or woman and who with, for instance, clothes or makeup express a desire to belong to the other sex. The definition includes so-called “transpersons”, for instance transsexuals, intersexuals and transvestites.

Transsexualism is a matter of gender and transsexuals have therefore been protected by the Equal Opportunities Act, which is the existing law up to January 1st 2009. Other transpersons have been without protection. Transpersons are a group that is often subjected to violence, threats and discrimination, both in the society and in the work-place. This is why special protection for transpersons has been considered necessary.

There is very little knowledge about transpersons in Sweden and it is hoped that the new Discrimination Act will increase our knowledge and thereby give transpersons better protection.

Within the EC transsexuals are protected by Directive 2002/73/EC “Equal treatment for men and women” as transsexualism also in EC is considered a matter of gender. In the new directive 2006/54/EC, called the “recast directive”, there is explicit protection for people who have undergone a sex change. Such protection does not exist for transvestites for example.

The supervision will change when the new Discrimination Act comes into force. The four ombudsmen will unite into one authority, The Ombudsman against Discrimination.

Security of employment will remain strong with the new Discrimination Act. The Discrimination Act is a very important restriction when it comes to the employer’s right to freely employ, manage the workplace and terminate employment.

Sanctions will also change with the new Discrimination Act. Instead of damages, the person guilty of discrimination can be held liable to pay discrimination compensation.

Förkortningar

AB	Allmänna bestämmelser
AD	Arbetsdomstolen
DiskL	Diskrimineringslag (2008:567)
DO	Ombudsmannen mot diskriminering
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
FPE-S	Full Personality Expression Sweden
HBT	Homosexuella, bisexuella och transpersoner
HomO	Ombudsmannen mot diskriminering pga. av sexuell läggning
JämL	Jämställdhetslag (1991:433)
JämO	Jämställdhetsombudsmannen
JO	Justitieombudsmännen
LAS	Lagen (1982:80) om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen
LRA	Lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister
Prop	Proposition
RF	Regeringsformen
RFSL	Riksförbundet för sexuellt likaberättigade
SAF	Svenska Arbetsgivareföreningen, numera svenskt Arbetsliv
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

Vid årsskiftet 2008/09 träder en ny diskrimineringslag¹ i kraft i Sverige som enligt propositionen² ska ge ett starkare skydd mot diskriminering. Lagen har till ändamål att motverka diskriminering och på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder.³ De tidiga diskrimineringslagarna kommer därmed att samlas i en lag och utökas till att även omfatta könsöverskridande identitet eller uttryck och ålder.

1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med mitt examensarbete är att undersöka den nya diskrimineringslagen och diskriminering pga. könsöverskridande identitet eller uttryck. För att kunna undersöka en ny lag och vilka konsekvenser denna kommer att medföra behöver jag även redogöra för nuvarande lag och dess innebörd. Då transsexualism anses vara en fråga om könstillhörighet, och inte om sexuell läggning, kommer jag även ta upp jämställdhetslagen (1991:433) (JämL) och könsdiskriminering för att kunna jämföra i vilken mån personer med könsöverskridande identitet eller uttryck har varit skyddade fram till årsskiftet 2008/09. Jag ska med mitt arbete undersöka hur arbetsgivarens fria arbetsledningsrätt, anställnings- och uppsägningsrätt ser ut idag, fram till årsskiftet, vad gäller diskriminering rörande personer som kan anses omfattas av definitionen ”könsöverskridande identitet eller uttryck”.

Jag kommer att undersöka begreppet könsöverskridande identitet eller uttryck och, då jag finner begreppet något otydligt, ta reda på vilka personer som omfattas av definitionen och i vilka situationer diskrimineringslagen är tänkt att användas. Jag kommer även ta reda på vilka fördelar resp. nackdelar den nya lagen eventuellt kommer att medföra. Kommer lagen exempelvis att medföra stora begränsningar i arbetsgivarprerogativet? Hur många arbetstagare kommer uppskattningsvis att skyddas av den nya lagen, dvs. hur stor del av befolkningen faller in under definitionen könsöverskridande identitet eller uttryck?

Jag kommer till stor del begränsa mig till nationell rätt då den nya lagen är högaktuell för just Sverige men då svensk rätt bygger på EG-rätt blir även EG-rätten en central del i mitt examensarbete. Jag kommer att beröra EG-rätten inledningsvis med en rättslig bakgrund genom att ta upp de viktigaste direktiven och rättsfallen.

¹ Diskrimineringslag (2008:567).

² Prop. 2007/08:95.

³ Diskrimineringslag (2008:567) Kap 1:1.

Mina centrala frågeställningar är:

- Vilka människor omfattas av diskrimineringsgrunden könsöverskridande identitet eller uttryck?
- I vilka situationer kommer denna definition att användas, vid anställning, arbetsledning och uppsägning?
- Vilka möjligheter har en arbetsgivare fram till årsskiftet 2008/09 att fritt utöva sin anställnings-, uppsägnings- och arbetsledningsrätt rörande personer med könsöverskridande identitet eller uttryck utan att göra sig skyldig till diskriminering?
- Vad kommer den nya diskrimineringslagen innebära för arbetstagare och arbetsgivare, dvs. vilka fördelar resp. nackdelar finns?
- Uppfyller den nya diskrimineringslagen EG-rättens krav?

1.2 Metod och material

Jag har valt att använda mig av den klassiska rättsdogmatiska metoden, vilket innebär att jag använder mig av lag, förarbeten, rättspraxis, allmänna rättsprinciper och doktrin. Jag använder den rättsdogmatiska metoden under hela uppsatsen, dvs. när jag undersöker begreppet könsöverskridande identitet eller uttryck, arbetsgivarens anställnings- arbetslednings- och uppsägningsrätt etc. Den klassiskt rättsdogmatiska metoden har sin utgångspunkt i rättskällorna och är en bra metod att använda för att beskriva *de lege lata*, dvs. vad gällande rätt är. Men man kan även diskutera vad gällande rätt *borde vara, de lege ferenda*.⁴

Då mitt examensarbete till största delen handlar om den nya diskrimineringslagen och diskrimineringsgrunden könsöverskridande identitet eller uttryck består en stor del av mitt material av lagtext och förarbeten. Då jag gör en jämförelse mellan DiskL och JämL är det i huvudsak dessa två lagar jag utgår från. Förarbetena består i huvudsak av prop. 2007/08:95 och SOU 2006:22, men jag har även undersökt äldre förarbeten. Doktrinen vad gäller diskriminering består bl.a. av Göransson och Karlssons bok *Diskrimineringslagarna* från 2006, Källström och Malmbergs bok *Anställningsförhållandet, 2006* och Mats Glavås bok *Arbetsrätt* från 2001. Jag har valt att i första hand utgå från dessa då jag finner de tydliga och pedagogiska med ett brett innehåll. Övrig litteratur består bl.a. av artiklar från Jonas Malmberg och Mia Rönnmar. Vad gäller EG-rätten består min doktrin till största del av Barnard, *EC Employment Law* från 2006, Blanpain, *European Labour Law* från 2008 och Birgitta Nyströms *EU och arbetsrätten* från 2002. I övrigt har jag vad gäller EG-rätten använt mig av sekundära rättsakter såsom direktiv och rättsfall.

⁴ Rönnmar, s. 19.

1.3 Disposition

Jag inleder mitt arbete med en EG-rättslig bakgrund vad gäller diskriminering, kap 2. Här redogör bl.a. jag för de viktigaste fördragen och direktiven. Jag avslutar kapitlet om EG-rätten med några rättsfall rörande könsöverskridande identitet eller uttryck.

I följande kapitel, kapitel 3, redogör jag för den svenska rättsutvecklingen samt den nya diskrimineringslagen. Jag gör här kontinuerligt en jämförelse mellan JämL och DiskL vad gäller bl.a. könsdiskriminering, diskriminerings pga. könsöverskridande identitet eller uttryck, aktiva åtgärder, sanktioner och till sist tillsyn och tvistelösning.

I kapitel fyra går jag sedan vidare med att ge exempel på när diskriminering förekommer vid anställning, arbetsledning och uppsägning. För att göra detta går jag även igenom de allmänna reglerna vid anställning, arbetsledning och uppsägning.

Jag avslutar mitt arbete med en analys, där jag besvarar mina frågeställningar genom att göra en övergripande rättsdogmatisk analys.

2 EG-rättslig bakgrund

2.1 Diskriminering

Redan år 1957 i art. 119 EG-fördraget (numera art. 141) stadgades att varje medlemsstat ska säkerställa och upprätthålla principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete, och i den sociala stadgan från 1989 tas lika behandling och lika möjligheter för kvinnor och män upp som grundläggande rättigheter.

Diskrimineringslagstiftningen har under de senaste decennierna successivt utvecklats och skärpts till att omfatta nya diskrimineringsgrunder och nya samhällsområden. Utvecklingen har i hög grad påverkats av reglerna om diskriminering och likabehandling som finns inom EU. Enligt art. 6.2 EU-fördraget ska unionen respektera de grundläggande rättigheterna, och i Europakonventionen art. 14 finns en allmän princip om likabehandling.

1997 tillfördes EU genom Amsterdamfördraget en uttrycklig kompetens att vidta åtgärder för att bekämpa diskriminering pga. kön ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning, art. 13 EG.⁵

Det vanligaste argumentet för ett diskrimineringsförbud mot kön är att denna egenskap (vanligtvis) är helt irrelevant för hur personen i fråga utför sitt jobb. Skulle en persons kön tas i beaktande vid t.ex. en anställning, skulle detta kunna leda till att arbetsgivaren inte anställer den bäst lämpade personen, dvs. den som har bäst meriter.⁶

Vad gäller diskriminering pga. kön är det först och främst likabehandlingsdirektivet (numera 2002/73/EG) om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor, likalönedirektivet, (75/117/EG) och bevisbördedirektivet (97/80/EG) som varit till grund för JämL. Dessa går jag in på djupare nedan i avsnitt 2.1.1-2.1.6.

2.1.1 Direkt och indirekt diskriminering

Enligt art. 2.1 likabehandlingsdirektivet innebär likabehandlingsprincipen att det inte får förekomma någon som helst diskriminering, vare sig direkt eller indirekt. I art. 2.2 definieras direkt och indirekt diskriminering på följande sätt:

⁵ Barnard, s. 383, Källström och Malmberg, s. 81, Numhauser-Henning, s. 35, Göransson och Karlsson, s. 19, Nyström, s.197.

⁶ Barnard, s. 384.

- Direkt diskriminering: när en person på grund av könstillhörighet behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation.
- Indirekt diskriminering: när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer av ett visst kön jämfört med personer av det andra könet, om inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt kan motiveras av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga.

Vid indirekt diskriminering gör domstolen en proportionalitetsbedömning om diskrimineringen kan vara ursäktlig. Någon sådan bedömning görs dock inte vid direkt diskriminering då direkt könsdiskriminering inte kan ursäktas.⁷

Enligt EG-domstolens praxis omfattas indirekt diskriminering även av art. 141 EG-fördraget och likalönedirektivet, även om dessa inte uttryckligen nämner detta.⁸ Ett sådant fall är det s.k. *Bilka-Kaufhaus-fallet*⁹ där ett varuhusföretag utestängde sina deltidsanställda från företagets pensionssystem. Domstolen konstaterade att en sådan åtgärd bryter mot art. 141 i EG-fördraget om denna drabbar betydligt fler kvinnor än män och om inte företaget kan visa att åtgärden i fråga kan förklaras av objektivt grundade faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra. Det var även i detta fall som domstolen införde den s.k. proportionalitetsprincipen. Principen innebär att domstolen vid bedömning ska objektivitetstesta bestämmelser, kriterier och praxis. För svarandens del innebär det att det ska finnas ett reellt behov av den omtvistade åtgärden/bestämmelsen, samt att denna ska vara både lämplig och nödvändig för att uppnå det åsyftade målet.¹⁰

2.1.2 Trakasserier pga. kön och sexulla trakasserier

Även trakasserier pga. kön och sexuella trakasserier definieras i art. 2.2 likabehandlingsdirektivet:

- Trakasserier: när ett oönskat beteende som har samband med en persons könstillhörighet förekommer och syftar till eller leder till att en persons värdighet kränks och att en hotfull, fientlig, förnedrande, förödmjukande eller kränkande stämning skapas.

⁷ Nyström, s. 209.

⁸ Nyström, s. 209.

⁹ Mål 170/84 *Bilka-Kaufhaus GmbH mot Weber von Hartz* (1986) ECR 1607.

¹⁰ Numhauser-Henning, s. 97f.

- Sexuella trakasserier: när någon form av önskat verbalt, icke-verbalt eller fysiskt beteende av sexuell natur förekommer som syftar till eller leder till att en persons värdighet kränks, särskilt när en hotfull, fientlig, förnedrande, förödmjukande eller kränkande stämning skapas.

Vad som är sexuella trakasserier är helt och hållet subjektivt och hänsyn tas till den som blir trakasserad. Vad den som trakasserar hade för syfte med en viss typ av handling eller beteende är egentligen irrelevant. En väsentlig del i definitionen av vad som är sexuella trakasserier är att handlingen eller beteendet är önskat hos den som trakasseras.¹¹

I p. 8 och art 2.3 likabehandlingsdirektivet stadgas att trakasserier och sexuella trakasserier ska anses vara könsdiskriminering och att de därmed ska förbjudas och bör bli föremål för effektiva, proportionella och avskräckande sanktioner, p. 22. Även en instruktion att diskriminera någon pga. kön ska anses vara diskriminering, art. 2.4.

2.1.3 Det nya likabehandlingsdirektivet

Likabehandlingsdirektivet (2002/73/EG) hette tidigare 76/207/EEG om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor. Den 15 augusti 2009 kommer detta direktiv (bland andra) att ersättas med det s.k. *recastdirektivet* (2006/54/EG) om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet. Syftet med det omarbetade direktivet är försäkra att principen om likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet tillämpas.¹² Likabehandlingsprincipen ska gälla vid anställning, inkl. befordran och yrkesutbildning, arbetsvillkor inkl. lön och vid företags – och yrkesbaserade system för social trygghet, art. 1. Principen om likabehandling ska inte gälla endast vid diskriminering som beror på tillhörigheten till endera kön, utan även gälla vid diskriminering som har sitt ursprung i en persons könsbyte, (p. 3).

2.1.4 Positiv särbehandling

Enligt art. 141.4 EG är positiv särbehandling pga. kön tillåten. Där stadgas att en medlemsstat har rätt att besluta om åtgärder som syftar till att i praktiken säkerställa jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män. Det kan t.ex. vara fråga om särskilda förmåner för det underrepresenterade könet eller förebyggande och kompensation av nackdelar i yrkeskarriären.¹³

Det har dock diskuterats huruvida särbehandling pga. kön överhuvudtaget kan anses tillåten. Positiv särbehandling av ett kön innebär ju en negativ

¹¹ Barnard, s. 404.

¹² Blanpain, s. 561.

¹³ Källström och Malmberg, s. 88.

särbehandling av det andra könet, vilket innebär diskriminering. När kvinnor/män gynnas i jämställdhetens namn är det individuella kvinnor/män som ges företräde framför individuella män/kvinnor.¹⁴ Ett känt fall där positiv särbehandling ansågs strida mot likabehandlingsdirektivet är det s.k. *Kalanke*-målet¹⁵. Där ansåg domstolen att en nationell bestämmelse enligt vilken kvinnor som hade likvärdiga meriter som deras manliga konkurrenter gavs företräde till anställning på områden där de var underrepresenterade stod i strid med likabehandlingsdirektivet. Det avgörande i ställningstagandet tros ha varit det faktum att kvinnor skulle ha ”automatiskt företräde”.¹⁶

I andra fall har positiv särbehandling ansetts tillåtet. I *Badeck*-fallet¹⁷ ansåg domstolen att en regel som syftade till att befordra kvinnor var förenlig med gemenskapsrätten eftersom regeln inte automatiskt och ovillkorligt gav företräde åt kvinnor med meriter som var likvärdiga med deras manliga konkurrenters, och det gjordes en objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållanden. Ett fall med liknande utgång är det svenska *Abrahamsson*-fallet.¹⁸ En kvinna med betydligt sämre kvalifikationer än en manlig medsökande erhöll anställning vid ett universitet. Frågan var här om det förhållandet att kvinnan tillhörde ett underrepresenterat kön kunde uppväga mannens försteg vad gäller kvalifikationerna.

Enligt Källström kan man sammanfatta EG-domstolens ståndpunkt med utgångspunkt från bl.a. dessa domar. Positiv särbehandling får inte innefatta en åtgärd som innebär en direkt diskriminering av en skyddad grupp. Det är alltså inte tillåtet att automatiskt ge företräde vid anställning även om sökanden har likvärdiga meriter.¹⁹

2.1.5 Likalöneprincipen och likalönedirektivet

Principen om lika lön för män och kvinnor återfinns som jag tidigare har nämnt i art.141.1 EG-fördraget. Där stadgas det att ”varje medlemsstat ska säkerställa att principen om lika lön för män och kvinnor för lika arbete eller likvärdigt arbete ska tillämpas”. Art. 141 har förstärkts och utvidgats genom Amsterdamfördraget. Bl.a. har en ny bestämmelse tillkommit i art. 141.3 som innebär att rådet med kvalificerad majoritet ska besluta om åtgärder för att säkerställa tillämpningen av principen om lika möjligheter och lika behandling i frågor som rör anställning och yrke. Detta inkluderar principen om lika lön för män och kvinnor för lika eller likvärdigt arbete.²⁰

¹⁴ Glavå, s. 263.

¹⁵ Mål C-450/93. *Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen* (1995) ECR I-3051.

¹⁶ Glavå, s. 264.

¹⁷ Mål C-158/97 *Georg Badeck m.fl., i närvaro av: Hessische Ministerpräsident och Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen* (2000) ECR I-1875.

¹⁸ C-407/98 *Katarina Abrahamsson och Leif Anderson mot Elisabet Fogelqvist* (2000) ECR I-5539.

¹⁹ Källström och Malmberg, s. 88f.

²⁰ Nyström, s. 211.

Art. 141 har både horisontell och vertikal direkt effekt och kan därmed åberopas vid nationell domstol mot såväl privata som offentliga arbetsgivare.²¹

Likalöneprincipen tas även upp i art. 1 likalönedirektivet²² där det stadgas att principen innebär att för lika arbete eller för arbete som tillerkänns lika värde ska all diskriminering på grund av kön avskaffas vid alla former och villkor för ersättningen. Enligt art. 3 är det upp till medlemsstaterna att avskaffa all diskriminering mellan kvinnor och män som strider mot likalönsprincipen. Medlemsstaterna bör även vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att likalöneprincipen tillämpas, art. 6.

Det finns ett flertal rättsfall från EG-domstolen som tar upp begreppet *lika arbete*. I ett fall från Österrike, *Der Wiener Gebietskrankenkasse*,²³ ansåg domstolen inte att det rörde sig om lika arbete när psykologer och läkare utförde samma typ av arbete. Domstolen tog dock här inte ställning till huruvida löneskillnaderna kunde vara berättigade pga. skild utbildningsbakgrund. I målet *Macarthy*²⁴ gjorde arbetsgivaren gällande att lika eller likvärdigt arbete innefattade ett krav på samtidighet och att det därför inte kunde vara tillämpligt när en kvinna efterträdde en man på en tjänst och erhöll en lägre lön än mannen. Arbetsgivaren hade dock ingen framgång på den punkten då domstolen menade att otillåten lönediskriminering endast krävde en jämförelse mellan arbetstagare av olika kön hos en och samma arbetsgivare. Något krav på samtidighet finns alltså inte. Domstolen slog dock fast att löneskillnaden kunde motiveras av andra icke könsdiskriminerande faktorer och detta ankom på den nationella domstolen att ta ställning till.

Diskrimineringsförbudet gäller såväl lön som andra anställningsvillkor. Några närmare bestämmelser har tidigare inte funnits. Vid en sammanfattning av EG-domstolens ställningstaganden har det dock kunnat konstateras att EG-domstolen tolkat begreppet lön i vidsträckt mening och att det även omfattar sjuklön, ersättning under föräldraledighet, reseförmåner efter pensionering m.m. Lön kan utgöra alla former av direkt och indirekta förmåner som har sin grund i ett anställningsavtal eller i ett anställningsförhållande.²⁵ I det nya likabehandlingsdirektivet återges dock en definition av begreppet lön. Lön är den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av sin arbetsgivare på grund av anställningen.²⁶

²¹ Nyström, s. 211.

²² 75/117/EG.

²³ Mål 309/97 *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse* (1999) ECR I-2865.

²⁴ Mål 129/79 *Macarthy Ltd vs. Wendy Smith* (1980) ECR 1275.

²⁵ Glavå, s. 415f.

²⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG, artikel 2.1.e).

2.1.6 Bevisbörda

I mål om diskriminering råder delad bevisbörda. Detta har många gånger slagits fast i EG-domstolens praxis²⁷ vilket har kodifierats i bevisbördedirektivet (97/80/EG).²⁸ Delad bevisbörda innebär att om en person som känner sig kränkt ger anledning att anta att diskriminering har förekommit åligger det sedan svaranden att bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling, art 4 p 1. Direktivet kom 1997 efter att rådet, efter omarbetningar, antagit kommissionens direktivförslag om bevisbördan i jämställdhetsmål.²⁹ Genom uttalanden i förarbeten till 2001 års ändringar av jämställdhetslagen implementerades direktivet i svensk lagstiftning.³⁰ Syftet med bevisbördedirektivet stadgas i art. 1:

”Syftet med detta direktiv är att säkerställa större effektivitet i de åtgärder som medlemsstaterna vidtar i enlighet med principen om likabehandling, för att alla personer som anser sig kränkta genom att principen om likabehandling inte har tillämpats på dem skall kunna göra sina rättigheter gällande vid rättegång efter att eventuellt ha vänt sig till andra behöriga instanser.”

I bevisbördedirektivet avses med likabehandlingsprincipen att ingen som helst diskriminering får ske pga. kön, vare sig direkt eller indirekt, art. 2.1.

I art. 2.2 finns en definition av indirekt diskriminering som liknar den som finns i likabehandlingsdirektivet, men den överensstämmer inte helt.³¹ Enligt bevisbördedirektivet förekommer 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 lämpligt och nödvändigt och kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med personernas kön”. Det var genom bevisbördedirektivet som indirekt diskriminering för första gången definierades i ett direktiv.³²

Bevisbördedirektivet är ett minimidirektiv och hindrar därför inte medlemsstaterna att införa bevisregler som är mera förmånliga för käranden, art. 4.2.

²⁷ I fallet *Bilka-Kaufhaus* (se not 12) utvecklade domstolen en sorts bevisformel som den sedan tillämpat i senare mål om indirekt diskriminering.

²⁸ Nyström, s. 238.

²⁹ Nyström, s. 238.

³⁰ Göransson och Karlsson, s. 20.

³¹ Indirekt diskriminering enligt likabehandlingsdirektivet, art. 2:2: ”När en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer av ett visst kön jämfört med personer av det andra könet, om inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt kan motiveras av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga”.

³² Nyström, s. 238.

2.2 Könsöverskridande identitet eller uttryck

Nedan tar jag upp några rättsfall från EG-domstolen med anknytning till diskriminering pga. könsöverskridande identitet eller uttryck. Samtliga fall rör transsexuella män och kvinnor som ämnat eller till och med har genomfört könsbyte. Samtliga fall utgjorde också könsdiskriminering då transsexuella personer skyddas genom likabehandlingsprincipen eftersom detta är en fråga om könstillhörighet.³³

År 1996 kom ett avgörande mål i EG-domstolen rörande en transsexuell man, målet *P mot S och Cornwall County Council*³⁴. Mannen, P, hade blivit uppsagd pga. ett planerat könsbyte, vilket EG-domstolen ansåg vara en otillåten könsdiskriminering. Det avgörande för domstolens bedömning var dock förhållandet *före* könsbytet. Den transsexuelle mannen ansågs nämligen diskriminerad i förhållande till andra män. Domstolen gjorde här ingen bedömning hur rättsläget ser ut *efter* att en person har genomgått ett könsbyte. Mannen arbetade som förvaltare vid en skola, Cornwall City Council, och ca ett år efter anställningen underrättade P skolans chef och administrative chef om sin avsikt att undergå en könsbytesoperation. Innan operationen skulle P dock i en period göra ett s.k. "life test" där han skulle klä och uppföra sig som en kvinna. Efter några mindre operationer varslades P om uppsägning. S och Cornwall County Council sade därefter upp P och de grundade uppsägningen på arbetsbrist. P anförde dock vid Industrial Tribunal att hon var offer för diskriminering. Industrial Tribunal menade dock att P:s situation inte omfattades av Sex Discrimination Act av år 1975 (lag om könsdiskriminering) då denna endast gäller för fall då en man eller kvinna har särbehandlats med anledning av sitt kön. Dessutom ansågs P fortfarande vara av manligt kön enligt engelsk lagstiftning. Den nationella domstolen ville dock få klarhet i huruvida denna situation kunde falla in under likabehandlingsdirektivets³⁵ tillämpningsområde och begärde därför ett förhandsavgörande. EG-domstolen menade att en uppsägning som denna ska bedömas utifrån art. 5.1 i direktivet som har följande lydelse: "Tillämpningen av likabehandlingsprincipen i fråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande ska upphöra, innebär att kvinnor och män ska vara garanterade samma villkor utan diskriminering på grund av kön." Domstolen menade vidare att direktivets tillämpningsområde inte kan inskränkas till endast diskriminering som beror på tillhörigheten till endera könet. Med beaktande av direktivets syfte och arten av de rättigheter som det syftar till att skydda, kan direktivet även tillämpas på fall av diskriminering som har sitt ursprung, som i föreliggande fall, i den berördes könsbyte.³⁶ Sådan diskriminering grundas i själva verket huvudsakligen, om

³³ Blanpain, s. 489.

³⁴ C-13/94 *P mot S och Cornwall County Council* (1996) ECR I-2143.

³⁵ Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genom förandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

³⁶ Barnard, s. 385f.

inte uteslutande, på den berördes kön.³⁷ Då en person sägs upp på grund av att hon ämnar genomgå eller har genomgått könsbyte, utsätts denna person således för en ogynnsam behandling i jämförelse med andra av det kön som personen ansågs tillhöra före operationen. Uppsägning av en sådan person skulle därmed anses strida mot art. 5.1 likabehandlingsdirektivet.

I *K.B-fallet*³⁸ nekades en transsexuell man (kvinna bytte kön till man) efterlevandepension, eftersom denna endast beviljades till en efterlevande make. Detta ansågs vara diskriminering pga. kön. Mannen, R, föddes som kvinna och registrerades som detta i folkbokföringen. Efter könsbytesoperationen kunde R enligt nationell lag inte ändra sin födelseattest för att formalisera könsbytet, vilket ledde till att R inte kunde ingå äktenskap med sin partner som var kvinna.

I målet *Richards*³⁹ var det fråga om nekad ålderspension. I Förenade Kungariket kan kvinnor födda innan år 1950 få ålderspension vid fyllda 60 år. För män är det 65 år.⁴⁰ Richards föddes år 1942 och i födelseattesten angavs det att hon var av manligt kön. Richards genomgick dock en könsbytesoperation till kvinna och ansökte år 2002 om ålderspension. Richards blev dock nekad eftersom hon i födelseattesten var registrerad som man och före april 2005 kunde man inte ändra sin födelseattest pga. könsbyte. Detta mål rörde en begäran om förhandsavgörande där domstolen kom fram till att art. 4.1 i rådets direktiv 79/7/EEG om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet ska tolkas så, att den utgör hinder för lagstiftning som innebär att en person som är av kvinnligt kön, till följd av ett könsbyte som har genomförts i överensstämmelse med villkoren i den nationella rätten, nekas ålderspension på grund av att hon inte har uppnått 65 års ålder, trots att hon skulle ha haft rätt till sådan pension vid 60 års ålder om hon hade ansetts vara kvinna enligt den nationella rätten.⁴¹

³⁷ Blanpain, s. 489f.

³⁸ Mål C-117/01 *K.B. mot National Health Service Pensions Agency och Secretary of State for Health*. (2004) ECR I-541.

³⁹ Mål C-423/04 *Sarah Margaret Richards mot Secretary of State for Work and Pensions*. (2006) ECR I-3585.

⁴⁰ McCrudden, s. 98.

⁴¹ Blanpain, s. 492f.

3 Den svenska rättsutvecklingen och den nya diskrimineringslagen

3.1 Jämställdhetslagen

Den första svenska arbetsrättsliga diskrimineringslagen var 1979 års jämställdhetslag. Den fram till den 31 december 2008 gällande lagen, jämställdhetslag (1991:433) trädde i kraft 1992 men har därefter ändrats ett flertal gånger. Bl.a. gjordes viktiga ändringar i JämL år 2001. Det generella syftet var att anpassa reglerna i JämL till den Europeiska gemenskapsrätten på ett bättre sätt. Ytterligare ändringar i denna riktning gjordes den 1 juli 2005.⁴²

Tanken bakom JämL var att förverkliga målen för jämställdhetspolitiken, dvs. att kvinnor och män ska ha samma rättigheter, skyldigheter och möjligheter på arbetslivets område.⁴³ Enligt 1 § JämL syftar lagen till att främja jämställdhet i arbetslivet, dvs. kvinnors och mäns lika rätt i fråga om arbete, anställnings- och andra arbetsvillkor samt utvecklingsmöjligheter i arbetet. Lagen är i princip könsneutral, dock betonas det i 1 § 2 st. att den främst siktar till att förbättra kvinnors villkor.

Jag kommer nedan gå in på olika delar av JämL i en jämförelse med den nya diskrimineringslagen. Därmed går jag inte in på en djupare förklaring av jämställdhetslagens uppställning under detta avsnitt, då detta sker kontinuerligt nedan.

3.2 Diskrimineringslagen

Till skillnad från flera andra länder har Sverige inte haft någon generell diskrimineringslagstiftning. Våren 2002 tillkallade regeringen en parlamentarisk kommitté (Diskrimineringskommittén)⁴⁴ som bl.a. skulle överväga behovet av en gemensam lagstiftning mot diskriminering som omfattar alla eller flertalet diskrimineringsgrunder och samhällsområden. Kommittén skulle även överväga en sammanslagning av några eller samtliga ombudsmän. Vidare skulle kommittén undersöka behovet av ett särskilt skydd för s.k. transpersoner (se avsnitt 3.3.2.) och huruvida regler

⁴² Göransson och Karlsson, s. 15f, Källström och Malmberg, s. 82.

⁴³ Göransson och Karlsson, s. 21.

⁴⁴ Direktiv 2002:11 *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning*, med tilläggsdirektiv 2003:69.

om aktiva åtgärder borde införas i arbetslivet för andra diskrimineringsgrunder än kön eller etnisk tillhörighet.⁴⁵

Den 6 mars 2008 överlämnade regeringen en proposition till riksdagen, prop. 2007/08:95. Regeringens förslag var att de civilrättsliga diskrimineringsförbuden och övriga bestämmelser om åtgärder mot diskriminering skulle föras samman i en gemensam lag, diskrimineringslagen (2008:567) (DiskL). Samtidigt skulle jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan, lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering och lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever upphävas.⁴⁶

DiskL har till ändamål att motverka diskriminering och på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder, DiskL 1:1.

Diskrimineringsförbud för könsöverskridande identitet eller uttryck ska gälla alla samhällsområden i lagen. Lagen ska vidare förstärka förbud mot repressalier och skyldighet för arbetsgivare att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier.⁴⁷

Lagen är tvingande vilket innebär att ett avtal som inskränker någons rättigheter eller skyldigheter enligt denna lag är utan verkan i den delen, 1:3. Detta hindrar dock inte att avtal som innebär mer omfattande rättigheter, förmåner eller skyldigheter ingås.⁴⁸

En fråga som jag ställde inledningsvis var vilka fördelar och nackdelar den nya diskrimineringslagen kommer att medföra (se avsnitt 1.1.). Enligt förarbetena finns det flera fördelar med att samla alla civilrättsliga diskrimineringsförbud och övriga bestämmelser om åtgärder mot diskriminering i en gemensam lag.⁴⁹ Några av fördelarna är att lagen:

- innebär ett tydligare och effektivare redskap mot diskriminering
- underlättar skapandet av ett likartat skydd mot diskriminering oavsett diskrimineringsgrund och samhällsområde
- medför gemensam rättspraxis

⁴⁵ Prop. 2007/08:95, s. 651, SOU 2006:22, s. 123, Göransson och Karlsson, s. 17, Prop. 2002/03:65, s. 66.

⁴⁶ Prop. 2007/08:95, s. 80.

⁴⁷ Prop. 2007/08:95, s. 1 seskog 2007b, s. 441.

⁴⁸ Prop. 2007/08:95, s. 485.

⁴⁹ Prop. 2007/08:95, s. 84.

- underlättar tillsynen då den är mer överskådlig än att ha sju olika lagar
- är enkel och ”lagtekniskt ekonomisk” med gemensamma definitioner av diskrimineringsgrunder.

Flera remissinstanser har dock menat att en separat lag vad gäller förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare skulle ge ett mer effektivt skydd på arbetslivets område. Arbetsdomstolen anförde bl.a. att lagen skulle bli lång och svåröverskådlig. Arbetsgivarverket och Landsorganisationen i Sverige (LO) menade att en särskild lag för arbetslivet skulle underlätta den praktiska tillämpningen vad gäller arbetsmarknadens parter, framförallt på lokal nivå. Eftersom det arbetsrättsliga diskrimineringskyddet bygger på ett samspel mellan lagar och kollektivavtal ansåg LO, Tjänstemännens Centralorganisation och Sveriges Akademikers Centralorganisation att det bästa vore om regler rörande arbetslivet reglerades för sig.⁵⁰

Regeringen ansåg dock att fördelarna vägde över eventuella nackdelar. Bl.a. var en viktig synpunkt att en samlad lag underlättar för den som blivit diskriminerad, särskilt om den diskriminerande handlingen kan hänföras till mer än en diskrimineringsgrund.⁵¹

3.3 Diskrimineringsgrunder

Den nya diskrimineringslagen omfattar som jag nämnde inledningsvis diskrimineringsgrunderna kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning och ålder. Jag kommer nedan gå djupare in på diskrimineringsgrunderna kön och könsöverskridande identitet eller uttryck.

3.3.1 Kön

Det har tidigare inte ansetts nödvändigt att definiera diskrimineringsgrunden kön då könsbegreppet ansågs självklart. Det var endast biologiskt kön som avsågs. Att en arbetsgivare i valet mellan två kvinnor valde bort den manhaftiga, eller i valet mellan två män valde bort den feminina ansågs inte vara fråga om könsdiskriminering. Det ansågs inte heller utgöra könsdiskriminering då en arbetsgivare vid t.ex. anställning valde en socialt kvinnlig biologisk kvinna över en socialt manlig biologisk kvinna och tvärtom (socialt manlig biologisk man mot socialt kvinnlig biologisk man). Det ansågs nämligen här vara fråga om fördomar om det sociala könet snarare än könsdiskriminering.⁵² Detta har sedan ändrats i den nya diskrimineringslagen (se avsnitt 3.3.2. nedan) men då i fråga om könsöverskridande identitet eller uttryck, och inte i fråga om kön.

⁵⁰ Prop. 2007/08:95, s. 84.

⁵¹ Prop. 2007/08:95, s. 85.

⁵² Glavå, s. 245f.

I den nya diskrimineringslagen finns en definition av kön i 1:5 p.1 DiskL. Kön innebär att någon är kvinna eller man. Diskrimineringskommitténs förslag var dock att kön skulle definieras som "det biologiska kön som registrerats för en person vid födelsen eller det kön som senare fastställs för henne eller honom".⁵³ Problemet med detta förslag är att inte alla som bör kunna åberopa diskrimineringsförbudet folkbokförs i landet, t.ex. asylsökande eller turister.⁵⁴

I 1:5 stadgas även att den som avser att ändra eller har ändrat sin könstillhörighet omfattas av diskrimineringsgrunden kön. Att transsexuella kvinnor och män ska kunna åberopa diskrimineringsgrunden följer av EG-rätten (se avsnitt 2.1.3. och 2.2.)

3.3.2 Könsöverskridande identitet eller uttryck

Med könsöverskridande identitet eller uttryck åsyftas att någon inte identifierar sig som kvinna eller man eller genom sin klädsel eller på annat sätt ger uttryck för att tillhöra ett annat kön, 1:5 p.2. DiskL. Definitionen har inte några skarpa avgränsningar. Enligt förarbetena avses med definitionen dels en persons mentala eller självupplevda könsbild, dels hur någon uttrycker sitt sociala kön med t.ex. kläder, kroppsspråk, smink eller frisyr. Dessa förslag ska dock inte anses uttömmande, utan endast ses som exempel. Avsikten är att den som identifierar eller uttrycker sig som transvestit, transsexuell eller intersexuell ska kunna åberopa diskrimineringsgrunden. Avsikten med begreppet är dock inte att någon med åberopande av diskrimineringsgrunden ska kunna begära att en arbetsgivare t.ex. inrättar särskilda omklädningsrum eller toaletter för den som inte vill nyttja vad som är avsett för kvinnor och män.⁵⁵

Förslaget till diskrimineringsgrunden "könsöverskridande identitet eller uttryck" kom från Diskrimineringskommittén som föreslog att diskriminering av "transpersoner" skulle införas. Detta skydd skulle införas genom den nya diskrimineringsgrunden "könsidentitet". Beteckningen innefattade bl.a. transsexuella, transvestiter och intersexuella. Några enhetliga definitioner eller beskrivningar av vad som avses med dessa kategorier av transpersoner finns inte, dock har Riksdagens HBT-grupp, Riksförbunden för sexuellt likaberättigande (RFSL) och transvestitföreningen Full Personality Expression Sweden (FPE-S) gett följande beskrivning av ordet transperson: "ett politiskt samlingsbegrepp som vanligtvis avser individer vars könsidentitet och/eller könsuttryck tidvis eller alltid skiljer sig från normen för det kön som registrerades för dem vid födseln". Varje individ väljer själv om han eller hon vill räkna sig till gruppen. Bland de grupper som bör ingå bör nämnas transsexuella,

⁵³ SOU 2006:22, s. 255.

⁵⁴ Prop. 2007/08:95, s. 113, 658.

⁵⁵ Prop. 2007/08:95, s. 496.

transvestiter, intergenders, intersexuella och transgenderister.⁵⁶ För dessa grupper har Diskrimineringskommittén gjort följande beskrivningar:

- Transsexuell: upplever sig tillhöra det motsatta könet. Oftast önskar den som är transsexuell att genom medicinsk och kirurgisk behandling byta kön.
- Transvestit: har ett behov av att klä sig i det motsatta könets kläder. Den som är transvestit har ingen önskan att byta kön permanent.
- Intersexuell: kan t.ex. vara född med atypiska könsorgan. Det kan därför vara oklart vilket kön den som är intersexuell har.
- Intergender: en person som definierar sig som att befinna sig mellan eller bortom de traditionella könen eller som väljer att inte definiera sin könsidentitet alls.
- Transgenderist: är varken transsexuell, transvestit eller intergender men upplever sig inte vara traditionell kvinna eller man. En transgenderist kan leva mer eller mindre konstant i det motsatta könets roll utan att för den skull vilja byta kön permanent. En transgenderist kan också anse sig tillhöra det motsatta könet men manifesterar inte detta utåt t.ex. genom sitt utseende eller sitt beteende.⁵⁷

Den minsta gemensamma nämnaren är att det handlar om individer vars könsidentitet och/eller könsuttryck tidvis eller alltid skiljer sig från normen för det kön som registrerats för dem vid födelsen. Det handlar alltså om olika sätt att förhålla sig till könsidentitet och könsuttryck och inte om sexuell läggning. Regeringen ansåg dock inte att ordet ”transpersoner” borde användas i lagtext då det är en kontroversiell och högst allmän beteckning. Det kan av många uppfattas som en alltför svepande och generaliserande samlingsbeteckning.⁵⁸

Diskrimineringskommittén föreslog vidare att diskrimineringsgrunden ”könsidentitet” skulle formuleras som ”en persons identitet, utseende eller beteende med avseende på kön, oavsett om identiteten, utseendet eller beteendet skiljer sig från vad som traditionellt ansetts utgöra normen för kvinnor respektive män”.⁵⁹ Flera remissinstanser, bl.a. Arbetsdomstolen, Sveriges Domareförbund och Hovrätten för Västra Sverige anmärkte dock på kommitténs förslag och menade att det hade en alltför vag och vidsträckt innebörd. Definitionen tycktes kunna omfatta alla och envar. Regeringen påpekade även att ordet ”uttryck” borde innefattas i den nya diskrimineringsgrunden så att t.ex. även transvestiter omfattas. Slutligen benämndes alltså den nya diskrimineringsgrunden som ”könsöverskridande identitet eller uttryck”.⁶⁰

Förbud mot diskriminering som har samband med könsidentitet är inte en förpliktelse som följer av EG-rättsliga direktiv eller fördrag. Det är inte heller känt hur vanligt det är med diskriminering av t.ex. transvestiter eller

⁵⁶ Prop. 2007/08:95, s. 114f, SOU 2006:22, s. 256f.

⁵⁷ SOU 2006:22, s. 257, Prop. 2007/08:95, s. 115.

⁵⁸ Prop. 2007/08:95, s. 116, 658.

⁵⁹ SOU 2006:22, s. 255.

⁶⁰ Prop. 2007/08:95, s. 116.

personer som annars uttrycker sig på ett sätt som skiljer sig från vad som utifrån stereotypa föreställningar kanske förväntas av kvinnor eller män. Diskrimineringskommittén samt regeringen menar dock att transvestiter är en utsatt grupp i samhället som möts av misstro och fördomar och det är därför angeläget att diskrimineringskyddet breddas till att även omfatta denna grupp. Då transvestism är ett tabubelagt ämne i Sverige väljer många transvestiter att inte synas.⁶¹ Transvestism har även länge ansetts vara en sjukdom enligt Socialstyrelsen men kommer dock strykas ur Socialstyrelsens register den 1 januari 2009. Transsexualism kvarstår dock i sjukdomsregistret.⁶² Diskrimineringskommittén menar vidare att öppenheten bland transpersoner ökar, vilket kan leda till att diskriminering av transpersoner ökar. Även av denna anledning är det därför nödvändigt att diskrimineringskyddet ökar.⁶³

Risken för att transpersoner ska utsättas för diskriminering, hot och våld på grund av sin enligt samhället avvikande könsidentitet och eller könsidentitetsuttryck är stor. Detta tas bl.a. upp i RFSL:s rapport *Transpersoner – en del av HBT – samhället* som även poängterar att bristen på förebilder för transpersoner leder till försvårande situationer för transpersoner.⁶⁴ Dessutom råder kunskapsbrist i Sverige vad gäller transpersoners levnadssituation vilket även leder till att transpersoner diskrimineras på arbetsplatser. Vidare menar RFSL att 27 % av transpersonerna i Sverige utsattes för våld eller trakasserier på grund av sitt könsuttryck/sin könsidentitet under 2005, vilket visar att transpersoner är en mycket utsatt grupp.⁶⁵

Det finns ingen egentlig statistik för hur hög mörkertalet vad gäller anmälningsfrekvensen är för våld mot transpersoner, men då den ligger på ca 70 % för homo- och bisexuella kan det antas att mörkertalet är *minst* lika stort vad gäller transpersoner.⁶⁶

Det har i Sverige inte gjorts några egentliga undersökningar som kan ge svar på *hur utbredd* diskriminering av transpersoner är. Det har dock gjorts undersökningar som visar att diskriminering av transpersoner förekommer. T.ex. har Folkhälsoinstitutets rapport *Homosexuella, bisexuella och transpersoners hälsosituation*⁶⁷ tillsammans med det finska Equal-projektet *Sexuella minoriteter och transpersoner i arbetslivet* visat olika konkreta exempel. Rapporten från Folkhälsoinstitutet visade även att transpersoners psykiska välbefinnande var betydligt sämre än hos homosexuella. Framförallt bland transpersoner i åldersgruppen 16-29 år. Så många som 23

⁶¹ http://www.fpes.se/publikt/html/vilka_ar_vi/levnadsvillkor/riksdags_kompendie_klar_st.pdf s. 9, 081208 kl. 12:28.

⁶² <http://www.socialstyrelsen.se/Aktuellt/Nyheter/2008/Q4/081117nyhet.htm> 081212 kl. 17:28. <http://www.metro.se/se/article/2008/11/20/17/3313-65/index.xml> 081204 kl. 16:16,

⁶³ Prop. 2007/08:95, s. 109ff, SOU 2006:22, s. 277ff.

⁶⁴ http://www.rfsl.se/public/basinfo_transpersoner.pdf s. 3, 081208 kl. 11:42.

⁶⁵ <http://www.rfsl.se/?p=324&aid=11315> 081208 kl. 11:50.

⁶⁶ http://www.fpes.se/publikt/html/vilka_ar_vi/levnadsvillkor/riksdags_kompendie_klar_st.pdf s. 4, 081208 kl. 12:14.

⁶⁷ www.fhi.se Rapport nr A 2005:19.

% av transpersonerna i åldersgruppen 16-29 uppgav att de hade psykiskt dålig hälsa i en webbenkät från 2005 i samma rapport. Enligt samma webbenkät hade hälften av transpersonerna någon gång övervägt att ta sitt liv. Enligt Folkhälsoinstitutet är det uppenbart att diskriminering, som flera transpersoner upplever sig vara utsatta för, är en av orsakerna till denna ohälsa bland transpersoner eftersom det finns ett starkt samband mellan diskriminering och hälsa.

Det finns heller ingen egentlig statistik över hur många människor är Sverige om upplever sig vara en s.k. transperson. Det finns dock uppgifter på ungefär hur många transexuella och intersexuella personer det finns i Sverige sedan drygt 3 decennier tillbaka. 1972 infördes nämligen lagen (1972:119) om fastställande av könstillhörighet. Detta gav transexuella och intersexuella en möjlighet att få fastställt att de tillhör ett annat kön än det som antecknats vid födseln. Beslut om fastställande meddelas av Socialstyrelsen (Rättsliga rådet). Under åren 1972-1999 ansökte 340 personer om könsbyte hos Socialstyrelsen. Av dessa avsåg 208 att byta kön från man till kvinna och 132 från kvinna till man. Under åren 2000-2004 inkom sammanlagt 146 ansökningar om könsbyte, varav 98 av dessa var från man till kvinna och 48 var från kvinna till man. (Sammanlagt 1972-2004: 486 ansökningar.)⁶⁸

JämO har hittills handlagt endast två anmälningar om diskriminering pga. kön från transpersoner (transexuella). Enligt JämO bör det låga antalet ärenden främst bero på att mörkertalet beträffande diskriminering av transpersoner är mycket stort. Den första anmälan rörde framprovocerad uppsägning. Ärendet avslutades efter återkallelse från anmälaren. Det andra ärendet inkom 2004 och gällde en arbetssökande som under en utbildning till flygplatskontrollant genomgick ett könsbyte från kvinna till man. Utbildningen avbröts och en anmälan till JO gjordes om brott mot förbudet mot könsdiskriminering i 17 § JämL. Ärendet ledde till förlikning som innebar att arbetsgivaren medgav att man utsatt den arbetssökande för könsdiskriminering. Arbetsgivaren fick betala skadestånd för kränkning till den berörde.⁶⁹

Även Ombudsmannen mot diskriminering pga. av sexuell läggning (HomO) har behandlat en anmälan avseende en transexuell person. Det var från början nämligen oklart om diskrimineringen endast berodde på könstillhörighet eller om även koppling till sexuell läggning fanns. Ärendet avskrevs sedermera.⁷⁰

Eftersom diskriminering som har samband med könsbyte är fråga om könsdiskriminering ansåg Diskrimineringskommittén det vara naturligt att diskriminering av transexuella även lagtekniskt i den nya lagen hänförs till könsdiskriminering. Detsamma borde gälla den som avser att genomgå ett könsbyte. En fördel med detta, enligt Diskrimineringskommittén, är att det

⁶⁸ SOU 2006:22, s. 262.

⁶⁹ SOU2006:22, s. 275.

⁷⁰ SOU 2006:22, s. 275.

anknyter till EG-domstolens avgöranden, se avsnitt 2.2. Detta borde dock endast gälla för transsexuella och intersexuella.⁷¹ Regeringen menade dock att det finns skäl att inte föra samman de som omfattas av den nya diskrimineringsgrunden, t.ex. transsexuella med diskrimineringsgrunden kön. Ett av dessa skäl är att begreppet könsdiskriminering och bestämmelserna om aktiva åtgärder för kön även fortsättningsvis tydligt bör ta sikte på enbart kvinnor och män. Att vidga begreppet "kön" skulle kunna skapa osäkerhet i tillämpningen av reglerna.⁷² Att transsexuella skyddas genom begreppet könsöverskridande identitet eller uttryck ger dessa ett tydligare och förmodligen starkare skydd än det de tidigare har haft genom jämställdhetslagens regler.

En fördel med införandet av diskrimineringsgrunden "könsidentitet" som en självständig diskrimineringsgrund ansåg Diskrimineringskommittén vara att den skyddade gruppen på detta sätt synliggörs i högre grad och att spridandet av kunskap om diskrimineringsförbudet underlättas och detta ska i sin tur öka möjligheten att motverka negativa och fördomsfulla attityder.⁷³

3.4 Diskrimineringsförbud

3.4.1 Direkt och indirekt diskriminering

Definitionen för direkt och indirekt diskriminering finns i 1:4 p. 1-2.

- Direkt diskriminering: att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder
- Indirekt diskriminering: att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med visst kön, viss könsöverskridande identitet eller uttryck, viss etnisk tillhörighet, viss religion eller annan trosuppfattning, visst funktionshinder, viss sexuell läggning eller viss ålder, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

3.4.1.1 Direkt diskriminering

Legaldefinitionen av direkt diskriminering är densamma som i

⁷¹ SOU 2006:22, s. 284.

⁷² Prop. 2007/08:95, s. 115.

⁷³ SOU 2006:22, s. 285.

jämställdhetslagen och de andra diskrimineringslagarna, bortsett från att könsöverskridande identitet eller uttryck och ålder har lagts till. Direkt diskriminering är uppbyggt kring *missgynnande, jämförelse* och *orsakssamband*.⁷⁴

Ett missgynnande innebär att t.ex. en arbetstagare eller en arbetssökande försätts i ett sämre läge eller går miste en förmån, en förbättring och liknande. Om en behandling medför skada eller nackdel för den enskilde kan denna anses vara missgynnande. Exempel på missgynnande är en faktisk förlust, obehag eller liknande. Det kan t.ex. vara fråga om en arbetssökande som inte kallas till intervju eller om en arbetstagare som går miste om en löneförhöjning eller en befordran. Exempel på obehag kan vara trakasserier. Avgörande är inte vilken orsak som ligger bakom missgynnandet, utan det är den negativa effekten som räknas. Ett missgynnande kan bestå i såväl aktivt handlande som underlåtenhet att handla.⁷⁵

Vad gäller jämförelse är det naturligt att jämförelse i allmänhet görs med en annan existerande person, t.ex. en arbetskamrat. Detta är dock inget krav. I många fall är det möjligt att fastställa att en person blivit missgynnad utan konkreta jämförelser med hur andra personer har behandlats. Så är t.ex. fallet om en arbetstagare sägs upp, omplaceras till annat arbete eller om förmåner dras in.⁷⁶ Om det inte finns någon verklig jämförelseperson får jämförelsen även göras med en påtänkt jämförelseperson, s.k. hypotetisk jämförelseperson. Personerna som jämförs måste dock befinna sig i en *jämförbar situation*. Om det i det enskilda fallet anses rimligt och naturligt att två olika individer behandlas lika befinner sig i dessa i en jämförbar situation.⁷⁷ I AD 2004 nr 44 hävdade en kvinnlig arbetssökande att hon blivit utsatt för otillåten könsdiskriminering då en manlig arbetssökande erhöll tjänsten hon hade sökt. För att utröna om otillåten könsdiskriminering förelåg vid tillsättningen var domstolen först tvungen att fastställa huruvida de två arbetssökande befann sig i en jämförbar situation. Domstolen kom fram till att någon jämförbar situation *inte* förelåg eftersom den manliga arbetssökande hade betydligt bättre meriter än den kvinnliga arbetssökande, främst vad gäller personlig lämplighet som i det här fallet var den merit som vägde tyngst.

Den tredje nödvändiga förutsättningen för direkt diskriminering är att det ska finnas ett orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. Ett sådant samband kan vara starkt eller svagt. Om det finns en avsikt att diskriminera någon pga. t.ex. kön är detta ett mycket starkt orsakssamband. Det räcker således att det finns ett *samband* mellan missgynnande och diskrimineringsgrunden,

⁷⁴ Prop. 2007/08:95, s. 486, Källström och Malmberg, s. 83ff., Göransson och Karlsson, s. 38f.

⁷⁵ Prop. 2007/08:95, s. 486f, Källström och Malmberg, s. 83f., Göransson och Karlsson, s. 38.

⁷⁶ Malmberg, JT 2001-02, s. 805.

⁷⁷ Prop. 2007/08:95, s. 487, Källström och Malmberg s. 84, Göransson och Karlsson, s. 39.

missgynnandet/diskrimineringen behöver alltså inte vara avsiktlig eller avgörande för beslutet.⁷⁸ I AD 1995 nr 158 erhöll en kvinnlig arbetstagare sämre lön än en manlig kollega. Domstolen konstaterade att deras arbete var att betrakta som likvärdigt och därmed presumerades att otillåten könsdiskriminering förelåg. Denna presumtion kunde brytas om arbetsgivaren kunde visa att löneskillnaden berodde på skillnader i arbetstagarnas sakliga förutsättningar för arbetet eller att den i varje fall varken direkt eller indirekt hade samband med arbetstagarnas könstillhörighet. Detta, ansåg domstolen, kunde arbetsgivaren dock inte visa och otillåten könsdiskriminering ansågs därmed föreligga.

3.4.1.2 Indirekt diskriminering

Legaldefinitionen av indirekt diskriminering är i huvudsak densamma som i JämL. Skillnaden är att orden ”som i praktiken särskilt missgynnar” har ersatts med ”som kan komma att särskilt missgynna”. Någon ändring i sak är dock inte avsedd. Även här har diskrimineringsgrunderna könsöverskridande identitet eller uttryck och ålder tillkommit. Indirekt diskriminering är uppbyggt kring *missgynnande, jämförelse* och *intresseavvägning*.⁷⁹

Missgynnande i indirekt diskriminering är detsamma som i direkt diskriminering; skada, obehag och liknande nackdel. Missgynnande uppstår när någon tillämpar en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som verkar neutralt men som vid en närmare granskning i praktiken typiskt sett missgynnar personer som tillhör någon av de grupper som skyddas i lagstiftningen.⁸⁰

Jämförelse vid indirekt diskriminering skiljer sig något från den jämförelse som görs vid direkt diskriminering. Här måste en jämförelse göras mellan den grupp som den missgynnande personen tillhör och en annan grupp. Grupperna som jämförs måste vara aktuella. Hypotetiska jämförelsepersoner kan inte användas.⁸¹

Intresseavvägning är avgörande för frågan om ett visst förfarande ska anses vara tillåtet eller otillåtet som indirekt diskriminering. För att en åtgärd som typiskt sett har negativa effekter för en viss grupp ska vara tillåten måste två krav vara uppfyllda:

- syftet måste vara objektivt godtagbart
- åtgärden för att uppnå syftet måste vara lämplig och nödvändig.

Intresseavvägningen innebär att t.ex. ett kriterium kan prövas utifrån arbetsgivarens verksamhetsbehov.⁸² I AD 2003 nr 74 var frågan huruvida en tillämpning av ett kollektivavtalsvillkor som gav rätt till föräldralön i samband med födelse av eget barn, och som endast föreligger under en

⁷⁸ Prop. 2007/08:95, s. 488, Källström och Malmberg, s. 84, Göransson och Karlsson s. 39.

⁷⁹ Prop. 2007/08:95, s. 490.

⁸⁰ Prop. 2007/08:95, s. 490, Göransson och Karlsson, s. 42.

⁸¹ Prop. 2007/08:95, s. 491.

⁸² Prop. 2007/08:95, s. 491.

period om ca tre månader räknat från barnets födelse, innebär indirekt diskriminering av män. Domstolen gjorde här en intresseavvägning och ansåg att bestämmelsen var försvarlig, dvs. att den är motiverad av sakliga omständigheter som inte har någon anknytning till diskriminering på grund av kön, eftersom det i det här fallet var barnets behov av omvårdnad som först och främst ska tas i beaktande. Bestämmelsen var alltså lämplig och nödvändig och syftet objektivt godtagbart.

I ett annat ganska uppmärksammat fall, AD 2005 nr 87, ansågs en indirekt diskriminerande bestämmelse inte försvarlig. Det var här fråga om en kvinna som nekades anställning på Volvo Personvagnar pga. att hon var för kort, 160 cm. Arbetsgivaren hade nämligen ställt ett krav på att de arbetssökande skulle vara mellan 163 cm och 195 cm långa. Detta krav medförde att ca 25 % av kvinnorna och ca 2 % av männen uteslöts från arbete, vilket visar att detta krav särskilt missgynnade kvinnor. Arbetsgivaren menade att längdkravet var nödvändigt för att minska risken för belastningsskador och att kravet därmed motiverades av objektiva faktorer som inte hade samband med kön. Arbetsgivaren lyckades dock inte visa på ett övertygande sätt att längdkravet hade varit en "lämplig och nödvändig åtgärd för att uppnå bolagets syfte med kravet", och arbetsgivaren hade därmed gjort sig skyldig till indirekt könsdiskriminering.

3.4.2 Trakasserier och sexuella trakasserier

Trakasserier och sexuella trakasserier definieras i 1:4 p. 3-4.

- Trakasserier: ett uppträdande som kränker någons värdighet och som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder
- Sexuella trakasserier: ett uppträdande av sexuell natur som kränker någons värdighet

3.4.2.1 Trakasserier pga. kön eller könsöverskridande identitet eller uttryck

Innehållet i 1:4 p.3 är detsamma som i JämL. Denna form av diskriminering är uppbyggd kring uttrycken *missgynnande*, *oönskat*, *insikt* och *orsakssamband*.⁸³

Trakasserier kan ta sig uttryck i form av handlingar, beteenden eller bemötanden som kränker den utsattes värdighet på ett sätt som har anknytning till kön eller könsöverskridande identitet eller uttryck. Trakasserier kan vara av både fysisk och verbal karaktär. Även när det

⁸³ Prop. 2007/08:95, s. 492.

gäller trakasserier ska missgynnandet innebära skada eller obehag som kränker den enskildes värdighet. För att det ska vara fråga om trakasserier bör kränkningarna vara märkbara och tydliga.⁸⁴

Trakasseriförbudet (inklusive sexuella trakasserier) är ett generellt förbud och gäller i alla situationer som har en naturlig anknytning till arbetet. Förbudet gäller vid såväl ledning och fördelning av arbete som vid situationer som inte präglas av någon egentlig arbetsledning eller beslutsfattande. Även ordval eller jargong under raster eller t.ex. vid en fest som hålls på arbetsplatsen faller in under trakasseriförbudet.⁸⁵

Handlingarna eller beteendet måste också vara oönskat för att det ska vara fråga om trakasserier. Bedömningen om huruvida handlingen eller beteendet är oönskat är subjektiv. Det är den utsatte som avgör om handlingen eller beteendet är önskat eller inte. Den som trakasserar måste dock ha insikt om att dennes beteende eller handlingar är kränkande. Den som blir trakasserad bör alltså göra detta klart för den som trakasserar. I praktiken betyder detta att en person inte med framgång kan påstå sig vara diskriminerad om denne inte gör detta klart för den som trakasserar. I vissa fall kan det dock vara så att omständigheterna är sådana att kränkningen borde stå klart för den som trakasserar, och några särskilda påpekanden från den som känner sig trakasserad behöver då inte göras.⁸⁶

Även när det gäller trakasserier krävs det ett orsakssamband mellan handlingen eller beteendet och den aktuella diskrimineringsgrunden (kön eller könsöverskridande identitet eller uttryck).⁸⁷

Det finns idag inga rättsfall i Sverige med anknytning till trakasserier pga. kön eller könsöverskridande identitet.

3.4.2.2 Sexuella trakasserier

Med sexuella trakasserier avses detsamma som i JämL. Sexuella trakasserier är lagtekniskt uppbyggd kring uttrycken *missgynnande*, *oönskat*, *insikt* och *av sexuell natur*. Även här ska missgynnandet innebära skada eller obehag och kränka den enskildes värdighet. Handlingarna eller beteendet ska dessutom vara oönskat av den som trakasserar, och den som trakasserar måste ha insikt om att hans eller hennes beteende kränker någon.⁸⁸

Det som skiljer sexuella trakasserier från den andra typen av trakasserier är att uppträdandet är av sexuell natur. Uppträdandet kan vara verbalt, icke-verbalt eller fysiskt. Verbalt uppträdande kan t.ex. vara ovälkomna förslag eller påtryckningar om sexuell samvaro. Icke-verbalt uppträdande kan t.ex. vara att visa pornografiska bilder eller andra föremål. Fysiskt uppträdande

⁸⁴ Prop. 2007/08:95, s. 492f.

⁸⁵ Prop. 2007/08:95, s. 498.

⁸⁶ Prop. 2007/08:95, s. 493.

⁸⁷ Prop. 2007/08:95, s. 493.

⁸⁸ Prop. 2007/08:95, s. 494.

kan handla om oönskad kontakt, t.ex. beröring, klappande, nypande eller strykningar mot en annan persons kropp.⁸⁹

Om en arbetsgivare får kännedom om att en arbetstagare anser sig ha blivit utsatt för trakasserier eller sexuella trakasserier i samband med arbetet av någon som utför arbete eller fullgör praktik hos arbetsgivaren, är arbetsgivaren skyldig att utreda omständigheterna kring de uppgivna trakasserierna och i förekommande fall vidta de åtgärder som skäligen kan krävas för att förhindra trakasserier i framtiden, 2:3 DiskL. Om en arbetsgivare låter bli att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier kan detta leda till att arbetsgivaren blir skyldig att betala diskrimineringsersättning enligt 5:1 DiskL (mer om diskrimineringsersättning i avsnitt 3.9.3.). Här krävs det ett samband med arbetet, dvs. att händelsen har ett naturligt samband med arbetet (se föregående avsnitt).⁹⁰ Denna regel finns även i 22a § JämL, med skadestånd som påföljd, 27a§ JämL. I AD 2005 nr 22 blev en arbetsgivare skadeståndskyldig då han inte ansågs ha uppfyllt sin utredningsskyldighet. En kvinnlig arbetstagare hade blivit utsatt för våldtäkt på fritiden och sexuella trakasserier på arbetsplatsen av en annan arbetstagare. AD ansåg att arbetsgivaren underlåtit att uppfylla sin utredningsskyldighet när han fick kännedom om våldtäkten då han inte utrett hur den kvinnliga arbetstagaren hade blivit bemött av den andra arbetstagaren på arbetsplatsen, och då arbetsgivaren inte heller tillräckligt snabbt inlett en utredning när han fick kännedom om påståendet om sexuella trakasserier.

Arbetsgivaren har även en skyldighet att vidta åtgärder för att förebygga och förhindra att någon arbetstagare utsätts för trakasserier (och sexuella trakasserier) eller repressalier som har samband med kön, 3:6 (se även avsnitt 3.8 om aktiva åtgärder). Paragrafen motsvarar 6 § JämL och innebär att arbetsgivaren måste göra klart att inga former av trakasserier pga. kön, sexuella trakasserier eller repressalier får förekomma. Arbetsgivaren måste vidare göra klart för de anställda vad som händer ifall de bryter mot dessa regler, dvs. att t.ex. omplacering eller uppsägning kan bli aktuellt.⁹¹ I AD 2006 nr 54 ansågs ett avskedande av en manlig arbetstagare ha laga grund eftersom han ansågs ha gjort sig skyldig till grova sexuella trakasserier. Arbetstagaren hade vid ett flertal tillfällen tagit en kvinnlig arbetstagare på bröstet och stjärten och använt ett grovt språk med sexuella anspelningar. AD menade att arbetstagarens handlingar ska betraktas som grova eftersom han var medveten om att hans handlande var ovälkommet, hans handlande på ett allvarligt sätt kränkte den kvinnliga arbetstagarens kroppsliga integritet och den kvinnliga arbetstagaren endast var 19 år gammal och relativt nyanställd.

Arbetsgivaren bör också upprätta en beredskapsplan för hur eventuella trakasserier pga. kön, sexuella trakasserier eller repressalier ska hanteras.⁹²

⁸⁹ Prop. 2007/08:95, s. 494.

⁹⁰ Prop. 2007/08:95, s. 503.

⁹¹ Prop. 2007/08:95, s. 535.

⁹² Prop. 2007/08:95, s. 536.

3.4.3 Instruktioner att diskriminera

Instruktioner om att diskriminera är också en form av diskriminering, 1:5 p. 5. Ordern eller instruktionen ska lämnas antingen åt någon som står i lydnads- eller beroendeförhållande till den som lämnar ordern eller instruktionen eller till någon som gentemot denna åtagit sig att fullgöra ett uppdrag. Ett exempel på lydnads- eller beroendeförhållande kan t.ex. vara förhållandet mellan en person med chefsbefattning och en underlydande.⁹³

Det krävs också att en missgynnande effekt uppstår för att det ska vara fråga om diskriminering. Om instruktion eller påtryckning inte får en missgynnande effekt står dessa inte i strid mot lagen. Om en instruktion inte åtlyds kan en missgynnande effekt ändå undantagsvis uppstå. Så kan t.ex. vara fallet när instruktionen, även om den inte åtlyddes, resulterade i stor uppmärksamhet eller ”skvaller”. På så sätt kan den enskilde ändå ha utsatts för en kränkning.⁹⁴

3.4.4 Positiv särbehandling

Ett undantag från könsdiskrimineringsförbudet är s.k. positiv särbehandling. Positiv särbehandling i Sverige har varit tillåten enligt JämL, men inte enligt övriga diskrimineringslagar. Positiv särbehandling stadgas i skrivande stund i 17 § 2 st. JämL och efter årsskiftet 2008/09 gäller 2:2 p.1 DiskL. Där stadgas att särbehandling som föranleds av en egenskap som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna, får vid beslut om anställning, befordran eller utbildning för befordran göras om egenskapen på grund av arbetets natur eller det sammanhang där arbetet utförs utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav som har ett berättigat syfte och kravet är lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet. Diskrimineringsförbudet hindrar inte heller åtgärder som är ett led i strävanden att främja jämställdhet mellan kvinnor och män och som avser annat än löne- eller andra anställningsvillkor, p. 2.

Med "yrkeskrav" i 2:2 p. 1 avses yrkeskvalifikationer, meriter eller förutsättningar för att kunna utföra ett arbete väl. Att yrkeskravet ska vara verkliga syftar på att kravet inte får vara fiktivt. Det måste stå klart att det verkligen varit de krav som arbetet ställer, eller det sammanhang där arbetet utförs, som varit styrande i det enskilda fallet. Kravet ska även vara "avgörande" vilket innebär att den arbetssökande besitter en egenskap eller förmåga som gör att han eller hon kan utföra arbetet bättre än andra.⁹⁵

Undantaget har dock ett snävt tillämpningsområde. För det första får det endast tillämpas vid anställningar, befordran och utbildning för befordran. Övriga faktiska situationer, som t.ex. lönesättning eller arbetsledning, omfattas inte av undantaget. Undantaget ska vidare tolkas restriktivt och enbart omfatta de yrkeskvalifikationer som är absolut nödvändiga för att

⁹³ Prop. 2007/08:95, s. 494.

⁹⁴ Prop. 2007/08:95, s. 494f.

⁹⁵ Prop. 2007/08:95, s. 502.

utöva yrkesverksamheten. Undantaget kan t.ex. användas vid teaterföreställningar och liknande där det krävs att skådespelaren t.ex. har ett visst kön.⁹⁶

Vad gäller 2:2 p. 2 är positiv särbehandling tillåten i det enskilda fallet när en arbetsgivare bedriver systematisk verksamhet som har till syfte att främja jämställdheten i stort. För att det här ska vara fråga om positiv särbehandling krävs det att arbetsgivaren t.ex. anknyter till träffade jämställdhetsavtal eller annat samarbete med arbetstagarorganisationer på personalpolitikens område. Enstaka diskriminerande åtgärder eller förfaranden utan stöd i en jämställdhetsplan eller ett jämställdhetsavtal omfattas inte av undantaget.⁹⁷

Positiv särbehandling gäller dock endast i fråga om kön och inte könsöverskridande identitet eller uttryck.

3.5 Diskrimineringsförbudens tillämpningsområde

Enligt 2:1, 1 st. DiskL får en arbetsgivare inte diskriminera den som hos arbetsgivaren

1. är arbetstagare,
2. gör en förfrågan om eller söker arbete,
3. söker eller fullgör praktik, eller
4. står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft.

Med arbetsgivare menas här även den som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta i frågor som rör någon som avses i första stycket, 2:1 sista stycket.

Med arbetstagare avses den som är part i ett anställningsavtal. Även lärlingar som är anställda medan de varvar utbildning eller arbete innefattas. Alla situationer med koppling till arbetet som kan uppstå mellan en arbetsgivare och en arbetstagare etc. omfattas av 1p, dvs. alla situationer som har en anknytning till arbetet. Generellt gäller att förbuden tar sikte på mer än bagatellartade skillnader i behandling.⁹⁸

Med ”söker eller fullgör praktik” innefattas studenter eller studerande som under studierna fullgör praktik. Även PRAO-elever som tar del av arbetsförlagd utbildning räknas hit. Med inhyrd eller inlånad arbetskraft avses bl.a. personal från bemanningsföretag.⁹⁹

⁹⁶ Prop. 2007/08:95, s. 502.

⁹⁷ Prop. 2007/08:95, s. 503.

⁹⁸ Prop. 2007/08:95, s. 497f.

⁹⁹ Prop. 2007/08:95, s. 497.

Vad gäller arbetssökande och den som gör en förfrågan om arbete omfattas en arbetsgivares anställningsbeslut och åtgärder och underlåtenheter som föregår detta. T.ex. kan ett besked via telefon eller post om att ett anställningsförfarande är avslutat eller att det inte finns arbete att söka utgöra diskriminering om det är ett sätt att avvisa eller avskräcka icke önskvärda personer från att söka arbete. Även hanteringen vid ansökningshandlingar och urval till anställningsintervjuer och liknande omfattas också. Formulering av platsannonser omfattas dock inte av diskrimineringsförbudet.¹⁰⁰

Denna regel bör jämföras med 17 § JämL som anger tillfällen och situationer där diskrimineringsförbuden gäller. Där stadgas att könsdiskriminering gäller när arbetsgivaren

1. beslutar i en anställningsfråga, tar ut arbetssökanden till anställningsintervju eller vidtar annan åtgärd under anställningsförfarandet,
2. beslutar om befordran eller tar ut en arbetstagare till utbildning för befordran
3. beslutar om eller vidtar annan åtgärd som rör yrkespraktik,
4. beslutar om eller vidtar annan åtgärd som rör annan utbildning eller yrkesvägledning,
5. tillämpar löne- eller andra anställningsvillkor för arbeten som är att betrakta som lika eller likvärdiga,
6. leder och fördelar arbetet, eller
7. säger upp, avskedar, permitterar eller vidtar annan ingripande åtgärd mot en arbetstagare.

Könsdiskrimineringsförbudet i JämL gäller endast i dessa situationer.

Nytt i DiskL i förhållande till JämL är regleringen i fråga om praktik samt att diskrimineringsförbudet kan åberopas av personer som utan att söka en viss anställning endast gör en förfrågan om arbete. Även skyddet för dem som utför eller står till förfogande för att utföra arbete som inhyrd eller inlånad personal är nytt. Genom det sistnämnda tillägget kan en arbetsgivare som söker personal via ett bemanningsföretag inte av diskriminerande skäl neka att ta emot en viss person som bemanningsföretaget erbjuder arbetsgivaren.¹⁰¹

Även om det inte uttryckligen tas upp i DiskL omfattas även de punkter som 17 § JämL tar upp i DiskL. T.ex. gäller skyddet vid beslut om befordran eller när arbetsgivaren tar ut en arbetstagare till utbildning för befordran. Vidare gäller diskrimineringsförbudet arbetsgivarens hantering av löne- och anställningsvillkor.¹⁰²

Diskrimineringsförbudet avser de fem former av diskriminering som definieras i 1:4 DiskL, dvs. vid direkt och indirekt diskriminering, trakasserier och sexuella trakasserier och instruktion att diskriminera, i

¹⁰⁰ Prop. 2007/08:95, s. 499.

¹⁰¹ Prop. 2007/08:95, s. 498.

¹⁰² Prop. 2007/08:95, s. 498.

samband med någon av de sju diskrimineringsgrunder som lagen omfattar, dvs. bl.a. könsöverskridande identitet eller uttryck.¹⁰³

3.6 Bevisbörda

Vad gäller tvister om diskriminering gäller sedan år 2001 bevisbördedirektivets bevisregler. Tidigare fanns reglerna om bevisbörda i JämL 45a §, i den nya lagen återfinns regeln i 6:3 DiskL. I linje med direktivet och JämL säger regeln att den som anser sig ha blivit diskriminerad (eller utsatt för repressalier) måste visa omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad. Bevisbördan övergår sedan till svaranden som måste visa att diskriminering eller repressalier inte har förekommit eller, om det är fråga om indirekt diskriminering, att t.ex. bestämmelsen eller kriteriet kan motiveras av ett berättigat mål och att medlen för att uppnå syftet var lämpliga och nödvändiga. Eftersom bevisregeln grundar sig på bevisbördedirektivet är EG-domstolens praxis vägledande för dess tillämpning.¹⁰⁴

3.7 Repressalier

I 2:18 i DiskL finns ett repressalieförbud för arbetsgivare. En arbetsgivare får inte utsätta en arbetstagare för repressalier på grund av att arbetstagaren

1. anmält eller påtalat att arbetsgivaren handlat i strid med lagen,
2. medverkat i en utredning enligt lagen, eller
3. avvisat eller fogat sig i arbetsgivarens trakasserier eller sexuella trakasserier.

Förbudet gäller också i förhållande till den som hos arbetsgivaren

1. gör en förfrågan om eller söker arbete,
2. söker eller fullgör praktik, eller
3. står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft.

Med repressalier avses ogynnsam behandling eller ogynnsamma följder som kan drabba en person som framfört klagomål mot vad han eller hon har uppfattat som diskriminering eller annat handlande i strid med lagen.

Karaktäristiskt för repressalier är att de på något sätt består av en bestraffningsåtgärd. Det kan vara fråga om såväl ett handlande som en underlåtenhet från arbetsgivarens sida som innebär ogynnsam behandling eller ogynnsamma följder för arbetstagaren. Det kan t.ex. röra sig om en uppsägning eller andra nackdelar för arbetstagaren såsom att en utlovad förmån som uteblir.¹⁰⁵

¹⁰³ Prop. 2007/08:95, s. 498.

¹⁰⁴ Prop. 2007/08:95, s. 561, Göransson och Karlsson, s. 38ff, Malmberg, JT 2001-02, s. 806f.

¹⁰⁵ Prop. 2007/08:95, s. 531.

Bestämmelsen i första stycket anger när arbetsgivarens repressalieförbud gäller. Repressalieförbudet i tredje punkten är nytt i förhållande till tidigare reglering. I andra stycket anges vilka, utöver arbetstagare, som skyddas av paragrafens repressalieförbud.

I 2:19 finns ett repressalieförbud för andra än arbetsgivaren.

3.8 Aktiva åtgärder

I 3 kap DiskL stadgas regler om aktiva åtgärder mellan arbetsgivare och arbetstagare. Enligt 1 § ska arbetsgivare och arbetstagare samverka om aktiva åtgärder för att uppnå lika rättigheter och möjligheter i arbetslivet oavsett kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, och särskilt motverka diskriminering i arbetslivet på sådana grunder. Paragrafen motsvarar 2 § JämL och innebär att arbetsgivare och fackliga organisationer ska arbeta gemensamt i en dialog. Samverkansskyldigheten är allmänt hållen och då det inte finns några särskilda procedurregler lämnas det åt parterna att anpassa formerna till specifika behov på en viss arbetsplats.¹⁰⁶

Arbetsgivaren ska även inom ramen för sin verksamhet bedriva ett målinriktat arbete för att aktivt främja lika rättigheter och möjligheter i arbetslivet oavsett kön, 3:3. Paragrafen motsvarar 3 § JämL och innebär att arbetet ska ske planmässigt och kan alltså inte ske på improvisation eller av tillfälligheter.¹⁰⁷

Enligt 3:4 ska arbetsgivaren genomföra sådana åtgärder som med hänsyn till arbetsgivarens resurser och omständigheterna i övrigt kan krävas för att arbetsförhållandena ska lämpa sig för alla arbetstagare oavsett kön. Åtgärderna ska här ta sikte både på den fysiska och på den psykosociala arbetsmiljön. Åtgärderna kan bestå i att arbetsgivaren ska beakta vad som typiskt sett utgör skillnader mellan t.ex. kvinnor och män. En sådan skillnad är t.ex. fysisk styrka. En annan är verktyg som är konstruerade så att de passar män bättre än kvinnor. Åtgärderna som arbetsgivaren är skyldig att göra är i regel enkla och praktiska, såsom att ha omklädningsrum och toaletter för både kvinnor och män och teknisk utrustning som passar båda könen.¹⁰⁸

Likalöneprincipen tas upp i 3:2 DiskL. Enligt 1 st. ska arbetsgivare och arbetstagare särskilt verka för att utjämna och förhindra skillnader i löner och andra anställningsvillkor mellan kvinnor och män som utför arbete som är att betrakta som lika eller likvärdigt. De ska också främja lika möjligheter till löneutveckling för kvinnor och män.

¹⁰⁶ Prop. 2007/08:95, s. 533.

¹⁰⁷ Prop. 2007/08:95, s. 535.

¹⁰⁸ Prop. 2007/08:95, s. 535.

Denna regel gäller endast för diskrimineringsgrunden kön. Paragrafen har en tydlig koppling till reglerna om lönekartläggning och löneanalys i JämL (10-11 §§). Skyldigheten för en arbetsgivare att utföra en lönekartläggning har funnits i JämL sedan 1994. Reglerna om lönekartläggning uppfattades tidigare dock som svåra och oklara. År 2001 gjordes viktiga ändringar som förstärkte och förtydligade reglerna om lönekartläggning. Det var bl.a. då som reglerna om en löneanalys tillkom.¹⁰⁹

Tanken med lönekartläggning och löneanalys är att arbetet ska utföras på så sätt att arbetsgivaren samråder med arbetstagersidan om hur arbetet ska läggas upp. Därefter ges arbetstagarernas företrädare möjlighet att delta vid kartläggning och analys av lönesystem och löneskillnader. Vanligtvis representeras arbetstagersidan av de fackliga organisationer som finns på arbetsplatsen, men arbetstagarerna kan också utse sina egna representanter i en samverkansgrupp.¹¹⁰

Lönekartläggning och löneanalys ska göras vart tredje år i syfte att upptäcka, åtgärda och förhindra osakliga skillnader i lön och andra anställningsvillkor mellan kvinnor och män, 3:10. Paragrafen har i huvudsak flyttats över från JämL utan några större ändringar. Ändringen består i att kartläggningen och analysen ska göras vart tredje år. Arbetsgivaren ska även vart tredje år upprätta en handlingsplan för jämställda löner och där redovisa resultatet av kartläggningen och analysen, 3:11.

I andra stycket definieras vad som menas med ”arbete som är att betrakta som likvärdigt”. Denna definition dök för första gången upp vid 2001 års ändringar av JämL. Ett arbete är att betrakta som likvärdigt med ett annat arbete om det utifrån en sammantagen bedömning av de krav arbetet ställer samt dess natur kan anses ha lika värde som det andra arbetet. Bedömningen av de krav arbetet ställer ska göras med beaktande av kriterier som kunskap och färdigheter, ansvar och ansträngning. Vid bedömningen av arbetets natur ska särskilt arbetsförhållandena beaktas. Definitionen är inte uttömmande.¹¹¹

3.9 Sanktioner

3.9.1 Ogiltigförklaring

Enligt JämL är påföljden för brott mot könsdiskriminering skadestånd och ogiltighet. Om någon diskrimineras genom en bestämmelse i ett individuellt avtal eller i ett kollektivavtal på ett sätt som är förbjudet enligt denna lag, ska bestämmelsen jämkas eller förklaras ogiltig om den som diskriminerats begär det. Har bestämmelsen sådan betydelse för avtalet att det inte skäligen

¹⁰⁹ Göransson och Karlsson, s. 33f.

¹¹⁰ Prop. 2007/08:95, s. 534.

¹¹¹ Prop. 2007/08:95, s. 534.

kan krävas att detta i övrigt ska gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet förklaras ogiltigt, 5:3 1 st.

Om någon diskrimineras genom uppsägning av ett avtal eller genom en annan sådan rättshandling, ska rättshandlingen förklaras ogiltig om den som diskriminerats begär det, 5:3 2 st.

Om någon diskrimineras genom en ordningsregel eller en liknande intern bestämmelse på arbetsplatsen ska bestämmelsen jämkas eller förklaras sakna verkan om den som diskriminerats begär det, 5:3, 3 st. Med ordningsregler avses t.ex. tjänstereglementen eller arbetsreglementen, förhållningsorder, policier och riktlinjer som bestämts av arbetsgivaren (företaget) ensidigt och som de anställda har att följa. Det handlar således inte om regler som kommer till uttryck i individuella avtal eller i kollektivavtal, och inte heller i någon form av författning eller andra generella, bindande bestämmelser. Eftersom ensidiga ordningsregler av detta slag inte har någon giltighet i avtalsrättslig mening, får de förklaras sakna verkan, istället för att ogiltigförklaras. Endast den som diskriminerats kan begära att ordningsregeln på arbetsplatsen ska jämkas eller förklaras sakna verkan. I första hand avses arbetstagare och arbetssökande, men också den som söker eller fullgör praktik eller som står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft kan göra en sådan begäran.¹¹²

Paragrafen motsvarar 23 och 24 §§ JämL. En viss skillnad är att det i JämL är arbetstagare eller arbetssökande som kan begära ogiltigförklaring, medan det i DiskL är ”någon”. Även enligt JämL är det den som diskriminerats som kan begära att t.ex. en rättshandling ogiltigförklaras. Huvudregeln är att ogiltigheten är partiell och berör endast den rättshandling eller den del av avtalet som utgör själva missgynnandet. Avtalsförhållanden kan också bli ogiltiga i sin helhet.¹¹³

3.9.2 Skadestånd

Brott mot JämL kan innebära att arbetsgivaren tvingas att betala såväl ett ekonomiskt skadestånd som ett allmänt skadestånd. Ekonomiskt skadestånd innebär ersättning för den faktiska ekonomiska förlusten, t.ex. förlorad lön och andra förmåner, och ett allmänt skadestånd innebär en kompensation för den kränkning som diskrimineringen inneburit. En arbetssökande som diskriminerats kan bara erhålla allmänt skadestånd. Hittills har maximalt 50 000 kr utdömts till en arbetssökande.¹¹⁴ En arbetsgivare som underlåtit att utreda huruvida uppgivna trakasserier förekommit kan även bli skyldig att betala allmänt skadestånd till den som blivit trakasserad (se avsnitt

¹¹² Prop. 2007/08:95 s. 557f, Göransson och Karlsson, s. 117.

¹¹³ Källström och Malmberg, s. 100.

¹¹⁴ AD 2002 nr 45. En gravid kvinna som förbigåtts vid anställning har, med hänvisning till likabehandlingsdirektivet, tilldömts allmänt skadestånd med 50 000 kronor.

3.4.2.2.).¹¹⁵ I AD 2002 nr 102 blev arbetsgivaren skyldig att utge allmänt skadestånd på 80 000 kr till en kvinnlig provanställd som anmält att hon blivit sexuellt trakasserad av sin närmaste chef.

När det allmänna skadeståndet ska fastställas tar man bl.a. hänsyn till sådana omständigheter som diskrimineringens art och omständigheterna kring förfarandet, arbetsgivarens uppsåt och betalningsförmåga. Vid förmildrande omständigheter kan skadeståndet sättas ned eller till och med helt falla bort, 28 § JämL, medan avsiktlig diskriminering anses särskilt grov och kan leda till högre skadestånd. EG-rätten har ett krav att diskrimineringslagarna ska ha en effektiv sanktion som är reellt avskräckande och det är mot denna bakgrund som det allmänna skadeståndet ska ses. Allmänt skadestånd är oftast högre än det skadestånd som utgår vid brott mot t.ex. anställningsskyddslagen, lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS), eller en kollektivavtalsbestämmelse.¹¹⁶ Det kan dock tänkas att det allmänna skadeståndet vid en uppsägning eller ett avskedande blir högre när uppsägningen eller avskedandet strider mot såväl anställningsskyddslagen som jämställdhetslagen.¹¹⁷

Diskriminering som grundar sig på flera olika grunder ska i princip ses som en försvårande omständighet som leder till högre skadestånd.¹¹⁸

I den nya diskrimineringslagen har skadeståndet tagits bort. Istället kan den som på något sätt bryter mot reglerna i diskrimineringslagen bli skyldig att betala diskrimineringsersättning, vilket jag går närmare in på i följande avsnitt. Ogiltigförklaring kvarstår dock i den nya lagen.

3.9.3 Diskrimineringsersättning

Den som bryter mot förbuden mot diskriminering eller repressalier eller som inte uppfyller sina skyldigheter att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier eller sexuella trakasserier enligt denna lag ska betala diskrimineringsersättning för den kränkning som överträdelsen innebär, 5:1 1 men. DiskL. Diskrimineringsersättning är en ny påföljd. Ersättningen ska betalas av den som brutit mot lagens bestämmelser till den som kränkts av överträdelsen. Diskrimineringsersättningen ska beräknas med utgångspunkt i allvaret i den lagöverträdelse som skett. Flera omständigheter kan här vara av betydelse vid den bedömningen. Om utgångspunkten är överträdelsens art t.ex., anses det allvarigare när ett åsidosättande av lagen får mer ingripande konsekvenser, t.ex. om den som diskriminerats därigenom förlorar ett arbete. Även sådana omständigheter som att lagöverträdelsen sker i offentlighet eller allmänt väcker stor uppmärksamhet kan anses vara försvårande. Vid bedömningen ska både den drabbades intresse av att reglerna upprätthålls och den personliga upplevelsen av den kränkning som

¹¹⁵ Göransson och Karlsson, s. 63f, 116, Källström och Malmberg, s. 100f.

¹¹⁶ Göransson och Karlsson, s. 63, Källström och Malmberg, s. 101.

¹¹⁷ Göransson och Karlsson, s. 58.

¹¹⁸ Källström och Malmberg, s. 101.

överträdelsen innebär vägas in. Även avsikten hos den som diskriminerat ska beaktas. Har det funnits en vilja att kränka någon på grund av tillhörigheten till kön eller könsöverskridande identitet eller uttryck anses detta typiskt sett vara en försvårande omständighet.¹¹⁹

Syftet med den nya påföljden är att denna ska avskräcka från diskriminering och med en särskild diskrimineringsersättning kommer detta att förtydligas. Ytterligare ett syfte med den nya påföljden är att domstolarna fortsättningsvis inte ska göra direkta jämförelser med de ersättningsnivåer som tillämpas i mål om kränkingsersättning enligt skadeståndslagen. Diskrimineringen kan därmed bedömas för sig, med beaktande av allvaret i denna form av kränkning och vikten av att avskräcka från diskriminering. Påföljden vid diskriminering väntas i många fall komma att skärpas i och med att diskrimineringsersättning införs i stället för ideellt skadestånd. Som en följd av högre ersättningsnivåer i domstol kan också ersättningsnivåerna vid förlikningar komma att höjas.¹²⁰

Enligt 5:1 2 men. ska ersättningens preventiva syfte, syftet att motverka sådana överträdelser som nämns i första meningen, beaktas av lagen när ersättningen bestäms. Med andra ord, diskrimineringsersättningen ska generellt bestämmas till så höga belopp att påföljden effektivt verkar hindrande från överträdelser.¹²¹

Enligt 5:1 2 st. ska en arbetsgivare som bryter mot 2:1 1st. eller 2:18 också betala ersättning för den förlust som uppkommer. Med förlust menas ekonomisk skada och gäller enbart för förlust som uppkommer för arbetstagaren. Det gäller alltså inte förlust som uppkommer vid beslut som rör anställning eller befordran, 5:1 2st. 2 men. Med ekonomisk skada avses t.ex. förlorad lön och andra anställningsförmåner eller kostnader av olika slag.¹²²

Om det finns särskilda skäl kan ersättningen sättas ned helt eller delvis, dvs. jämkas, 5:1 3 st. Möjligheten till jämkning ska dock tillämpas restriktivt. Skäl för jämkning kan t.ex. vara om spontana, verkliga försök har gjorts för att försöka komma tillrätta med situationen. Den drabbades intresse bör dock beaktas vid övervägande om jämkning. Ett annat skäl för jämkning kan vara att den som diskriminerat varken insett eller borde ha insett att dennes handlande, beteende eller tillämpning av en bestämmelse medförde diskriminering. Dock, ska sägas, utgör inte avsaknad av direkt diskrimineringsavsikt skäl för jämkning.¹²³

¹¹⁹ Prop. 2007/08:95, s. 553f.

¹²⁰ Prop. 2007/08:95, s. 391.

¹²¹ Prop. 2007/08:95, s. 554.

¹²² Prop. 2007/08:95, s. 554.

¹²³ Prop. 2007/08:95, s. 554f.

3.10 Tillsyn och tvistelösning

Fram till införandet av den nya diskrimineringslagen har fyra ombudsmän med uppgift att se till att de olika diskrimineringslagarna efterföljs funnits. På könsdiskrimineringsområdet är det Jämställdhetsombudsmannen (JämO) som har haft ansvaret. Bl.a. har JämO haft en rätt att föra talan för den enskilde i mål, 46 § JämL. Tillsynen omfattar både de aktiva åtgärderna och diskrimineringsförbuden.¹²⁴ Tanken med den nya diskrimineringslagen är att de fyra ombudsmännen ska slås samman till en myndighet, Ombudsmannen mot diskriminering (DO). Enligt 4:1 DiskL ska ombudsmannen utöva tillsyn över att denna lag följs. Ombudsmannen ska i första hand försöka få dem som omfattas av lagen att frivilligt följa den, vilket innebär att ombudsmannen ska sträva efter förlikningar och andra uppgörelser.¹²⁵ Bestämmelsen motsvarar 31 § JämL, med den ändringen att det kommer vara Ombudsmannen mot diskriminering och inte Jämställdhetsombudsmannen som ansvarar för att föreskrifterna i DiskL följs.

En arbetsgivare är skyldig att på begäran av DO lämna de uppgifter om sin verksamhet som är av betydelse för ombudsmannens tillsyn, 4:3 1 st. 1p. Ombudsmannen har även rätt att få tillgång till arbetsplatsen eller andra lokaler där verksamheten drivs för undersökningar som kan ha betydelse för tillsynen, 4:3 1 st. 3p.

Enligt 6:2 får DO föra talan i domstol för en enskild som medger det. Även en ideell förening som enligt sina stadgar har att ta till vara sina medlemmars intressen och som inte är en arbetstagarorganisation har rätt att föra talan för en enskild. För att få föra talan ska föreningen med hänsyn till sin verksamhet och sitt intresse i saken, sina ekonomiska förutsättningar att föra talan och förhållandena i övrigt vara lämpad att företräda den enskilde i målet. När en arbetstagarorganisation har rätt att föra talan för den enskilde enligt 4:5 Lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister, får ombudsmannen eller föreningen bara föra talan om arbetstagarorganisationen inte gör det. Denna subsidiaritetsregel finns även i JämL.

Arbetsdomstolen är en specialdomstol med uppgift att pröva arbetsrättsliga tvister. Som arbetstvist räknas varje tvist som rör förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Vissa typer av arbetstvister kan dras direkt inför Arbetsdomstolen. Domstolen är då första och enda domstol. I andra typer av arbetstvister ska talan väckas vid vanlig tingsrätt. Tvister som först avgjorts vid tingsrätt kan överklagas till Arbetsdomstolen. Arbetsdomstolens dom kan alltså inte överklagas utan är ett slutligt avgörande. Detta gäller både i fall där Arbetsdomstolen är första instans och ifall där Arbetsdomstolen är överinstans.¹²⁶

¹²⁴ Göransson och Karlsson, s. 17, 64f.

¹²⁵ Prop. 2007/08:95, s. 544, Iseskog, 2007b, s. 444.

¹²⁶ www.arbetsdomstolen.se 20081126 kl. 12:41.

För att en tvist ska få föras direkt till Arbetsdomstolen krävs det att talan väcks av en arbetsgivare- eller arbetstagarorganisation eller av en arbetsgivare som själv slutit avtal. Vidare måste målet gälla tvist om kollektivavtal eller tvist som avses i medbestämmandelagen (exempelvis föreningsrättstvister eller tvister om förhandlingsrätt) eller tvist mellan parter som är bundna av kollektivavtal eller tvist som angår arbetsplats där kollektivavtal gäller, 2:1 lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister (LRA).

När ett mål avgörs består Arbetsdomstolen normalt av en ordförande samt av sex andra ledamöter som inte är anställda vid domstolen, den s.k. allmänna sammansättningen eller vanliga sjuannasättningen. Tanken med sammansättningen är att domstolen ska ha bredast tänkbara kompetens med företrädare för parterna från såväl den offentliga som den privata arbetsmarknaden. I den vanliga sjuannasammansättningen ingår tre ledamöter som inte kan anses företräda arbetsgivar- eller arbetstagarintressen, två ledamöter som har utsetts efter förslag från den privata och offentliga arbetsgivar- och arbetstagarintressen samt två ledamöter som har utsetts efter förslag från fackliga organisationer. I mål av enklare karaktär kan domstolen dock bestå av endast tre ledamöter.¹²⁷

Diskrimineringskommittén ansåg att diskrimineringsmål även fortsättningsvis borde prövas i Arbetsdomstolen och eftersom Arbetsdomstolen är en oavhängig och opartisk domstol i den mening som avses i art. 6.1 Europakonventionen och att Arbetsdomstolen även i övrigt uppfyller de krav som följer av artikeln, finns det inget rättsligt tvingande skäl att ändra på Arbetsdomstolens roll sammansättning i diskrimineringsmålen. Dock ansåg Diskrimineringskommittén att domstolsprocessen bör vara utformad på ett sådant sätt att intresset av en säker, snabb och enhetlig rättstillämpning främjas på bästa sätt, därför borde Arbetsdomstolens sammansättning i diskrimineringsmål ändras. LRA bör därför ändras så att endast fem ledamöter deltar i sådana mål. Sammansättningen bör vara en ordförande, en vice ordförande, en ”tredje man”, en arbetsgivarledamot och en arbetstagarledamot. På detta sätt är intresseledamöterna inte i majoritet i målen men finns ändå med och kan tillföra sina särskilda sakkunskaper om arbetsmarknaden. Enligt Diskrimineringskommittén är ”tredje man” ett sätt att tillförsäkra domstolen särskilt expertis i diskrimineringsfrågor. Regeringen hade ett liknande förslag; Arbetsdomstolen, när den dömer i ett mål där något yrkande helt eller delvis grundas på ett sådant förhållande som avses i den nya diskrimineringslagen (diskrimineringsmål), ska vara domför med en sammansättning med fem ledamöter, varav två har utsetts på förslag från arbetsmarknadens parter. Om parterna i målet begär att domstolen ska pröva

¹²⁷ Prop. 2008/09:4, s. 7, 9.

tvisten i dess sammansättning med sju ledamöter ska dock sådan sammansättning få användas.¹²⁸

Enligt lagen om rättegången i arbetstvister består Arbetsdomstolen av högst fyra ordförande, högst fyra vice ordförande samt sjutton andra ledamöter, 3:1 1 st. Arbetsdomstolen är domför med ordförande samt högst sex och lägst fyra andra ledamöter. Av de ledamöter som avses i 2 § ska högst tre och lägst en delta. Av de ledamöter som avses i 3 § ska högst fyra och lägst två delta, lika många för vardera arbetsgivarsidan och arbetstagsidan 3:6.

Sedan den 1 november 2008 är Arbetsdomstolen domför med tre lagfarna domare vid behandling av frågor som rör prövningstillstånd. Vill någon ledamot att frågan ska prövas av domstolen med ordförande samt högst sex och lägst fyra andra ledamöter, varav högst fyra och lägst två intresseledamöter, ska dock den sammansättningen gälla.¹²⁹ Den 1 januari 2009 införs dock en ny paragraf, 3:6a§ där 2 st. har följande lydelse:

Arbetsdomstolen är domför med ordförande samt fyra andra ledamöter. Av de ledamöter som avses i 2 § ska tre delta. Av de ledamöter som avses i 3 § ska en för vardera arbetsgivarsidan och arbetstagsidan delta. Domstolen får dock ha en sammansättning med en ordförande och sex andra ledamöter enligt 6 § första stycket, om parterna i målet begär det.

¹²⁸ Prop. 2007/08:95, s. 666f., Prop. 2008/09:4, s. 8, Iseskog 2007b, s. 444, 681, <http://www.nj.se.ludwig.lub.lu.se/artjid/C5F3092C76C3FD2FC12574BA00443636> 081210 kl. 09:14.

¹²⁹ Prop. 2008/09:4, s. 7.

4 Diskriminering vid anställning, arbetsledning och uppsägning.

Arbetsgivarens anställningsrätt, arbetsledningsrätt och uppsägningsrätt är en del av arbetsgivareprerogativet, eller arbetsgivarens § 32-befogenheter som det även kallas, vilket är en huvudregel i svensk rätt. Arbetsgivarens rätt att anställa fritt, rätt att fritt leda och fördela arbetet samt rätten att fritt säga upp sina arbetstagare ingicks redan år 1906 i en överenskommelse mellan SAF och LO under den s.k. Decemberkompromissen.¹³⁰

Arbetsgivarprerogativet har dock fått vissa begränsningar i form av ökade skyddsregler för arbetstagarna. En sådan begränsning är diskrimineringslagstiftningen. Jag kommer nedan att redogöra för reglerna kring anställning, arbetsledning och uppsägning samt redogöra för hur dessa regler begränsas genom diskrimineringslagstiftningen.

4.1 Anställning

Principen om avtalsfrihet och rätten till arbete innebär att arbetsgivare och arbetstagare har rätt att fritt välja motpart i avtalsförhållandet. En arbetsgivare kan inte med rättsliga medel tvingas att anställa en viss person och en arbetstagare kan inte tvingas att utföra arbete åt en viss arbetsgivare. En arbetssökande kan inte med processuella tvångsmedel tilltvinga sig en anställning, inte ens om denne kan visa att han eller hon varit utsatt för diskriminering, och det är i huvudsak detta som menas med arbetsgivarens fria anställningsrätt.¹³¹

Anställningsavtal kan ingås formlost. Om avtalet ska bekräftas skriftligen är det vanligt att kollektivavtal innehåller en sådan föreskrift. Ett muntligt avtal är dock tillräckligt. Det krävs dock att arbetsgivaren upprättar ett anställningsbevis eller på något annat sätt skriftligen informerar arbetstagaren om anställningsvillkoren, 6c § LAS.¹³²

Avtalsbundenhet kan uppstå på olika sätt. För det första kan det uppstå genom samstämmiga viljeförklaringar, anbud och accept. För det andra kan avtal komma till stånd genom konkludent handlande. Om en person t.ex. utför arbete för någon annans räkning och denne personen inte motsätter sig detta utan tillgodogör sig arbetsinsatsen, kan en anställning uppstå. Parterna handlar här med andra ord som om ett bindande avtal förelåg. Utöver de här två situationerna kan en anställning komma till stånd genom vårdslöst

¹³⁰ Rönmar, s. 20, 45.

¹³¹ Källström och Malmberg, s. 103, Göransson och Karlsson, s. 46.

¹³² Källström och Malmberg, s. 108, 111, Glavå, s. 190.

handlande av arbetsgivaren i en anställningssituation. T.ex. kan en arbetssökande ha fog för uppfattningen att en anställning kommit till stånd om arbetsgivarens allmänna uppträdande ger arbetssökande anledning att tro detta.¹³³ Om arbetsgivaren på något sätt haft omfattande kontakter med arbetssökanden, som har gett denne anledning att tro att en anställning kommit till stånd, måste arbetsgivaren inom en viss tid tydligt klargöra för den arbetssökande att så inte är fallet. Den exakta tidpunkten är svår att ange. Det bör därför vara den tidpunkten då det står klart för arbetsgivaren att motparten tror att en anställning definitivt kommit till stånd. Passivitet från arbetsgivarens sida kan leda till att arbetsgivaren blir avtalsrättsligt bunden. För att bundenhet ska uppstå är det inte nödvändigt att den som skött kontakterna är behörig att sluta avtal eftersom arbetsgivaren enligt kontraktsrättsliga principer ansvarar för sina anställda.¹³⁴ Det är enligt praxis den arbetssökande som påstår sig ha blivit anställd av en arbetsgivare som måste visa att denne uppträtt på ett sätt som fick den arbetssökande att tro att en anställning hade uppstått.¹³⁵

Vad gäller likabehandling av kön ska arbetsgivaren enligt 8 § JämL verka för att lediga anställningar söks av både män och kvinnor. Bestämmelsen gäller under hela rekryteringsprocessen. Liknande regel finns i 3:7 DiskL; arbetsgivaren ska verka för att personer oavsett kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning ges möjlighet att söka lediga anställningar.

4.1.1 Anställningsformer

LAS bygger på två typer av anställningar, tillsvidare- och tidsbegränsade anställningar (visstidsanställning), 4-6 §§, där tillsvidareanställning presumeras. Tillsvidareanställning har ingen bestämd anställningstid och avslutas i normalfallet vid uppsägningar. Vid uppsägning från arbetsgivarens sida finns ett krav på saklig grund vilket jag går in på djupare nedan. Tidsbegränsad anställning upphör däremot när anställningstiden löpt ut och någon uppsägning behöver därför inte ske. Därmed finns heller inget krav på saklig grund vid tidsbegränsade anställningar.¹³⁶ Med tidsbegränsade anställningar menas t.ex. vikariat, säsongarbete, provanställning och allmän visstidsanställning, 5-6 §§.

Redan vid införandet av LAS var tillsvidareanställningen den vanligaste anställningsformen. Därmed kom även anställningsskyddet att huvudsakligen anknytas till denna anställningsform och därför anses tillsvidareanställningen vara en huvudregel vad gäller anställningar.¹³⁷

¹³³ Se t.ex. AD 1981 nr 131, AD 1999 nr 5 och AD 2003 nr 105.

¹³⁴ Källström och Malmberg, s. 108, Glavå, s. 190.

¹³⁵ Se AD 1986 nr 24.

¹³⁶ Källström och Malmberg, s. 113ff, Iseskog 2007a, s. 21, Glavå, s. 192.

¹³⁷ Källström och Malmberg, s. 113, Glavå, s. 192.

Arbetsgivaren ska, vad gäller tidsbegränsade anställningar, i det skriftliga anställningsbeviset bl.a. ange tiden för anställningens upphörande och vilken form av tidsbegränsad anställning anställningen avser, 6c § LAS.

4.1.2 Privata sektorn

Arbetsgivarens fria anställningsrätt har, som jag nämnde tidigare, inskränkningar. Inom den privata sektorn inskränks denna främst genom diskrimineringslagstiftningen. För att undgå ansvar kan arbetsgivaren exempelvis visa att beslutet överensstämmer med de rekryteringsprinciper som normalt tillämpas på företaget. En privat arbetsgivare har nämligen frihet att välja rekryteringsprinciper som avviker från vad som är sedvanligt men dessa får inte vara oklara eller svårförklarliga.¹³⁸

4.1.3 Offentliga sektorn

Principen om fri anställningsrätt gäller *inte* inom den offentliga sektorn. Enligt 11:9 2 st. RF får endast sakliga grunder såsom förtjänst och skicklighet beaktas vid tjänstetillsättning för att inte anställda vid statliga myndigheter ska gynna vissa grupper i samhället genom att ge företräde till anställningar. Även arbetsmarknadsskäl kan anses vara saklig grund. Begreppet ”saklig grund” får anses innefatta även sådant som alla arbetsgivare har att beakta, t.ex. jämställdhetsskäl.¹³⁹

Endast inom den statliga förvaltningen kan en arbetssökande tilltvinga sig en anställning med rättsliga medel, kallat förvaltningsbesvär.¹⁴⁰

Reglerna om förtjänst och skicklighet är *inte* tillämpliga på den kommunala sektorn. Kommuner och landsting ska dock beakta allas likhet inför lagen samt iakttä saklighet och opartiskhet, 1:9 RF. Inom den offentliga verksamheten finns en objektivitetsprincip som saknas inom den privata sektorn. Diskriminerande anställningsbeslut vid kommunerna kan överklagas genom kommunalbesvär men detta förutsätter att beslutet är lagstridigt. Ett felaktigt anställningsbeslut undanröjes och ärendet överlämnas då till kommunen för nytt beslut.¹⁴¹

4.1.4 Diskriminering vid anställning

Enligt 17 § 1p JämL och 2:1 1 st. 2p. DiskL förbjuds diskriminering av arbetssökande. (Observera att JämL endast gäller könsdiskriminering). Det krävs inget anställningsbeslut för att förbudet ska gälla. Bestämmelsen gäller under hela anställningsförfarandet. T.ex. omfattar skyddet hur arbetsgivaren tar emot och behandlar ansökningshandlingarna, hur gallringen av handlingarna har gått till, urval till intervjuer,

¹³⁸ Källström och Malmberg, s. 85, 105.

¹³⁹ Källström och Malmberg, s. 105ff, Glavå s. 218, Göransson och Karlsson, s. 46.

¹⁴⁰ Källström och Malmberg, s. 106.

¹⁴¹ Källström och Malmberg, s. 107, Glavå s. 218.

lämplighetstester och andra åtgärder som arbetsgivaren kan tänkas vidta under en anställningsprocess.¹⁴²

Vid tillämpningen av 17 § 1p. JämL görs ingen skillnad mellan olika typer av anställningar. Förbudet gäller således vid tillsvidareanställning samt tidsbegränsad anställning.¹⁴³

En arbetsgivare som förbigår en arbetssökande som har bättre kvalifikationer än jämförelsepersonen gör sig antagligen skyldig till diskriminering. Arbetsgivaren måste då visa att beslutet inte hade något samband med diskrimineringsgrunden. T.ex. kan han eller hon visa att missgynnandet beror på arbetssökandes personliga lämplighet och därmed undgå ansvar. Med personlig lämplighet avses t.ex. prestationsförmåga, yrkesskicklighet, ledaregenskaper och samarbetsförmåga. Personlig lämplighet ska bedömas utifrån befattningen och de arbetsuppgifter som ska utföras.¹⁴⁴ Vad gäller en arbetssökandes personliga lämplighet bör även sägas att det enligt Arbetsdomstolen krävs en stark och tillförlitlig bevisning för att domstolen ska godkänna ett påstående om att en arbetssökande är olämplig för ett visst arbete. Anledningen till detta är att domstolen har velat förhindra att arbetsgivaren ger sken av att lämpligheten har varit avgörande när ställningstagandet i själva verket berott på en diskrimineringsgrund.¹⁴⁵

Den tidigare utformningen av JämL ledde till att stora delar av anställningsförfarandet föll utanför. För att könsdiskriminering skulle anses föreligga krävdes det att en person faktiskt anställdes. Detta har senare kommit att ändras och utvecklas. I JämL omfattas t.o.m. beslut att helt avstå från att anställa och detta kan angripas i den mån beslutet är diskriminerande. Det krävs således ingen jämförelseperson.¹⁴⁶ Det krävs dock i JämL att det rör sig om en arbetssökande för att förbuden ska vara gällande, dvs. en person som tydligt ger till känna för en arbetsgivare att han eller hon önskar en viss anställning. Dock är en viktig skillnad mellan JämL och DiskL att det enligt JämL inte finns något skydd för den som endast gör en förfrågan om arbete, vilket det finns i DiskL 2:1 1 st. 2p.

En nödvändig förutsättning för direkt diskriminering är som jag tidigare nämnt (se avsnitt 3.4.1.1) att någon missgynnas. En missgynnande behandling kan bestå i både aktivt handlande och underlåtenhet att handla. Exempel på missgynnande vid en anställning är att en arbetssökande inte kallas till intervju eller blir nekad anställning pga. att denne t.ex. är en s.k. transperson. För att avgöra om någon missgynnats måste dock en jämförelse göras med en annan person i en jämförbar situation. Skulle t.ex. den transsexuella mannen eller kvinnan ha sämre kvalifikationer än andra

¹⁴² Göransson och Karlsson, s. 44f.

¹⁴³ Göransson och Karlsson, s. 46.

¹⁴⁴ Källström och Malmberg, s. 85, http://www.saco-s.se/upload/PDF/personalpol_riktlinjer.pdf 081214 kl. 11:42.

¹⁴⁵ Göransson och Karlsson, s. 49.

¹⁴⁶ Glavå, s. 231.

medsökande föreligger ingen jämförbar situation, och jämförelsen kan inte utvisa diskriminering.¹⁴⁷

Även indirekt diskriminering kan förekomma i anställningssammanhang. Om en arbetsgivare t.ex. uppställer särskilda krav på språkkunskaper eller svensk utbildning kan detta innebära indirekt diskriminering pga. etniskt ursprung.¹⁴⁸ För att undgå ansvar måste arbetsgivaren här visa att det finns sakliga skäl för det uppställda kravet, som väger tyngre än intresset för likabehandling.¹⁴⁹ Även i fallet AD 2005 nr 87 (som jag har tagit upp i avsnitt 3.4.1.2.) var det fråga om diskriminering vid anställning.

Det förekommer att arbetsgivaren pekar på befarade samarbetsproblem som skäl för att inte anställa en person. Arbetsdomstolen har dock betonat att påståenden om en sökandes personliga egenskaper inte får grundas på ren hörsägen. Å andra sidan tas stor hänsyn till de intryck som de arbetssökande har gett vid anställningsintervjuer.¹⁵⁰

4.2 Arbetsledning

I decemberkompromissen 1906 accepterade LO att arbetsgivaren äger rätt att leda och fördela arbetet. Denna rätt skrevs sedan in i kollektivavtalen på LO/SAF-området. I början på 1930-talet förklarade AD att arbetsledningsrätten skulle gälla även utan stöd i kollektivavtal.¹⁵¹

Arbetsgivarens arbetsledningsrätt utövas i princip fritt och ensidigt och består bl.a. i rätten att bestämma över arbetsorganisation, arbetsmetoder samt att omplacera arbetstagare inom ramen för deras arbetskyldighet. Arbetsledningsrätten innebär att arbetsgivaren har en rätt att ensidigt fatta beslut om t.ex. vilka arbetsuppgifter en arbetstagare ska utföra samt var och när arbetet ska utföras. Arbetsgivaren kan även ensidigt bestämma över arbetstidens förläggning och över vissa anställningsförmåner och får även besluta om olika kontrollåtgärder, t.ex. i form av drogtester.¹⁵²

Så länge arbetsgivaren håller sig inom ramen för sin fria beslutanderätt kan domstolen inte gå in på frågan huruvida beslutet skäligen borde ges ett annat innehåll. Arbetsgivaren behöver som huvudregel inte kunna sakligt motivera arbetsledningsbeslut.¹⁵³

Arbetsgivaren kan i kraft av sin arbetsledningsrätt utfärda generella ordningsföreskrifter och anvisningar för verksamheten och arbetets utförande. Dessa ordningsföreskrifter blir inte en del av arbetstagarens

¹⁴⁷ Göransson och Karlsson, s. 38f.

¹⁴⁸ Se t.ex. AD 2002 nr 128 och AD 2005 nr 3.

¹⁴⁹ Källström och Malmberg, s. 85.

¹⁵⁰ Göransson och Karlsson, s. 49.

¹⁵¹ Källström och Malmberg, s. 187.

¹⁵² Rönmar, s. 43, Källström och Malmberg, s. 186f.

¹⁵³ Källström och Malmberg, s. 188f, Rönmar, s. 46.

anställningsavtal, så arbetsgivaren kan när som helst, med stöd av arbetsledningsrätten, ensidigt förändra dessa.¹⁵⁴

I arbetsledningsrätten ingår också en rätt för arbetsgivaren att bestämma över arbetstagarens uppförande av olika slag. T.ex. kan arbetsgivaren föreskriva om viss klädsel. Detta görs dock med vissa begränsningar i arbetsgivarens befogenheter, där hänsyn tas i huvudsak till arbetstagarens person och integritet.¹⁵⁵

4.2.1 Arbetsgivarens omplaceringsrätt

Ett centralt och viktigt moment i arbetsgivarens fria arbetsledningsrätt är arbetsgivarens rätt att fritt omplacera sina arbetstagare. En omplacering kan definieras som en varaktig och väsentlig förändring av en arbetstagares arbetsuppgifter eller arbetsplats. En sådan omplacering bör skiljas från *omflyttning* som utgör en tillfällig förändring och som därför ses som mindre ingripande.¹⁵⁶

På den kommunala sektorn används begreppet ”stadigvarande förflyttning” istället för begreppet omplacering där det i bl.a. Allmänna bestämmelser, AB, stadgas att det ska föreligga vägande skäl för att vidta en stadigvarande förflyttning av en arbetstagare mot dennes önskan.¹⁵⁷

Arbetsgivarens fria omplaceringsrätt sammanfaller med arbetstagarens arbetsskyldighet vilket innebär att arbetsgivaren fritt kan omplacera arbetstagare till nya och förändrade arbetsuppgifter, så länge som han eller hon håller sig inom arbetsskyldighetens ram.¹⁵⁸ Ett beslut om att omplacera en arbetstagare överprövas normalt inte i rättslig väg.¹⁵⁹

En viktig begränsning av arbetsledningsrätten är den s.k. Bastubadarprincipen. Enligt denna princip måste en arbetsgivare kunna motivera *särskilt ingripande* omplaceringar som vidtas pga. personliga skäl med godtagbara skäl.¹⁶⁰ Bastubadarprincipen grundar sig på ett rättsfall, AD 1978 nr 89, rörande en arbetstagare som var anställd som sulfitoperatör i ett företag inom pappersindustrin och som avvek från sitt arbete för att bada bastu. Arbetstagarens arbetsuppgifter bestod bl.a. i att övervaka en ångpanna. Med anledning av arbetstagarens agerande omplacerades arbetstagaren till okvalificerade arbetsuppgifter där både arbetstiden ändrades och löneförmånerna sänktes. Huvudfrågan i målet var huruvida arbetsgivaren handlat i strid mot lag eller avtal när han omplacerade arbetstagaren och ifall omplaceringen kunde bedömas som ett avskedande eller en provocerad uppsägning. Domstolen konstaterade att det krävdes att

¹⁵⁴ Rönmar, s. 47.

¹⁵⁵ Rönmar, s. 47.

¹⁵⁶ Glavå, s. 443, Rönmar, s. 46.

¹⁵⁷ Rönmar, s. 47.

¹⁵⁸ Rönmar, s. 47.

¹⁵⁹ AD 1998 nr 150.

¹⁶⁰ Rönmar, JT 2005-06, s. 52.

arbetstagaren genom omplaceringen skildes från sin anställning för att omplaceringen skulle kunna betraktas som en uppsägning. I detta fall hade omplaceringen inte gått utöver anställningens gräns och något avskedande hade därför inte ägt rum. Dock hade arbetsgivaren inte sakliga skäl för omplaceringen eftersom denne inte hade agerat konsekvent.

Bastubadarprincipen har genom åren bekräftats i ett flertal andra rättsfall. I exempelvis fallet AD 2006 nr 12 konstaterade domstolen att en omplacering av en driftsoperatör med skiftgång till ett arbete som driftstekniker på dagtid medförde att såväl arbetsuppgifter som anställningsvillkor väsentligen ändrades. Arbetsgivaren hävdade att arbetstagaren omplacerats med anledning av samarbetssvårigheter, men då denne inte kunde styrka detta påstående förelåg inte godtagbara skäl.

4.2.2 Arbetstagarens lydnadsplikt

Så länge arbetsgivaren håller sig inom ramen för arbetskyldigheten har arbetstagaren en lydnadsplikt, vilket innebär att denne är skyldig att utföra alla tilldelade arbetsuppgifter och lyda arbetsgivarens order. Arbetstagaren är även skyldig att utföra arbetet med normal omsorg och skicklighet. En arbetstagare har dock rätt att vägra utföra arbete om arbetsgivaren är i ond tro, om det föreligger risk för liv och hälsa, om det som fordras av arbetstagaren strider mot ett högre intresse eller om det är praktiskt omöjligt att utföra.¹⁶¹

4.2.3 Diskriminering vid arbetsledning

Under 1900-talet har den fria och ensidiga arbetsledningsrätten blivit föremål för inskränkningar. En principiell inskränkning är diskrimineringsförbuden och diskrimineringslagarna som uppställer en rad begränsade krav på saklig grund.¹⁶²

Sedan gammalt gäller den allmänna rättsgrundsatsen att arbetsledningsbeslut inte får vidtas i strid mot god sed på arbetsmarknaden. För de fall som inte faller in under någon diskrimineringsgrund (eller någon av diskrimineringslagarna för situationer som inträffat innan DiskL trätt i kraft) finns möjlighet att använda argumentet att förfarandet strider mot god sed. Att fatta diskriminerande beslut är just ett exempel på när arbetsgivaren handlar i strid mot god sed.¹⁶³

Enligt JämL 17 § p. 2-6 gäller diskrimineringsförbud när arbetsgivaren beslutar om befordran eller tar ut en arbetstagare till utbildning för befordran, beslutar om eller vidtar annan åtgärd som rör yrkespraktik,

¹⁶¹ Rönmar, s. 48ff.

¹⁶² Rönmar, JT 2005-06, s. 63f.

¹⁶³ Glavå, s. 481, Rönmar, s. 70f, Iseskog 2007a, s. 72.

beslutar om eller vidtar annan åtgärd som rör annan utbildning eller yrkesvägledning, tillämpar löne- eller andra anställningsvillkor för arbeten som är att betrakta som lika eller likvärdiga och i övrigt leder och fördelar arbetet. Som jag tidigare har nämnt finns inte dessa situationer stadgade i DiskL. Enligt DiskL 2:1 1 st. 1p. får en arbetsgivare dock inte diskriminera den som hos arbetsgivare är arbetstagare. Här räknas alla situationer som kan inträffa under ett anställningsförhållande in, dvs. även när arbetsgivaren leder och fördelar arbetet.

Diskriminering i fråga om arbetsledningsbeslut består i att en arbetstagare pga. någon av diskrimineringsgrunderna särbehandlas när arbetsgivaren leder och fördelar arbetet. Typiska exempel på ledningsbeslut är beslut om hur många och vilka arbetstagare som ska sättas att utföra ett visst arbete, hur arbetet ska organiseras, vem som ska utses till förman eller genomgå utbildning och beslut om ordningsföreskrifter på arbetsplatsen.¹⁶⁴ Ett beslut om att placera en arbetstagare utgör ett arbetsledningsbeslut som arbetsgivaren kan fatta efter fritt val och som normalt inte kan överprövas i rättslig väg.¹⁶⁵ Dock förbjuds arbetsgivare att placera sina arbetstagare på ett sätt som otillåtet missgynnar (diskriminerar) arbetstagare pga. någon diskrimineringsgrund.¹⁶⁶

4.3 Uppsägning

4.4 Uppsägningsskäl

En uppsägning av arbetstagare måste rättsligt kvalificeras antingen som en uppsägning pga. personliga skäl, eller som en uppsägning pga. arbetsbrist. Detta följer av anställningsskyddslagens uppbyggnad. Uppsägningar pga. personliga skäl betecknas som ”uppsägningar som hänför sig till arbetstagaren personligen”, 7 § 4 st. LAS. Någon motsvarande definition finns inte beträffande arbetsbrist. I praxis har dock begreppet arbetsbrist ansetts omfatta inte endast fall av konkret brist på arbetsuppgifter, utan samtliga fall där uppsägning från arbetsgivarens sida beror på något annat än förhållanden som är att hänföra till arbetstagaren personligen. I korthet kan sägas att arbetsbrist omfattar ekonomiska, organisatoriska eller andra verksamhetsrelaterade skäl.¹⁶⁷ Begreppet arbetsbrist är relativt och dess närmare innebörd bestäms av arbetsgivaren i det särskilda fallet. Detta konstaterades bl.a. i AD 1987 nr 34 där en arbetstagare sades upp pga. arbetsbrist. Arbetstagaren hävdade dock att det ej kunde vara fråga om arbetsbrist i anställningsskyddslagens mening eftersom bolaget själv hade orsakat den genom att ha en person för mycket tillsvidareanställd. Domstolen menade att de inte prövar de närmare orsakerna till en påstådd arbetsbrist om det inte pga. omständigheter finns anledning att ifrågasätta

¹⁶⁴ Prop. 2007/08:95, s. 498f.

¹⁶⁵ AD 1998 nr 150.

¹⁶⁶ Rönmar, s. 68.

¹⁶⁷ Rönmar, JT 2006-07, s. 630.

huruvida andra skäl har legat bakom. Några sådana skäl fanns ej i målet. Detta har även slagits fast i senare praxis.¹⁶⁸ I AD 2001 nr 107 uppkom frågan huruvida uppsägningen berott på arbetsbrist eller personliga skäl. Domstolen konstaterade här att arbetsbrist föreligger i samtliga fall där en uppsägning beror på något annat än förhållanden som är att hänföra till arbetstagaren personligen.¹⁶⁹ Domstolen menade därför att uppsägningen grundade sig på arbetsbrist eftersom uppsägningen i detta fall inte berodde på personliga skäl.

I fall då skälet för uppsägningen är otydligt utgår domstolen från de uppsägnings-skäl som arbetsgivaren har uppgivit. Ett påstående från arbetsgivaren att skälet för uppsägningen är verksamhetsrelaterat ska dock inte godtas om arbetsgivaren i själva verket haft andra skäl för uppsägningen - s.k. *fingerad arbetsbrist*. Vid fingerad arbetsbrist tillämpar domstolen en mer nyanserad bevisbedömning. Ju mer sannolikt det verkar att skälen till en uppsägning är andra än de som arbetsgivaren har uppgivit, desto starkare krav bör det enligt domstolen ställas på arbetsgivaren att visa att uppsägningen skulle ha företagits av företagsekonomiska skäl, även om den personrelaterade omständigheten inte hade förelegat. Om faktisk arbetsbrist föreligger spelar det i och för sig ingen roll att arbetsgivaren även ansett att uppsägningen är att hänföra till personliga skäl, en s.k. splittrad motivbild.¹⁷⁰

En uppsägning måste, oavsett om den grundar sig på arbetsbrist eller personliga skäl, vara sakligt grundad, 7 § LAS. Någon närmare precisering av vad som utgör saklig grund finns inte i lagtexten. Hänsyn måste därför alltid tas till omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁷¹ Teoretiskt sett har därför arbetsgivaren bevisbördan för vad som utgjorde skälen för uppsägningen och för att saklig grund föreligger. Om däremot arbetstagaren påstår att uppsägningen i själva verket beror på andra skäl än dem arbetsgivaren har uppgivit, är det arbetstagaren som har bevisbördan för sitt påstående.¹⁷²

4.4.1 Saklig grund vid uppsägning pga. personliga skäl

När LAS antogs ansågs det inte möjligt att närmare ange vad som skulle utgöra saklig grund för uppsägning. Uppsägningsfallen och förhållandena på arbetsplatsen ansågs alltför olika att det inte var möjligt att generellt slå fast vad som kunde betraktas som saklig grund. Därför berörs detta inte i lagtexten, med två undantag; saklig grund föreligger *inte* om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig, 7 § 2

¹⁶⁸ Se t.ex. AD 2000 nr 35, AD 2004 nr 52 och AD 2006 nr 68.

¹⁶⁹ Se även AD 1993 nr 61 och AD 1994 nr 122.

¹⁷⁰ Källström och Malmberg, 131f., Rönmar, JT 2006-07, s. 631f. Se även Malmberg 1997 s. 346f och Glavå s. 339.

¹⁷¹ Lunning och Toijer, 2002, s. 273f och prop. 1973:129, s. 121.

¹⁷² Malmberg, 1997, s. 347.

st. samt att övergång av verksamhet inte i sig utgör saklig grund för uppsägning, 7 § 3 st. Istället ska domstolarna göra en helhetsbedömning av samtliga föreliggande omständigheter.¹⁷³

När man avgör om det föreligger saklig grund för uppsägning av personliga skäl görs resonemanget i tre steg. För det första ska man avgöra huruvida arbetstagaren har brutit mot något åtagande, dvs. om arbetstagaren har *misskött sig*. Misskötsel behöver inte innebära att arbetstagaren handlar med illvilja utan det kan vara fråga om misskötsel även i fall där arbetstagaren inte råår för det, t.ex. till följd av inkompetens. För det andra ska man bedöma huruvida arbetstagaren varit medveten om sin misskötsel, och vilka konsekvenser den kan få. Här måste arbetsgivaren vara konsekvent i sitt agerande; det som är tillåtet för vissa ska i princip vara tillåtet för alla. För det tredje ska man undersöka huruvida misskötseln innebär någon skada för arbetsgivaren.¹⁷⁴

Vad gäller inkompetens har alltid arbetsgivaren en skyldighet att försöka omplacera arbetstagaren. En förutsättning för omplacering är att det finns ett ledigt arbete. Det enda som hindrar en omplacering är att arbetstagaren inte är kompetent för de nya arbetsuppgifterna eller inte accepterar omplacering.¹⁷⁵ Så var t.ex. fallet i AD 1978 nr 161. M var anställd som bilförsäljare i ett bilföretag. Hans försäljningsresultat hade stadigt försämrats och efter diskussioner och olika förslag till omplacering, som M inte accepterade, sade arbetsgivaren upp M med motiveringen att han inte var kompetent för sitt arbete. Domstolen fann att arbetsgivaren hade saklig grund för sin uppsägning av M eftersom M inte accepterat någon av de omplaceringar han erbjudits.

Uppsägningen får inte grundas enbart på omständigheter som arbetsgivaren har känt till antingen mer än två månader innan underrättelse om uppsägning lämnades, eller två månader före tidpunkten för uppsägningen, 7 § 4 st. Denna tvåmånadersfrist infördes i 1974 års anställningsskyddslag (dock var fristen en månad då, ändrades till två månader år 1994) och grundtanken med regeln är att arbetstagaren inte ska behöva vara oviss om konsekvenserna av ett visst handlande under någon längre tid.¹⁷⁶

I och med införandet av LAS begränsades arbetsgivarens rätt att fritt säga upp arbetstagare. Idag måste arbetsgivaren uppge skälen till uppsägningen och dessa ska vara skriftliga, 9 § LAS, och acceptabla. Utgångspunkten är att varje skäl som har relevans för anställningsförhållandet ska vara acceptabelt. Dock innebär inte ett acceptabelt skäl att det är sakligt grundat. Skälen måste också vara reella. Domstolen kontrollerar att de av arbetsgivaren angivna skälen verkligen föreligger. Uppsägningar får inte grundas på rykten eller lösa antaganden. Det är arbetsgivaren som har bevisbördan för de omständigheter som utgör saklig grund för uppsägning.

¹⁷³ Källström och Malmberg, s 132, prop. 1973:129 s. 120.

¹⁷⁴ Isekog, 2007b, s. 183f.

¹⁷⁵ Isekog, 2007b, s. 187.

¹⁷⁶ Glavå, s. 313.

Utöver detta är det upp till domstolen att göra en väsentlighetsbedömning av skälen till uppsägningen. Man kan säga att domstolen gör en intresseavvägning mellan arbetsgivaren och arbetstagaren. Bedömningen görs från fall till fall och innefattar en helhetsbedömning av samtliga omständigheter i fallet.¹⁷⁷

I saklig grund- prövningen räknas också arbetsgivarens skyldighet att överväga alla skäliga möjligheter att genomföra förändringar och ändå undvika en uppsägning, t.ex. omplacering. Redan i förarbetena till 1974 års LAS framhölls att uppsägningar bör vara en yttersta åtgärd som får sättas in först när alla andra möjligheter att lösa problemet har uttömts.¹⁷⁸ I denna s.k. lojalitetsplikt ligger även att arbetsgivaren bör instruera arbetstagaren samt påtala och reagera på missförhållanden. Arbetsgivaren bör också samråda med arbetstagaren eller arbetstagarorganisationen.¹⁷⁹ Lojalitetsplikten ingår som ett moment i begreppet saklig grund och har arbetsgivaren inte i tillräcklig grad beaktat arbetstagarens intressen är uppsägningen inte sakligt grundad.¹⁸⁰

Uppsägning får inte ske om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig, 7 § 2 st. LAS. Som jag nämnde i föregående avsnitt har arbetsgivaren en skyldighet att överväga alla skäliga möjligheter att genomföra förändringar utan att säga upp arbetstagare. Omplacering är en sådan möjlighet och denna är en sorts specialreglering av arbetsgivarens lojalitetsplikt.¹⁸¹

Omplaceringsskyldigheten gäller endast inom den verksamhet där arbetstagaren är anställd och den kan av praktiska skäl begränsas till en viss del av arbetsgivarens organisation.¹⁸²

Arbetsgivaren har ingen skyldighet att skapa nya permanenta tjänster eller arbetstillfällen. Arbetsgivaren bör dock så långt möjligt söka erbjuda arbetstagaren ett arbete som är *likvärdigt* i fråga om t.ex. lön och arbetsuppgifter. Hur långt skyldigheten att bereda likvärdigt arbete sträcker sig prövas dock med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁸³ Likaså skyldigheten att omplacera. Det avgörande för omplaceringsskyldigheten är om det finns någon anledning att tro att de problem som ligger bakom misskötseln kommer att lösas genom en omplacering. Om arbetsgivaren t.ex. kan bevisa att arbetstagaren missköter sig med vilje har arbetsgivaren i princip inte någon omplaceringsskyldighet.¹⁸⁴ I AD 1994 nr 129 hade en arbetstagarare sagts upp pga. ett stort antal försenade ankomster, utan att arbetsgivaren hade fullgjort sin omplaceringsskyldighet. Domstolen konstaterade dock att arbetsgivaren

¹⁷⁷ Källström och Malmberg, s. 133ff och Glavå, s. 312ff.

¹⁷⁸ Prop. 1973:129 s 121f.

¹⁷⁹ Källström och Malmberg, s. 137, Rönmar, JT 2005-06, s. 57.

¹⁸⁰ Malmberg 1997, s. 356.

¹⁸¹ Källström och Malmberg, s. 137.

¹⁸² Källström och Malmberg, s. 137f.

¹⁸³ Källström och Malmberg, s. 138f och Glavå s. 307.

¹⁸⁴ Iseskog, 2007b, s. 184, Källström och Malmberg, s. 140 och Glavå s. 307.

i detta fall inte hade någon omplaceringsskyldighet eftersom ingenting talade för att arbetstagarens sätt att anpassa arbetstider skulle påverkas av en omplacering.

För att en arbetstagare ska kunna omplaceras krävs det dock att han eller hon har tillräckliga kvalifikationer för det arbete han eller hon omplaceras till. Här tas stor hänsyn till arbetsgivarens bedömning om vad som utgör tillräckliga kvalifikationer. Det krävs också att arbetstagaren medverkar till omplaceringen, annars minskar eller t.o.m. upphör arbetsgivarens skyldighet att omplacera.¹⁸⁵

I AD 1996 nr 144 var frågan dels om arbetsgivaren fullgjort sin omplaceringsskyldighet, dels vad som utgör tillräckliga kvalifikationer. Vad gäller första frågan menade domstolen att arbetsgivaren är skyldig att utreda vilka möjligheter till omplacering som finns.¹⁸⁶ Om arbetsgivaren underlåter att göra detta är omplaceringsskyldigheten inte fullgjord. Är det dock fråga om ett större antal arbetstagare och en komplicerad planerings- och beslutsprocess får det inte ställas för långtgående krav på utredningen.¹⁸⁷ Vad gäller tillräckliga kvalifikationer konstaterades att avsikten inte är att en arbetstagare redan från första dagen ska behärska de nya arbetsuppgifterna. Arbetsgivaren måste acceptera en viss inlärningsperiod.¹⁸⁸

4.4.2 Saklig grund vid uppsägning pga. arbetsbrist

Även vid uppsägningar pga. arbetsbrist finns ett krav på saklig grund och även här görs en saklighetsbedömning som vid uppsägning pga. personliga skäl. Verksamhetsanknutna skäl anses vara en acceptabel grund för uppsägning. Väsentlighetsbedömningen däremot sker utifrån helt andra utgångspunkter än vid uppsägning pga. personliga skäl. Av praxis framgår att uppsägning pga. arbetsbrist normalt godtas som saklig grund för uppsägning. Detta med utgångspunkten att arbetsgivaren som en del av arbetsgivarprerogativet (företagsledningsrätten) fritt kan bestämma över verksamhetens inriktning och omfattning.¹⁸⁹ Skälen för arbetsgivarens bedömning kan vara av ekonomisk, organisatorisk eller därmed jämförbar natur. I den mån dessa bedömningar leder till uppsägning av arbetstagare talar man om uppsägning pga. arbetsbrist.¹⁹⁰ Även i förarbetena till 1982 års anställningsskyddslag uttrycks principen att arbetsbrist är saklig grund för uppsägning.¹⁹¹ Arbetsbristuppsägningen är dock inte sakligt grundad om det

¹⁸⁵ Källström och Malmberg, s. 138ff och Glavå s. 307.

¹⁸⁶ Se även AD 2006 nr 110.

¹⁸⁷ Se även AD 1984 nr 19 och AD 1984 nr 26.

¹⁸⁸ Se även AD 2006 nr 68.

¹⁸⁹ Källström och Malmberg, s. 141 och Glavå s. 338ff, Rönmar, JT 2006-07, s. 632.

¹⁹⁰ Glavå, s. 341.

¹⁹¹ Prop. 1981/82:71 s. 65 ”principen är att det tillkommer arbetsgivaren, under medbestämmande av arbetstagarparten i den utsträckning det finns bestämmelser därom, att ta ställning till behovet av arbetskraft”.

är skäligt att kräva att arbetsgivaren omplaceras arbetstagaren, 7 § 2 st. LAS. Arbetsgivaren är därför skyldig att utreda om där finns lediga befattningar inom organisationen. Regeln om omplaceringsskyldighet har främst betydelse i arbetsbristsituationer, och i situationer där arbetstagare pga. ålder eller sjukdom etc. har svårt att klara av tidigare arbetsuppgifter.¹⁹²

Anställningsskyddslagen bygger på principen att det ytterst är upp till arbetsgivaren att bedöma behovet att genomföra verksamhetsförändringar, och detta är avgörande för huruvida arbetsbrist ska anses föreligga. En domstol kan därmed inte gå närmare in på huruvida en förändring av arbetsgivarens verksamhet är berättigad från en ekonomisk, organisatorisk eller därmed jämförlig synpunkt.¹⁹³

Förutom omplaceringsskyldigheten har arbetsgivaren vid arbetsbrist uppsägningar inte någon lojalitetsplikt gentemot arbetstagaren som den han har vid uppsägningar pga. personliga skäl, i alla fall saknar den betydelse. Detta sammanhänger med arbetsgivarens rätt att bestämma över verksamheten. Dock får arbetsbrist uppsägningar inte ske "för säkerhets skull". Domstolen kan då ogiltigförklara uppsägningen.¹⁹⁴

7 § 2 st. LAS är tillämplig även när uppsägningen grundar sig på arbetsbrist. Arbetsgivaren är därför skyldig att utreda om det finns några lediga befattningar inom organisationen. Som jag tidigare har nämnt saknar arbetsgivaren, vid sidan om omplaceringsskyldigheten, lojalitetsplikt gentemot arbetstagaren vid arbetsbrist uppsägningar. Arbetsgivaren måste dock kunna prestera en utredning där det framgår att en uppsägning inte hade kunnat undvikas.¹⁹⁵

Precis som vid omplaceringar pga. personliga skäl krävs det att arbetstagaren har *tillräckliga kvalifikationer* för det nya arbetet. Detta krävs dock inte om arbetstagaren behåller sina arbetsuppgifter. Då är det nämligen inte längre fråga om någon omplacering. För att det ska vara fråga om en omplacering krävs nämligen en påtaglig förändring av arbetsuppgifterna. Med tillräckliga kvalifikationer menas att arbetstagaren ska ha de allmänna kvalifikationer för arbetet som normalt ställs på den som söker arbetet. Det räcker alltså att arbetstagaren inom rimlig tid har möjlighet att lära sig de nya arbetsuppgifterna.¹⁹⁶

En viktig begränsning i arbetsgivarens rätt att fritt säga upp arbetstagare pga. arbetsbrist är de s.k. turordningsreglerna, 22 § LAS. Utgångspunkten är att arbetstagare med längre anställningstid ges företräde till fortsatt anställning, den s.k. *senioritetsregeln*, eller *sist in-först ut-principen*. Vid lika anställningstid ges högre ålder företräde.¹⁹⁷

¹⁹² Källström och Malmberg, s. 142, Lunning och Toijer 2002, s. 270.

¹⁹³ Glavå, s. 341, se även avsnitt 3, framförallt fotnot 5.

¹⁹⁴ Källström och Malmberg, s. 142f och Glavå s. 346.

¹⁹⁵ Källström och Malmberg, s. 142, Rönmar, JT 2006-07, s. 634.

¹⁹⁶ Källström och Malmberg, s. 145f, AD 2006 nr 110.

¹⁹⁷ Glavå, s. 352 Källström och Malmberg s. 143, Rönmar, JT 2006-07, s. 633.

Turordningsreglerna gäller inom den s.k. turordningskretsen. Arbetsgivaren kan fritt bestämma vilken eller vilka turordningskretsar som ska beröras av uppsägningen, så länge han håller sig inom driftenheten dvs. den berörda arbetsplatsen, men kan inte fritt välja vilka arbetstagare som ska sägas upp utan måste följa turordningsreglerna.¹⁹⁸ Är arbetsgivaren bunden av kollektivavtal utgörs turordningskretsen av respektive kollektivavtalsområde.¹⁹⁹

Enligt 22 § 2 st. får en arbetsgivare med högst tio arbetstagare undanta två personer, oavsett turordningskretsar. Det krävs dock att dessa personer är s.k. nyckelpersoner för den fortsatta verksamheten och att det inte står i strid med diskrimineringslagstiftningen (se AD 2005 nr 32), god sed på arbetsmarknaden eller annars är otillbörligt.²⁰⁰

Enligt 22 § 4 st. LAS krävs det vid en eventuell omplacering, för att få företräde enligt turordningen, att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer. En arbetsgivare som hävdar att en arbetstagare inte har tillräckliga kvalifikationer för ett visst arbete har bevisbördan för detta, och det är även arbetsgivaren som ensam ansvarar för bedömningen huruvida arbetstagaren faktiskt har tillräckliga kvalifikationer. Arbetsgivaren ska även samråda med arbetstagaren för att utröna huruvida denna möter de kvalifikationer som uppställs.²⁰¹

Arbetstagare som har sagts upp pga. arbetsbrist (eller tidsbegränsade anställda som inte får fortsatt anställning pga. arbetsbrist) har enligt 25 § LAS rätt till återanställning i den verksamhet där de tidigare har varit sysselsatta. En förutsättning är dock att arbetstagaren har varit anställd hos arbetsgivaren sammanlagt mer än tolv månader under de senaste tre åren och att arbetstagaren har *tillräckliga kvalifikationer* för den nya anställningen. Företrädesrätten gäller fr.o.m. den tidpunkt då uppsägningen skedde eller besked lämnades eller skulle ha lämnats (vid tidsbegränsade anställningar), till dess att nio månader har förflutit från den dagen anställningen upphörde, 25 § 2 st. LAS. Om flera arbetstagare har företrädesrätt till återanställning enligt 25 § jämförs varje arbetstagares sammanlagda anställningstid hos arbetsgivaren. Arbetstagare med längre anställningstid har företräde framför arbetstagare med kortare anställningstid. Vid lika anställningstid ger även här högre ålder företräde. Detta stadgas i 26 § LAS. Dock har arbetstagare som har fyllt 67 år inte längre någon företrädesrätt, 33 § 3 st. LAS.

Företrädesrätten gäller när arbetsgivaren nyanställer samt när arbetstagaren får en annan anställningsform än den som han eller hon hade tidigare. En arbetstagare med tillsvidareanställning kan ha företrädesrätt även i fall då

¹⁹⁸ Källström och Malmberg, s. 143, Glavå s. 353.

¹⁹⁹ Glavå, s. 353.

²⁰⁰ Lunning och Toijer, 2002, s. 497, Rönmar, JT 2006-07, s. 633ff.

²⁰¹ Källström och Malmberg, s. 148 och Lunning och Toijer, 2002, s. 510.

arbetsgivaren vill göra en tidsbegränsad nyanställning, en heltidsanställd arbetstagare kan ha företrädesrätt till en deltidsanställning och vice versa.²⁰²

Om företaget eller verksamheten har övergått till en ny arbetsgivare genom övergång, gäller företrädesrätten även mot den nya arbetsgivaren, 25 § LAS.

Arbetsgivaren har en skyldighet att lämna besked till arbetstagaren ifall denna har företrädesrätt, 8 § 2 st. LAS (16 § 2 st. för tidsbegränsad anställning). I detta besked ska arbetsgivaren också ange att det krävs anmälan för att företrädesrätt ska kunna göras gällande.

Om arbetstagaren avvisar ett erbjudande om återanställning som skäligen borde ha godtagits har denne förlorat sin företrädesrätt. Arbetstagaren behöver dock inte tillträda den nya anställningen förrän efter skälig övergångstid. Vad som är skälig övergångstid får bedömas från fall till fall. T.ex. torde föräldraledighet normalt anses vara skäl att avvisa återanställningserbjudande, och arbetstagaren går därmed inte miste om företrädesrätten.²⁰³

Företrädesrättsreglerna hindrar inte en arbetsgivare från att organisera sin verksamhet så att företrädesrätten inte kan utnyttjas, så länge arbetsgivarens handlande inte kan betraktas som otillbörligt.²⁰⁴ I AD 1980 nr 54 hade domstolen att ta ställning till huruvida en arbetsgivare gjort sig skyldig till kränkning av företrädesrätten genom att inlåna arbetstagare från ett annat företag för att tillgodose ett tillfälligt arbetskraftsbehov. AD kom fram till att det inte fanns skäl att betrakta handlandet som otillbörligt, och då det inte var avsett att gälla permanent fick handlandet anses tillåtet.

4.4.3 Diskriminering vid uppsägning

Idag har arbetsgivaren egentligen inte någon fri uppsägningsrätt. Denna har i princip helt avskaffats pga. reglerna om omplacering, turordning och företrädesrätt. En annan stor inskränkning är diskrimineringsreglerna. Enligt JämL 17 § 7p. finns ett diskrimineringsförbud när arbetsgivaren säger upp, avskedar, permitterar eller vidtar annan ingripande åtgärd mot en arbetstagare. DiskL har som jag tidigare har nämnt inga nämnda situationer när diskriminering anses vara förbjudet, men då arbetsgivaren inte får diskriminera arbetstagare får det antas att detta gäller även vid uppsägningar.

En uppsägning som grundar sig på att en arbetstagare t.ex. är en s.k. transperson är inte en sakligt grundad uppsägning. Dock finns det fall där arbetsgivaren har försökt ”komma undan” med att säga upp en arbetstagare pga. någon diskrimineringsgrund genom att hävda att uppsägningen hänförs till arbetsbrist (då arbetsbrist normalt anses vara saklig grund för

²⁰² Källström och Malmberg, s. 151.

²⁰³ Källström och Malmberg, s. 152.

²⁰⁴ Lunning och Toijer, 2002, s. 528.

uppsägning). Ett sådant fall är t.ex. målet *P mot S och Cornwall County Council*.²⁰⁵ (se avsnitt 2.2.) Här lyckades den diskriminerade mannen dock visa att uppsägningen grundade sig på hans könsbyte och alltså inte arbetsbrist. I ett liknande svenskt rättsfall, AD 2005 nr 32, (som dock inte behandlar diskrimineringsgrunden könsöverskridande identitet, utan funktionshinder) blev en arbetstagare som fått diagnosen multipel skleros uppsagd drygt tre månader efter att arbetsgivaren fått kännedom om sjukdomen. Arbetsgivaren hävdade att arbetsbrist förelåg och innan turordningen fastställdes undantog denne två anställda som enligt arbetsgivaren var av särskilt betydelse för den fortsatta verksamheten. Domstolen fann dock, dels med tanke på tidssambandet mellan när uppsägningen skedde och när arbetsgivaren fick kännedom om funktionshindret, att det var antagligt att arbetstagaren hade blivit särbehandlad pga. funktionshindret. Därmed ankom det på arbetsgivaren att visa att uppsägningen var grundad uteslutande på helt andra skäl än arbetstagaren funktionshinder. Detta kunde arbetsgivaren dock inte visa.

²⁰⁵ C-13/94 *P mot S och Cornwall County Council* (1996) ECR I-2143.

Analys

Med diskrimineringsgrunden "könsöverskridande identitet och uttryck" åsyftas ett skydd för dem som inte identifierar sig som kvinna eller man eller ger uttryck för att tillhöra ett annat kön genom t.ex. kläder, kroppsspråk, smink eller frisyr. Personer som skyddas i den nya diskrimineringslagen är s.k. transpersoner, t.ex. transsexuella, transvestiter, intersexuella, intergender och transgenderister. Det kan tänkas att även drag-Kings och drag-Queens faller in under definitionen. Detta skydd kommer i den nya diskrimineringslagen gälla under hela anställningsförhållandet.

Arbetsgivarens fria anställningsrätt, arbetsledningsrätt och uppsägningsrätt är en del av det s.k. arbetsgivareprerogativet, vilket är en huvudregel inom svensk rätt. Arbetsgivarprerogativet begränsas dock genom ett relativt långtgående och starkt anställningsskydd som innebär vissa begränsningar. Lagar och avtal har i Sverige successivt inskränkt arbetsgivarprerogativet. T.ex. har den fria uppsägningsrätten i princip helt avskaffats i och med kravet på saklig grund, och den fria anställningsrätten har i flera avseenden begränsats, bl.a. genom diskrimineringslagstiftningen. Även arbetsledningsrätten har påverkats av diskrimineringslagstiftningen i viss mån, men är trots detta fortfarande i stor utsträckning fri och ensidig.

Den fria anställningsrätten gäller endast inom den privata sektorn och denna har som sagt inskränkningar, främst genom diskrimineringslagstiftningen. En arbetsgivare som förbigår en arbetssökande som har bättre kvalifikationer än jämförelsepersonen riskerar att göra sig skyldig till diskriminering. För att det inte ska vara fråga om diskriminering måste arbetsgivaren då visa att beslutet inte hade något samband med diskrimineringsgrunden. T.ex. kan han eller hon visa att missgynnandet beror på arbetssökandes personliga lämplighet och därmed undgå ansvar. Här ställer jag mig då frågan huruvida en arbetsgivare kan undgå att anställa en transperson med bättre kvalifikationer pga. personlig lämplighet? En arbetsgivare kan inte med framgång hävda att en transperson har sämre personlig lämplighet, just för att han eller hon är en transperson då detta är direkt diskriminering. Möjligen skulle arbetsgivaren kunna "skylla på" andra personliga egenskaper, såsom social kompetens för att på så sätt undgå en anställning. För att Arbetsdomstolen ska godkänna ett sådant påstående krävs då stark och tillförlitlig bevisning. Arbetsgivaren skulle kunna peka på befarade samarbetsproblem som skäl för nekad anställning, vilket har hänt. Jag kan tänka mig att många arbetsgivare befarar att transpersoner kommer att bli trakasserade av andra arbetstagare på en arbetsplats, eftersom kunskapen och förståelsen för dem tyvärr ännu inte är så stor som man skulle önska. Och även om det i och med den nya diskrimineringslagen blir förbjudet att trakassera en annan arbetstagare blir det svårt för en arbetsgivare att "ta kål på" andra arbetstagares fördomar.

Diskrimineringskyddet gäller under hela anställningsförfarandet, dvs. även vid t.ex. gallringen av handlingar, urval till intervjuer. Enligt DiskL är till och med de som endast gör en förfrågan om arbete skyddade, något de inte har varit enligt tidigare diskrimineringslagar.

För att avgöra om någon har direkt diskriminerats krävs det för det första att en person har missgynnats på något sätt. En missgynnande behandling kan bestå i både aktivt handlande och underlåtenhet att handla. Vid en anställningsprocess kan ett missgynnande t.ex. bestå i att en arbetssökande inte kallas till intervju eller blir nekad anställning pga. att denne t.ex. är en s.k. transperson. För att avgöra om någon har missgynnats måste dock en jämförelse göras med en annan person i en jämförbar situation. Skulle t.ex. den transsexuella mannen eller kvinnan ha sämre kvalifikationer än andra medsökande föreligger ingen jämförbar situation, och jämförelsen kan inte utvisa diskriminering.

Om en arbetsgivare t.ex. uppställer ett visst krav eller särskilda kriterium vid ett anställningsförfarande kan detta innebära indirekt diskriminering, om kravet eller kriteriet missgynnar personer som tillhör någon av de grupper som skyddas i lagstiftningen. Så var fallet i AD 2005 nr 87 där en kvinna nekades anställning pga. att hon var för kort, 160 cm. Kravet för anställning låg nämligen på 163 cm. Då ca 25 % av kvinnorna uteslöts från arbete ansåg Arbetsdomstolen att ett sådant krav särskilt missgynnade kvinnor. Vad gäller personer som faller in under begreppet könsöverskridande identitet eller uttryck skulle en indirekt diskriminerande bestämmelse t.ex. kunna vara ett förbud för män att bära smink, som jag vet finns bland t.ex. olika typer av väktararbeten. En sådan bestämmelse skulle ju kunna framstå som neutral, eftersom de flesta män inte bär smink. Därför skulle detta kunna anses vara en typ av indirekt diskriminering som drabbar t.ex. manliga transvestiter som vill/behöver sminka sig för att känna sig som tillhörande det andra könet. En sådan bestämmelse skulle även kunna uppfattas som direkt könsdiskriminerande. Varför får kvinnor bära smink och inte män? Bara för att det är vanligare att kvinnor bär smink, och därmed socialt accepterat, innebär inte det att man med lagligt stöd kan instifta en sådan regel. Syftet med en sådan bestämmelse måste i sådana fall vara objektivt godtagbart. En sådan regel torde dock enligt den nya diskrimineringslagen vara förbjuden.

Arbetsgivarens arbetsledningsrätt är egentligen den enda rätt som arbetsgivaren idag kan utöva fritt och ensidigt. I alla fall i stor mån. Det finns dock begränsningar även här, och en stor begränsning är diskrimineringslagstiftningen. Diskriminering i fråga om arbetsledningsbeslut består i att en arbetstagare pga. någon av diskrimineringsgrunderna särbehandlas när arbetsgivaren leder och fördelar arbetet. Typiska exempel på arbetsledningsbeslut är beslut om hur många och vilka arbetstagare som ska sättas att utföra ett visst arbete, hur arbetet ska organiseras, vem som ska utses till förman eller genomgå utbildning och beslut om ordningsföreskrifter på arbetsplatsen. Diskrimineringsförbudet

gäller även i situationer som beslut av befordran och arbetsgivarens hantering av löne- och anställningsvillkor.

Omplacering av en arbetstagare är en central del av arbetsledningsrätten. En omplacering kan definieras som en varaktig och väsentlig förändring av en arbetstagares arbetsuppgifter eller arbetsplats. Arbetsgivarens omplaceringsrätt innebär att arbetsgivaren fritt kan omplacera sina arbetstagare, så länge han eller hon håller sig inom ramen för arbetsskyldigheten. En viktig inskränkning i arbetsgivarens fria omplaceringsrätt är den s.k. Bastubadarprincipen som innebär att en arbetsgivare måste kunna motivera särskilt ingripande omplaceringar. Man måste dock komma ihåg att denna princip är en undantagsregel. Dock har Bastubadarprincipen använts i ett flertal rättsfall genom åren.

Hur arbetsgivarens fria arbetsledningsrätt kommer att drabba transpersoner över lag är naturligtvis svårt att säga. Det kan dock tänkas, som jag diskuterade tidigare, att det kan bli samarbetssvårigheter på arbetsplatsen, mellan transpersonen och övriga anställda. Förmodligen är det inte själva transpersonen som har samarbetssvårigheter, utan de andra anställda som p.g.a. fördomar har svårt för att arbeta med en transperson. Detta kan leda till att arbetsgivaren tvingas omstrukturera verksamheten, vilket kan leda till att det blir transpersonen som får t.ex. omplaceras till en annan avdelning eftersom beslut att omplacera någon normalt inte prövas i rättslig väg.

I Sverige finns två rättsligt giltiga orsaker för uppsägning; personliga skäl och arbetsbrist. Uppsägningar p.g.a. personliga skäl betecknas som ”uppsägningar som hänför sig till arbetstagaren personligen”. Vad gäller arbetsbrist finns inte någon motsvarande definition. Istället har det slagits fast i praxis att begreppet arbetsbrist omfattar samtliga fall där uppsägning från arbetsgivarens sida beror på något annat än förhållanden som är att hänföra till arbetstagaren personligen, och alltså inte endast fall där konkret brist på arbetsuppgifter faktiskt föreligger. Genom praxis har arbetsdomstolen även slagit fast att det är upp till arbetsgivaren i det enskilda fallet att bestämma innebörden av begreppet arbetsbrist och att domstolen inte prövar de närmare omständigheterna till en påstådd arbetsbrist. Arbetsbrist utgör normalt saklig grund för uppsägning eftersom arbetsgivaren som en del av arbetsgivarprerogativet fritt kan bestämma över verksamhetens inriktning och omfattning. Eftersom arbetsbrist utgör saklig grund för uppsägning kan inte en arbetstagare göra gällande att det rör sig om en otillåten uppsägning när den hänför sig till arbetsbrist. Även i fall då skälen för uppsägningen är otydliga utgår domstolen från att de uppsägningsskäl som arbetsgivaren har uppgivit är riktiga, vilket i sin tur gör det svårt för en arbetstagare att visa att skälen är några andra, om inte arbetstagaren lyckas visa att s.k. fingerad arbetsbrist föreligger (mer om detta nedan).

Anställningsskyddet i LAS är uppbyggt kring ett krav på saklig grund vid uppsägning av tillsvidareanställda arbetstagare, 7 § LAS. Då förhållandena i arbetslivet är så varierande har det inte ansetts möjligt att i lagtexten

precisera vad som utgör saklig grund. Hänsyn måste därför alltid tas till omständigheterna i det enskilda fallet. Detta har lett till att arbetsgivaren i första hand har bevisbördan för vad som utgjorde skälen till uppsägningen, och arbetstagaren får sedan visa att uppsägningen i själva verket berodde på andra skäl, vilket kan vara väldigt svårt för arbetstagaren. Det har dock i lagtext preciserats två situationer då saklig grund *inte* föreligger i 7 § 2-3 st. LAS. Saklig grund föreligger inte om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder annat arbete hos sig samt att övergång av verksamhet inte i sig utgör saklig grund för uppsägning. Istället ska domstolarna göra en helhetsbedömning av samtliga föreliggande omständigheter. Dock är en uppsägning som grundas på en diskrimineringsgrund, t.ex. det faktum att en arbetstagare är en s.k. transperson, inte sakligt grundad. Diskrimineringsreglerna är en stor begränsning i arbetsgivarens ”fria” uppsägningsrätt.

Arbetsgivarens omplaceringsskyldighet gäller vid såväl uppsägning pga. personliga skäl som vid arbetsbristuppsägning. Dock är skyldigheten något strängare vid uppsägning pga. personliga skäl. För att en arbetstagare ska kunna omplaceras krävs det dock att han eller hon har tillräckliga kvalifikationer för de nya arbetsuppgifterna, och det är i första hand arbetsgivarens bedömning huruvida arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer som tas i beaktande. Även arbetstagaren har en skyldighet att medverka vid en omplacering. Gör denne inte det minskar eller till och med upphör arbetsgivarens skyldighet att omplacera, och denne kan därmed säga upp arbetstagaren.

Andra begränsningar av arbetsgivarens uppsägningsrätt är reglerna om turordning och företrädesrätt vid återanställning som gäller vid arbetsbristuppsägningar. Turordningsreglerna innebär en s.k. sist-in-först-ut-princip som innebär att arbetstagare med längre anställningstid ges företräde till fortsatt anställning. Reglerna om företrädesrätt innebär att en arbetstagare som har sagts upp pga. arbetsbrist har rätt till återanställning i den verksamhet han eller hon tidigare var verksam, under förutsättning att arbetstagaren har varit anställd hos arbetsgivaren sammanlagt mer än tolv månader under de senaste tre åren och att arbetstagaren har *tillräckliga kvalifikationer* för den nya anställningen.

Det finns det fall där arbetsgivaren har valt att säga upp en arbetstagare pga. någon diskrimineringsgrund genom att hävda att uppsägningen hänförs till arbetsbrist. Detta för att arbetsbrist normalt inte prövas av domstol och på så sätt kan arbetsgivaren lättare ”komma undan” med uppsägningen. Ett sådant fall är t.ex. målet *P mot S och Cornwall County Council*.²⁰⁶ Här lyckades den diskriminerade mannen dock visa att uppsägningen grundade sig på hans könsbyte och alltså inte arbetsbrist. Ett liknande svenskt fall är AD 2005 nr 32. Här var det dock inte fråga om diskriminering som hade samband med ett könsbyte, utan diskriminering pga. funktionshinder. Att bevisa fingerad arbetsbrist kan dock vara svårt eftersom domstolen normalt

²⁰⁶ C-13/94 *P mot S och Cornwall County Council* (1996) ECR I-2143.

inte prövar huruvida arbetsbrist faktiskt föreligger då det ligger inom arbetsgivarens fria arbetsledningsrätt (företagsledningsrätten) att bedöma huruvida arbetsbrist föreligger eller inte. I denna fälla kan det tänkas att en del transpersoner hamnar. En arbetsgivare som vill bli av med en arbetstagare, som kanske efter att den nya lagen trätt i kraft ”kommer ut”, kan hävda att arbetsbrist föreligger och säga upp transpersonen. Skulle denna person inte vara sist in kan arbetsgivaren med olika medel kringgå turordningsreglerna (vilket händer). Är det t.ex. en liten verksamhet kan arbetsgivaren välja ut två nyckelpersoner, t.ex. två personer med kortare anställningstid än transpersonen och på så sätt säga upp transpersonen som var fallet i AD 2005 nr 32, bortsett från att diskrimineringsgrunden i det fallet var funktionshinder. Ett sådant beslut står dock i strid med diskrimineringslagstiftningen och kan prövas rättsligt.

Då transsexualism anses vara en fråga om könstillhörighet i såväl EG-rätt som svensk rätt har transsexuella skyddats genom JämL. Något skydd har dock inte funnits för några andra transpersoner, t.ex. transvestiter eller transgenderister. När den nya lagen träder i kraft kommer även t.ex. transvestiter skyddas. Personer som genom kläder, smink och liknande avviker från normen för deras biologiska kön. Personligen tror jag att det är dessa personer med ett s.k. könsöverskridande uttryck som kommer att ”vara orsak” till problematiska situationer på arbetsplatsen. Jag tror det finns en större förståelse i samhället för personer som uppfattar sig vara transsexuella, personer som uppfattar sig vara födda i ”fel kropp”, än för transvestiter, framförallt män som klär sig i kvinnokläder. Jag tror många är av den åsikten att transsexuella inte har något val, de föddes i ”fel kropp”, medan transvestiter kan välja att inte komma till arbetsplatsen i det motsatta könets kläder. Transvestiter skulle nog själva säga att det inte är fråga om ett val, utan en stark önskan om att få känna sig som, leva som, se ut som och tillhöra det andra könet, även på arbetsplatsen. Tyvärr tror jag dock inte alla har förståelse för detta. Transvestism har länge varit tabubelagt i Sverige, därför är det även svårt att avgöra hur många människor i Sverige som kan definieras som transvestiter, eftersom många inte vågar synas. Även det faktum att transvestism länge har ansetts vara en sjukdom enligt Socialstyrelsens sjukdomsregister tror jag kan ha påverkat och hindrat många transvestiter från att synas. Jag tror även det kan ha lett till att det även ur en samhällelig synpunkt ses som en sjukdom. Transsexualism kommer dock fortfarande stå kvar som en sjukdom efter årsskiftet 2008/09, till skillnad från transvestism som kommer att strykas. Detta kan dock bero på att det är transsexuellas enda möjlighet att få den sjukvård de behöver för att kunna byta kön.

Personer med en enligt samhället avvikande könsidentitet och eller könsidentitetsuttryck löper stor risk att utsättas för diskriminering, hot och våld. Detta tas bl.a. upp i Riksförbundet för sexuellt likaberättigandes (RFSL:s) rapport *Transpersoner – en del av HBT – samhället*. RFSL menar att 27 % av transpersonerna i Sverige utsattes för våld eller trakasserier pga. sin könsidentitet eller sitt könsuttryck under 2005. I rapporten tar RFSL även upp problemet med bristen på förebilder för transpersoner som RFSL

menar leder till försvårande situationer för transpersoner. Dessutom leder kunskapsbristen vad gäller transpersoners levnadssituation till att transpersoner diskrimineras, bl.a. på arbetsplatser, menar RFSL. Detta håller jag helt med om. Jag tror att det är just kunskapsbristen vad gäller transpersoner som leder till minskad förståelse, som leder till rädsla för det okända vilket i sin tur leder till diskriminering av transpersoner. Det är ju även ökad kunskap och förståelse för just transpersoner som är en del av syftet med den nya diskrimineringslagen och detta, anser jag, är nog den största fördelen med lagen och den nya diskrimineringsgrunden. En fördel naturligtvis för transpersoner eftersom de får ökat skydd, men även för arbetsgivare och andra arbetstagare. Kan kunskapen och förståelsen för transpersoner i samhället och på arbetsplatsen öka pga. den nya diskrimineringslagen tror jag det innebär något positivt för alla.

En annan förhoppning, som i alla fall jag har med den nya diskrimineringslagen, är att lagen kommer att visa att diskriminering av transpersoner inte är acceptabelt. Detta kanske i sin tur leder till att fler vågar anmäla när de blir trakasserade, inte bara på arbetsplatsen utan överhuvudtaget. Idag finns ett stort mörkertal vad gäller anmälningsfrekvensen för våld mot transpersoner. Det finns ingen egentlig statistik för det, men det tros ligga på ca 70 %, samma som mörkertalet bland homo- och bisexuella.

Det finns inte heller någon statistik för hur utbredd diskriminering av transpersoner är i Sverige. Jag tror detta kan bero på att en sådan undersökning är svår att göra med tanke på att många transpersoner ännu inte är öppna, framförallt inte på sina arbetsplatser där de riskerar att bli trakasserade och diskriminerade. Det finns heller ingen egentlig statistik över hur många människor det är i Sverige som upplever sig vara en s.k. transperson. Dock har man konstaterat att sedan 1972, då lagen om fastställande av könstillhörighet infördes i Sverige, fram till år 2004 har sammanlagt 486 ansökningar om könsbyte kommit Socialstyrelsen tillhanda. Detta anser jag vara ganska höga siffror, även om det är under en tidsperiod på 28 år. Detta ger oss dessutom endast en aning om hur många transsexuella och intersexuella personer det finns i Sverige och omfattar alltså inte några andra s.k. transpersoner, och då kan vi bara föreställa oss hur många personer som kan tänkas omfattas av diskrimineringsgrunden könsöverskridande identitet och uttryck. Dessutom är det inte alla transexuella och intersexuella som faktiskt genomgår könsoperationer, varför statistiken inte bör ses som ett exakt svar på *hur många* transsexuella och intersexuella människor det finns i Sverige.

De fördelar som har nämnts med den nya lagen är att sammanslagningen av alla diskrimineringslagar, civilrättsliga och arbetsrättsliga, bl.a. innebär ett tydligare och effektivare redskap mot diskriminering. Eftersom alla lagar är samlade i en lag underlättar detta även tillsynen. Den kanske viktigaste fördelen med själva sammanslagningen, anser jag, är att det underlättar för den person som utsatts för diskriminering att hitta och använda bestämmelserna, framförallt i de fall där den diskriminerande handlingen

kan hänföras till mer än en diskrimineringsgrund. Flera remissinstanser har dock ansett det vara bättre att separera de civilrättsliga samt arbetsrättsliga diskrimineringslagarna, då detta ger ett bättre skydd framförallt på arbetslivets område, och främst då på lokal nivå. Jag anser att lagen är så pass tydlig och välarbetad att arbetslivet skyddas på ett bra sätt. Jag tror inte det kommer vara ett problem att det i samma lag finns bestämmelser för diskriminering på andra områden än arbetslivet. Jag tror även det kan vara en stor fördel för såväl arbetsgivare som arbetstagare att ha alla arbetsrättsliga lagar i en och samma lag. Jag tror detta underlättar för arbetsgivaren att förstå dennes skyldigheter och det underlättar för arbetstagaren att veta sina rättigheter. Vad gäller diskrimineringsgrunden könsöverskridande identitet eller uttryck kommer detta skydd naturligtvis vara en fördel för alla som anser sig tillhöra denna grupp. Framförallt kommer det att vara viktigt för de transpersoner som inte är transsexuella, då det tidigare inte har funnit något skydd för dessa. En fördel med diskrimineringsgrunden, som jag anser och som Diskrimineringskommittén även har påpekat, är att transpersoner synliggörs i högre grad och att den underlättar spridningen av kunskap om diskrimineringsförbudet, vilket i sin tur ska underlätta motverkningen av negativa och fördomsfulla attityder.

Eventuella nackdelar med den nya diskrimineringslagen ser jag främst för arbetsgivaren (och kanske andra fördomsfulla arbetstagare). Då det tyvärr fortfarande finns mycket fördomar och därmed en negativ syn på transpersoner i samhället tror jag många arbetsgivare känner sig motvilliga att t.ex. anställa en transsexuell eller en transvestit. Framförallt om denna person ska ha ”ansiktet utåt” och representera företaget i olika sammanhang. Jag kan i viss mån förstå en arbetsgivare i en sådan situation. Inte för att det är rätt, utan för att samhället tyvärr ser ut som den gör. Bristen på kunskap om s.k. transpersoner leder till minskad förståelse och tyvärr tror jag även fördomar och minskad respekt. Av denna anledning anser jag den nya diskrimineringslagen desto viktigare. Genom att visa att diskriminering av transpersoner inte är accepterat i något fall hoppas jag på en större förståelse för vad gäller transpersoner. Och jag vill tro att förståelsen kommer att öka. För inte så länge sedan var homosexualitet tabubelagt och homosexuella stod länge utan skydd. Idag är homosexualitet mycket mer accepterat på arbetsplatsen och samhället i övrigt.

Jag måste dock erkänna att jag när jag började skriva mitt arbete var jag något skeptisk mot den nya diskrimineringslagen och tillägget ”könsöverskridande identitet eller uttryck”. Jag var inte säker på att ett sådant skydd behövdes då det inte finns några rättsfall som på något sätt berör transpersoner, inte ens transsexuella som ändå skyddats genom JämL. Och eftersom jag heller inte har några personliga erfarenheter eller någon som helst kunskap om transpersoners livssituation då jag inte känner någon som är transperson (vad jag vet i alla fall) visste jag inte heller vilken utsatt grupp det är för våld, hot och diskriminering. Men efter att ha undersökt framförallt förarbetena till DiskL inser jag att skyddet är nödvändigt då detta är en väldigt utsatt grupp, även om den kanske inte är särskilt stor. Det finns dock ingen statistik på hur många transpersoner det finns i Sverige som kan

tänkas skyddas av DiskL, men detta tror jag kan komma att förändras i och med införandet av den nya lagen, då jag tror fler kommer att våga träda fram. Det finns uppgifter idag som säger att öppenheten bland transpersoner redan håller på att öka.

Sammanfattningsvis kan då sägas att bland de olika typerna av transpersoner, har endast transsexuella skyddats genom JämL och EG-rätten och detta skydd har ändå inte varit särskilt tydligt. EG-rätten har valt att utöka detta skydd genom ett nytt direktiv, som säger att principen om likabehandling ska gälla även vid diskriminering som har sitt ursprung i en persons könsbyte. Sverige har inte bara uppfyllt detta krav utan har även valt att gå ett steg (eller flera steg) längre med ett skydd för personer med könsöverskridande identitet eller uttryck, dvs. till exempel även intersexuella, transgenderister och transvestiter. Det starka anställningsskyddet i Sverige blir starkare med fler diskrimineringsgrunder, krav på aktiva åtgärder och en särskild diskrimineringsersättning för dem som blivit diskriminerade.

5 Käll- och litteraturförteckning

5.1 Offentligt tryck

5.1.1 Sverige

Lagstiftning

Lagen (1972:119) om fastställande av könstillhörighet

Lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister

Lag (1982:80) om anställningsskydd

Lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning

Lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder

Lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning

Jämställdhetslagen (1991:433)

Lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan

Lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering och lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever

Diskrimineringslag (2008:567)

Kommittédirektiv

Dir. 2002:11 En sammanhållen diskrimineringslagstiftning

Dir. 2003:69 Tilläggsdirektiv

Offentliga utredningar

SOU 2006:22 En sammanhållen diskrimineringslagstiftning

Propositioner

Prop. 1973:129 Kungl. Maj:ts proposition nr 129 år 1973 med förslag till lag om anställningsskydd, m.m.; given Stockholms slott den 25 maj 1973.

Prop. 1981/82:71 Ny anställningsskyddslag m.m.

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

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

Prop. 2008/09:4 Ändrad sammansättning i Arbetsdomstolen i diskrimineringstvister

5.1.2 Europeiska unionen

Rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män.

Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genom förändret av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

Rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genom förändret av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genom förändret av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning).

5.2 Litteratur

Barnard, Catherine., *EC Employment Law.*, tredje upplagan., Oxford University Press, Oxford 2006

Blanpain, Roger., *European Labour Law.*, elfte upplagan., Kluwer Law International BV., Nederländerna 2008.

Glavå, Mats., *Arbetsrätt.* Studentlitteratur, Lund 2001

Göransson, Håkan och Karlsson, Anders., *Diskrimineringslagarna. En praktisk kommentar.*, fjärde upplagan., Norstedts Juridik., Stockholm 2006

Inghammar, Andreas., *Funktionshindrad – med rätt till arbete? En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder.*, Juristförlaget i Lund, Lund 2007

Iseskog, Tommy., *Att vara anställd.*, Tredje upplagan., Thomson Fakta AB, Stockholm 2007a

Iseskog, Tommy., *Personal juridik.*, 20:e upplagan., Norstedts Juridik, Stockholm, 2007b

Källström, Kent och Malmberg, Jonas., *Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten.*, Iustus, Uppsala 2006

Lunning, Lars. och Toijer, Gudmund., *Anställningsskydd. Kommentar till anställningsskyddslagen*, Norstedts Juridik, 8 uppl., Stockholm 2002

McCrudden, Christopher., *Equality in Law between Men and Women in the European Community – United Kingdom.*, Office for Official Publications of the European Communities and Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994.

Malmberg, Jonas., *Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering*, Iustus, Uppsala 1997

Malmberg, Jonas., *Bevisning i diskrimineringstvister.*, JT 2001-02, s. 804-814.

Numhauser-Henning, Ann., *Perspektiv på likabehandling och diskriminering.*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000

Nyström Birgitta., *EU och arbetsrätten.*, Tredje upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2002.

Rönmar, Mia., *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet. En komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext.*, Juristförlaget i Lund, Lund 2004

Rönmar, Mia., *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet – om kvalitativ flexibilitet i arbetslivet.*, JT 2005-06, s 45-64.

Rönmar, Mia., *Diskriminering vid arbetsbristuppsägningar.*, JT 2006-07, s. 630-645.

5.3 Elektroniska rättskällor

Arbetsdomstolen

www.arbetsdomstolen.se 20081126 kl. 12:41.

Folkhälsoinstitutet

www.fhi.se Rapport nr A 2005:19 *Homosexuella, bisexuella och transpersoners hälsosituation* 20081210 kl. 10:48.

Full Personality Expression Sweden (FPE-S)

http://www.fpes.se/publikt/html/vilka_ar_vi/levnadsvillkor/riksdags_kompendie_klar_st.pdf s. 9, 081208 kl. 12:28.

Metro

<http://www.metro.se/se/article/2008/11/20/17/3313-65/index.xml> 081204 kl. 16:16.

Norstedts Juridik

<http://www.nj.se.ludwig.lub.lu.se/artjid/C5F3092C76C3FD2FC12574BA00443636> 081210 kl. 09:14.

Riksförbundet för sexuellt likaberättigade

http://www.rfsl.se/public/basinfo_transpersoner.pdf s. 3, 081208 kl. 11:42.
<http://www.rfsl.se/?p=324&aid=11315> 081208 kl. 11:50.

Socialstyrelsen

<http://www.socialstyrelsen.se/Aktuellt/Nyheter/2008/Q4/081117nyhet.htm>
081212 kl. 17:28.

Sverige Akademikers Centralorganisation

http://www.saco-s.se/upload/PDF/personalpol_riktlinjer.pdf 081214 kl.
11:42.

6 Rättsfallsförteckning

6.1 EG-domstolen

129/79 *Macarthys Ltd vs. Wendy Smith* (1980) ECR 1275.

170/84 *Bilka-Kaufhaus GmbH mot Weber von Hartz* (1986) ECR 1607.

C-450/93. *Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen* (1995) ECR I-3051.

C-13/94 *P mot S och Cornwall County Council* (1996) ECR I-2143.

C-158/97 *Georg Badeck m.fl., i närvaro av: Hessische Ministerpräsident och Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen* (2000) ECR I-1875.

309/97 *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse* (1999) ECR I-2865.

C-407/98 *Katarina Abrahamsson och Leif Anderson mot Elisabet Fogelqvist* (2000) ECR I-5539.

C-117/01 *K.B. mot National Health Service Pensions Agency och Secretary of State for Health*. (2004) ECR I-541.

C-423/04 *Sarah Margaret Richards mot Secretary of State for Work and Pensions*. (2006) ECR I-3585.

6.2 Arbetsdomstolen

AD 1978 nr 89

AD 1978 nr 161

AD 1981 nr 131

AD 1984 nr 19

AD 1984 nr 26

AD 1986 nr 24

AD 1987 nr 34

AD 1993 nr 61

AD 1994 nr 122

AD 1994 nr 129

AD 1995 nr 128

AD 1996 nr 144

AD 1998 nr 150

AD 1999 nr 5

AD 2001 nr 107
AD 2002 nr 35
AD 2002 nr 45
AD 2002 nr 102
AD 2002 nr 128
AD 2003 nr 105
AD 2004 nr 44
AD 2004 nr 52
AD 2005 nr 3
AD 2005 nr 22
AD 2005 nr 87
AD 2006 nr 12
AD 2006 nr 110
AD 2006 nr 54
AD 2006 nr 68