

Arbetsgivarens språkkrav i rekryteringsprocessen

**En begäran som leder till etnisk
diskriminering av vissa arbetssökande?**

Sofie Leff-Hallstein

Kandidatuppsats i handelsrätt

Arbetsrätt

VT2013

Handledare

Andreas Inghammar



LUNDS UNIVERSITET

Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning	7
1.1 Ämne Bakgrund	7
1.2 Syfte Frågeställning.....	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och material	8
1.5 Disposition	9
2. Diskrimineringsrätt	10
2.1 Bakgrunden till diskrimineringsrätten.....	10
2.2 Europakonventionen artikel 14	11
2.3 EU-rätt.....	13
2.3.1 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna artikel 21 och 22	13
2.3.2 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt artikel 18 och 19	13
2.3.3 Direktiv 2000/43/EG.....	13
2.4 Regeringsformen	14
3. Diskrimineringslagen	15
3.1 Begreppet diskriminering	15
3.1.1 Direkt diskriminering.....	15
3.1.2 Indirekt diskriminering	17
3.1.3 Bevisbörda vid direkt och indirekt diskriminering	19
3.2 Diskrimineringsgrunden ”etnisk tillhörighet”	21
3.3 Förbud mot diskriminering av arbetssökande	22
3.4 Aktiva åtgärder vid rekrytering	23
3.5 Sanktion.....	23
4. Språkkrav i rekryteringsprocessen	24
4.1 Förordning (EEG) nr 1612/68.....	24
4.2 Krav på kunskaper i ett lands modersmål	25
4.3 Krav på kunskaper i svenska.....	28

4.3.1	Språkkrav i platsannonsen	31
4.3.2	Språkkrav i sällningsförfarandet	32
4.3.3	Språkkrav i anställningsbeslutet	33
5.	Analys och slutsats	34
5.1	Vilka språkkrav har arbetsgivare rätt att ställa i samband med rekrytering med beaktande av diskrimineringslagstiftningens likabehandling i relation till etnicitet?.....	34
5.2	På vilket sätt påverkas domstolens bedömning av om arbetsgivares språkkrav varit tydliga och motiverade redan inledningsvis i rekryteringsprocessen eller om de tillförs först efterhand?.....	36
5.3	Avslutande och vidare studier	37

Sammanfattning

Språkrav av arbetsgivaren i rekryteringsprocessen kan leda till etnisk diskriminering av vissa arbetssökande. En arbetsgivares uppställda krav vid rekrytering på att en arbetssökande ska ha ett lands språk som modersmål kan utifrån etnisk tillhörighet ses som direkt diskriminerande, vilket i svensk rätt regleras i 1 kap. 4 § 1 p. DL. Med stöd av artikel 18 i EUF kan ett sådant språkrav även anses utgöra diskriminering på grund av nationalitet och ett hinder för fri rörlighet inom Unionen. Att som arbetsgivare vid rekrytering ställa krav på kunskaper i ett lands modersmål kan leda till indirekt diskriminering om en arbetssökande missgynnas på grund av att denne har ett annat modersmål, vilket i svensk rätt står föreskrivet i 1 kap. 4 § 2 p. DL.

Arbetsgivaren har dock rätt att ställa språkrav när det gäller särskilda språkkunskaper som behövs på grund av en anställnings natur. Är språkravet sakligt motiverat har arbetsgivaren rätt att ställa det. Det kan röra sig om en anställning där det är relevant att en arbetssökande ska kunna tala och/eller skriva på landets modersmål för att kunna utföra anställningens arbetsuppgifter på ett tillfredsställande sätt.

Domstolens bedömning av om en arbetsgivares språkrav utgör etnisk diskriminering påverkas inte av var i rekryteringsförfarandet som kravet har uppställts, även fast det i bevisningsavseende kan ha viss betydelse. Avgörande för domstolens bedömning är om arbetsgivarens språkrav i förhållande till en anställnings natur är sakligt motiverat för utförandet av anställningens arbetsuppgifter.

Nyckelord: Arbetsrätt, rekrytering, språkrav, rekryteringsprocessen, etnisk diskriminering, arbetssökande, modersmål, språkkunskaper, sakligt motiverat, arbetsuppgifter

Summary in English

Employer language requirements may result in ethnic discrimination of certain applicants during the recruitment process. The employer requirement that an applicant need to possess a specific country's native language could from an ethnical perspective be seen as direct discrimination, which is stated in Swedish law in 1 kap. 4 § 1 p. DL. Article 18 in the EUF supports the notion that this type of language requirement also can be seen as discrimination on grounds of nationality and an obstacle to free movement within the union. Requirements on knowledge in a country's native language by the employer during the recruitment process can lead to indirect discrimination if an applicant is disadvantaged by having a different native language, which is stated in Swedish law in 1 kap. 4 § 2 p. DL.

The employer does, however, have the right to require specific language requirements in terms of language skills that is necessary based on the nature of the employment. The employer has the right to require particular language requirement if it can be factually motivated. An example can be an employment where it is relevant that the applicant possesses oral and/or written capabilities of a country's native language in order to be able to carry out the work assignments in a satisfying way.

The court's judgment whether an employer's language requirements is ethnically discriminating is not affected by where it is stated in the recruitment process, although it may play a certain role when considering the evidence. The court's decision will be based on whether the employer language requirements are factually motivated in relation to the nature of the employment assignments.

Keywords: Labour Law, recruitment, language requirements, recruitment process, ethnic discrimination, applicant, native language, language skills, factually motivated, assignments

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
DL	Diskrimineringslag (2008:567)
DO	Diskrimineringsombudsmannen
EAT	Employment Appeal Tribunal
ET	Employment Tribunal
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FN	Förenta Nationerna
IT	Industrial Tribunal
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
Sfi	Svenska för invandrare
SOU	Statens offentliga utredningar

1. Inledning

1.1 Ämne | Bakgrund

”God förmåga att uttrycka sig i tal och skrift”. Det var så som platsannonseren löd när Norrköpings kommun annonserade efter en ny bygglovsarkitekt år 2002.¹ Till följd av kommunens uppställda språkrav uppkom frågan om arbetsgivaren gjort sig skyldig till indirekt diskriminering. Detta genom att ha ställt ett för högt krav på förmågan att uttrycka sig på svenska i tal och skrift för en tjänst som bygglovsarkitekt, vilket kunde tänkas missgynna personer med annan etnisk tillhörighet än svensk.

Med tanke på dagens stora invandring till EU-länder, såsom till Sverige, är arbetsgivarens språkrav i rekryteringsprocessen ett relevant ämne att behandla. Arbetsgivarens språkrav utgör ett hinder för arbetssökande av utländsk härkomst att komma in på arbetsmarknaden. Till följd av arbetsgivarens språkrav gentemot vissa arbetssökande kan denne göra sig skyldig till etnisk diskriminering. Samtidigt kan arbetsgivaren ha rätt att ställa språkrav för en viss anställning, vilket domstolen har att ta hänsyn till vid sin bedömning av om etnisk diskriminering föreligger eller ej.

Som en konsekvens av de två i föregående stycket nämnda infallsvinklarna uppkommer frågan om under vilka omständigheter arbetsgivarens språkrav i rekryteringsprocessen kan leda till etnisk diskriminering av vissa arbetssökande?

1.2 Syfte | Frågeställning

Syftet med denna uppsats är att ur ett arbetsrättsligt perspektiv utreda under vilka omständigheter arbetsgivarens språkrav i rekryteringsprocessen kan leda till etnisk diskriminering av vissa arbetssökande. Detta kommer jag att klargöra utifrån två infallsvinklar. Den ena infallsvinkeln är vilka språkrav en arbetsgivare har rätt att ställa vid rekrytering enligt diskrimineringslagstiftningens likabehandlingsreglering utan att diskriminera en arbetssökande med viss etnisk tillhörighet. Andra infallsvinkeln är på vilket sätt domstolens bedömning av arbetsgivarens språkrav påverkas av om arbetsgivaren har haft ett tydligt och motiverat språkrav redan i sin platsannonser eller om denne har tillfört språkravet senare under rekryteringsprocessen, såsom i sållningsförfarandet eller i anställningsbeslutet.

¹ AD 2005 nr 98.

Med utgångspunkt från mitt syfte lyder mina frågeställningar:

- Vilka språkrav har arbetsgivare rätt att ställa i samband med rekrytering med beaktande av diskrimineringslagstiftningens likabehandling i relation till etnicitet?
- På vilket sätt påverkas domstolens bedömning av om arbetsgivares språkrav varit tydliga och motiverade redan inledningsvis i rekryteringsprocessen eller om de tillförs först efterhand?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen innefattar framför allt krav på kunskaper i ett lands modersmål som arbetsgivaren uppställer för en anställning, men även till viss del krav på att ha ett lands språk som modersmål. Vidare omfattar uppsatsen endast språkrav som arbetsgivaren ställer upp gentemot arbetssökande för en anställning. Med andra ord kommer inte arbetsgivarens uppställda språkrav gentemot arbetstagare vid befordran att beaktas.

Ämnet kommer att utredas ur såväl ett europeiskt som svenskt perspektiv, men tyngdpunkten kommer att ligga på det svenska. Länder som inte tillhör EU kommer därmed inte att behandlas i uppsatsen. Med anledning av tidsramen för denna uppsats har jag endast gjort en litteraturstudie.

1.4 Metod och material

I min uppsats har jag använt mig av den traditionella rättsdogmatiska metoden, i vilken gällande rätt utreds.² Till en början har jag behandlat EU:s reglering kring ämnet genom att ha studerat direktiv 2000/43/EG, artikel 21 och 22 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna samt artikel 18 och 19 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF). Därefter har jag beaktat den svenska rätten, där jag inledningsvis har använt mig av lagtext, då det anses vara den primära rättskällan.³ Gällande lagtext har jag behandlat artikel 14 i Europakonventionen, regeringsformen och diskrimineringslagen. Jag har även undersökt lagförarbeten, såsom propositioner och SOU. Detta med anledning av att förarbeten ses som den rättskälla som efter lagtexten är mest betydelsefull i den svenska rätten⁴ eftersom dessa är viktiga för lagtextens tolkning.⁵

Förutom ovan nämnda rättskällor har stor vikt lagts på den rättspraxis som finns inom området. Att studera rättspraxis är av betydelse, då tillämpningen av en lag, rättsregel eller rättsprincip avgörs av domstolar i deras rättstillämpning.⁶ Rättskällor, såsom exempelvis lagtext, kompletteras av rättspraxis.⁷ Med anledning av att det inte finns så många svenska rättsfall som behandlar ämnet har jag för att få ytterligare stöd för hur

² Sandgren, Claes. *Om teoribildning och rättsvetenskap*, 2004/05, s. 308.

³ Samuelsson, Joel & Melander, Jan. *Tolkning och tillämpning*, 2003, s. 31.

⁴ Lehrberg, Bert. *Praktisk juridisk metod*, 2010, s. 121.

⁵ Hydén, Håkan & Hydén, Therese. *Rättsregler: En introduktion till juridiken*, 2011, s. 157.

⁶ Lehrberg, Bert. *Praktisk juridisk metod*, 2010, s. 135.

⁷ Samuelsson, Joel & Melander, Jan. *Tolkning och tillämpning*, 2003, s. 39.

ämnet bedöms även studerat rättsfall från engelsk domstol, EU-domstolen och nederländsk domstol. Gällande de två beskrivna EU-målen i uppsatsen har även generaladvokatens förslag till hur EU-domstolen skulle avgöra respektive mål beaktats.

Vidare har jag behandlat såväl svensk som utländsk doktrin, vilket medför en bättre förståelse för rättsreglernas funktion.⁸ Doktrin har använts i form av litteratur och artiklar. Gällande litteraturen har jag behandlat dess senaste upplagor, vilket har medfört att jag har tagit del av den mest aktuella informationen kring ämnet. När jag sökte efter artiklar försökte jag framför allt att hitta vetenskapliga artiklar som behandlade ämnet. Jag försökte även att hitta artiklar i tryckt form, men då en del av artiklarna endast gavs ut på Internet tog jag dem därifrån. Genom att ha tagit del av artiklar har jag fått ytterligare relevant information kring mitt ämne som inte har framgått i lagtexten eller i litteraturen.

För att få ytterligare relevant information kring mitt ämne har jag även tagit del av information från Internet, såsom Diskrimineringsombudsmannens hemsida. När det gäller språket har jag använt mig av myndigheternas skrivregler Ds 2009:38. Vid användningen av information i uppsatsen har jag i möjligaste mån härlett informationen till dess primärkälla. I uppsatsens svenska delar har en stor tyngdvikt lagts på Fransson & Stüber samt propositionen till diskrimineringslagen. Till skillnad från annan litteratur som jag har tagit del av går Fransson & Stüber in djupare på ämnet och hänför sig inte endast till propositionen till diskrimineringslagen.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med en redogörelse av diskrimineringsrätten i kapitel två. I kapitlet behandlas först bakgrunden till diskrimineringsrätten. Därefter skildras artikel 14 i Europakonventionen. I kapitlet berörs även EU-rätten, där artikel 21 och 22 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, artikel 18 och 19 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och direktiv 2000/43/EG beskrivs. Kapitlet avslutas med en redogörelse av regeringsformen. I kapitel tre behandlas den svenska diskrimineringslagen. Kapitlet inleds med att beröra begreppet diskriminering. I detta sammanhang beskrivs begreppet direkt och indirekt diskriminering samt bevisbördan vid respektive form av diskriminering. Kapitlet skildrar därefter diskrimineringsgrunden ”etnisk tillhörighet”, diskrimineringsförbudet mot arbetssökande, aktiva åtgärder vid rekrytering och sanktionen vid diskriminering.

I kapitel fyra behandlas arbetsgivarens språkkrav i rekryteringsprocessen. Kapitlets inledande del skildrar förordning (EEG) nr 1612/68. Därefter beskrivs arbetsgivarens krav på kunskaper i ett lands modersmål. I den senare delen av kapitlet behandlas arbetsgivarens krav på kunskaper i svenska. Gällande denna del av kapitlet beskrivs arbetsgivarens språkkrav i såväl platsannonserna och sällningsförfarandet, som i anställningsbeslutet. Uppsatsens femte och sista kapitel utgörs av en analys och slutsats. I kapitlet besvaras först mina två forskningsfrågor. Därefter sammanfattar jag vad jag kom fram till efter arbetets gång. Kapitlet avslutas med att jag skildrar vad som hade varit intressant att studera kring ämnet vid vidare studier.

⁸ Lehrberg, Bert. *Praktisk juridisk metod*, 2010, s. 168.

2. Diskrimineringsrätt

2.1 Bakgrunden till diskrimineringsrätten

Till följd av Sveriges medlemskap i Europeiska unionen (EU) 1995 blev landet bundet av de rättsakter som unionen utfärdat. Europakonventionen, vilken innehåller ett förbud mot etnisk diskriminering i artikel 14, inkorporerades i svensk rätt som svensk lag 1995⁹ genom lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.¹⁰ Om nationell rätt står i strid med EU-rätten är nationell domstol skyldig att åsidosätta den nationella rätten. De direktiv som EU uppställer skall följas av den nationella domstolen vid tolkningen av nationell rätt.¹¹ Trots att vissa av EU:s rättsregler främst riktar sig till medlemsländerna kan de åberopas av enskilda då de har så kallad ”direkt effekt”. Direkt effekt kan vara vertikal eller horisontell. Vertikal direkt effekt innebär att EU-regeln kan åberopas av den enskilde i relation till staten. Med horisontell direkt effekt menas att EU-regeln kan åberopas vid medlemslandets domstolar och myndigheter av den enskilde gentemot en annan fysisk eller juridisk person än staten.¹²

I EU-rätten finns förbud mot etnisk diskriminering och diskriminering på grund av nationalitet i artikel 21 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Artikel 22 i stadgan anger att den språkliga mångfalden ska respekteras.¹³ Ett förbud mot etnisk diskriminering finns även i artikel 19 i EUF, medan förbud mot diskriminering på grund av nationalitet beskrivs i artikel 18 i EUF.¹⁴ Regleringen kring etnisk diskriminering i EU utgörs också av direktiv 2000/43/EG, vilket är ett direktiv som innehåller en princip om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.¹⁵

⁹ Herzfeld Olsson, Petra. *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, 2003, s. 514.

¹⁰ Nyström, Birgitta. *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 91.

¹¹ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 62 f.

¹² Nyström, Birgitta. *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 39 f.

¹³ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

¹⁴ Konsoliderad version av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

¹⁵ Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.

Under de senaste åren har det funnits ett antal lagar i Sverige som har reglerat förbud mot etnisk diskriminering. Den första lagen kom 1986¹⁶ och uttryckte ”ett totalt fördömande av etnisk diskriminering”.¹⁷ Till följd av lagen från 1986 skulle en diskrimineringsombudsman särskilt motverka att etnisk diskriminering skulle ske gentemot arbetssökande. År 1994 ersattes denna lag av en ny lag mot etnisk diskriminering. Lagen från 1994 medförde att diskrimineringsombudsmannens möjligheter att agera utökades. Ett förbud mot etnisk diskriminering i samband med ett anställningsförfarande infördes bland annat i lagen.¹⁸ I en jämförelse mellan lagen från 1986 och lagen från 1994 var lagen från 1994 mer tydlig i sitt förbud mot etnisk diskriminering, då den tidigare lagen framför allt fokuserade på att en diskrimineringsombudsman skulle inrättas. Reglerna kring förbud mot etnisk diskriminering skärptes ytterligare när lagen från 1994 ersattes av en ny lag 1999.¹⁹ I lagen från 1999 gällde förbudet mot etnisk diskriminering bland annat vid arbetsgivarens anställningsbeslut och under hela rekryteringsförfarandet. Lagen innehöll även bestämmelser om aktiva åtgärder. För att anpassa sig till EU-rätten genomgick lagen några förändringar 2003, 2005 och 2006. Ett krav på att främja lika rättigheter och möjligheter, vilket ersatte begreppet mångfald, utgjorde en av 2003 års förändringar. Innehållet i 1999 års lag har i princip överförts till 2008 års diskrimineringslag.²⁰

År 2002 tillsattes en parlamentarisk kommitté av regeringen för att utreda behovet av en gemensam diskrimineringslag, där resultatet så småningom presenterades i betänkandet SOU 2006:22 ”En sammanhållen diskrimineringslagstiftning”. Till följd av förslaget skedde en del ändringar och regeringen lade fram prop. 2007/08:95 ”Ett starkare skydd mot diskriminering”, vilket var en proposition till en gemensam diskrimineringslag. Riksdagen antog denna proposition och den 1 januari 2009 trädde därmed den nya diskrimineringslagen i kraft.²¹ Syftet med den nya lagen är att motverka diskriminering och att främja lika rättigheter och möjligheter oberoende av ”kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder”.²² Ett stort antal samhällsområden omfattas av lagens skydd mot diskriminering, såsom arbetslivet.²³ Förutom diskrimineringslagen innehåller även regeringsformen skydd mot etnisk diskriminering.²⁴

2.2 Europakonventionen artikel 14

Europarådet, vilket är ett mellanstatligt samarbetsorgan som arbetar med att främja demokrati och mänskliga rättigheter samt att rättsstatens principer ska respekteras, bildades 1949. Europakonventionen är i sin tur Europarådets konvention angående skydd

¹⁶ Glavå, Mats. *Arbetsrätt*, 2011, s. 386.

¹⁷ SOU 1992:96, s. 55.

¹⁸ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 39.

¹⁹ Glavå, Mats. *Arbetsrätt*, 2011, s. 386.

²⁰ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 40.

²¹ Gabinus Göransson, Håkan m.fl. *Diskrimineringslagen*, 2011, s. 22.

²² 1 kap. 1 § och 5 § Diskrimineringslagen.

²³ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 48.

²⁴ 1 kap. 2 § och 2 kap. 12 § Regeringsformen.

för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.²⁵ Konventionen grundar sig på FN:s deklaration från 1948 om mänskliga rättigheter.²⁶ I första artikeln i FN:s deklaration framgår det att ”Alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter”, medan den andra artikeln anger ett förbud mot diskriminering genom att beskriva att ”Var och en är berättigad till alla de rättigheter och friheter som uttalas i denna förklaring utan åtskillnad av något slag, såsom på grund av ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan uppfattning, nationellt eller socialt ursprung, egendom, börd eller ställning i övrigt”.²⁷

Efter ratificering 1952 trädde Europakonventionen i kraft i Sverige 1953, men gäller som svensk lag först sedan 1995.²⁸ Den svenska rätten påverkas av Europakonventionen genom tre faktorer. Första faktorn är att Sverige är bunden av denna internationella konvention, vilket innebär att den svenska lagen inte får strida mot Europakonventionen. Andra faktorn är att Europakonventionen, till följd av att vara en svensk lag, kommer in i den svenska rätten och därigenom direkt kan tillämpas av den svenska domstolen. Den tredje faktorn är att Europakonventionen utgör en del av den svenska rätten, då den kommer in genom EG-rätten.²⁹

I propositionen till införandet av Europakonventionen som svensk lag föreslogs dels vissa ändringar i regeringsformen, men också en särskild lag om inkorporering av den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Genom att utvidga ett skydd för grundläggande fri- och rättigheter i regeringsformen var tanken att den enskildes rättsställning skulle förstärkas. En ny bestämmelse i regeringsformen föreslogs också, vilken stadgade att ”lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av Europakonventionen”. Till följd av en inkorporering av Europakonventionen beskrevs det att konventionen skulle få en ökad betydelse i Sverige, att dess status skulle klargöras i den inhemska rätten samt att den enskilde medborgaren skulle få ett starkare skydd för de i konventionens reglerade fri- och rättigheter.³⁰

Förbud mot diskriminering regleras i artikel 14 i Europakonventionen. I artikeln står det att de i konventionens angivna fri- och rättigheter ska säkerställas utan att någon åtskillnad görs med anledning av ”kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt”.

²⁵ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 29.

²⁶ Danelius, Hans. *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 2012, s. 17.

²⁷ Regeringskansliet. *FN:s konventioner om Mänskliga rättigheter*, 2011, s. 3.

²⁸ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 29.

²⁹ J. Westregård, Annamaria. *Integritetsfrågor i arbetslivet*, 2002, s. 325 f.

³⁰ Prop 1993/94:117, s. 1 och 12.

2.3 EU-rätt

2.3.1 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna artikel 21 och 22

I artikel 21 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna behandlas icke-diskriminering. Stadgan antogs 2000, då det på EU-nivå länge hade diskuterats om att såväl definiera som utveckla en effektiv struktur gällande grundläggande rättigheter.³¹ Den 1 december 2009 trädde Lissabonfördraget i kraft, vilket medförde att stadgan blev juridiskt bindande för de medlemsstater som tillhörde EU.³² Artikel 21 skildrar ett förbud mot diskriminering på grund av ”kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, genetiska särdrag, språk, religion eller övertygelse politisk eller annan åskådning, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning”. Diskriminering på grund av nationalitet är också förbjudet enligt artikeln.³³ Med anledning av förbudet får inte EU vidta åtgärder som kränker denna rättighet. Medlemsländerna får heller inte kränka bestämmelsen när de implementerar EG-rätt till följd av att vidta åtgärder.³⁴ I artikel 22 i stadgan anges det att den språkliga mångfalden ska respekteras av Unionen.³⁵

2.3.2 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt artikel 18 och 19

I artikel 19 i EUF, tidigare artikel 13 i Amsterdamfördraget, återfinns diskrimineringslagens huvudsakliga grund för dess diskrimineringsförbud.³⁶ Artikel 19 i EUF ger Europarådet rätt att med anledning av ”kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning” vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering. I artikel 18 i EUF, tidigare artikel 12 i Amsterdamfördraget, finns det ett allmänt förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Artikeln ger Europaparlamentet och rådet rätt att anta bestämmelser för att diskriminering av sådant slag ska förbjudas.³⁷

2.3.3 Direktiv 2000/43/EG

Enligt artikel 1 i rådets direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung var syftet med direktivet att en ram skulle fastställas för att bekämpa diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung. Detta för att principen om likabehandling skulle genomföras i medlemsstaterna. Principen om likabehandling, vilken beskrivs i artikel 2 i rådets direktiv, innebär att direkt och indirekt diskriminering med anledning av ras eller etniskt

³¹ Nyström, Birgitta. *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 87.

³² Gabinus Göransson, Håkan m.fl. *Diskrimineringslagen*, 2011, s. 27.

³³ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

³⁴ Herzfeld Olsson, Petra. *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, 2003, s. 516.

³⁵ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

³⁶ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 35.

³⁷ Konsoliderad version av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

ursprung är förbjuden. Direktivet tillämpas enligt artikel 3 i rådets direktiv på ett flertal områden, exempelvis när det gäller villkor för tillträde till anställning.³⁸

2.4 Regeringsformen

Den rättsliga utgångspunkten mot etnisk diskriminering i svensk rätt återfinns i regeringsformen.³⁹ I 1 kap. 2 § RF anges det att ”Den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet”. Samma paragraf anger även att diskriminering av människor med anledning av deras hudfärg, nationella eller etniska ursprung ska motverkas av det allmänna. Enligt 2 kap. 12 § RF finns det ett grundlagsskydd mot etnisk diskriminering, där det beskrivs att en lag eller annan föreskrift inte får medföra att en medborgare missgynnas, då denne med hänsyn till ”etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande” tillhör en minoritet.

³⁸ Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.

³⁹ Gabinus Göransson, Håkan m.fl. *Diskrimineringslagen*, 2011, s. 20.

3. Diskrimineringslagen

3.1 Begreppet diskriminering

3.1.1 Direkt diskriminering

Tanken bakom förbudet mot direkt diskriminering är att alla människor ska behandlas lika och att behandlingen inte ska vara annorlunda gentemot en person som tillhör en skyddad diskrimineringsgrund.⁴⁰ Med direkt diskriminering avses enligt 1 kap. 4 § 1 p. DL ”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”.

För att direkt diskriminering ska anses ha förekommit enligt lagens mening ska tre kriterier uppfyllas, vilka är ett *missgynnande*, en *jämförelse* och ett *orsakssamband*.⁴¹ Dessa rekvisit är starkt sammanbundna med varandra.⁴²

Med missgynnande menas att en person blir utsatt för en skada eller nackdel. Vid bedömningen av rekvisitet missgynnande är den avgörande faktorn att en negativ effekt inträder och inte anledningen till varför missgynnandet ägt rum.⁴³ Den negativa effekten kan till exempel innebära att en arbetssökande inte blir uttagen till en anställningsintervju eller att en arbetssökande inte får en anställning.⁴⁴ För att direkt diskriminering ska anses föreligga enligt EU-domstolen är det inte en nödvändig förutsättning att en identifierbar person anser sig vara diskriminerad. Enligt EU-domstolen måste inte ett missgynnande ha skett.⁴⁵ Därmed skiljer sig EU-domstolens fastställande från vad som står föreskrivet i 2008 års diskrimineringslag. Som en ledstjärna för likabehandling

⁴⁰ Forshaw, Simon & Pilgerstorfer, Marcus. *Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in between?*, 2008, s. 348.

⁴¹ Prop. 2007/08:95, s. 486.

⁴² Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 70.

⁴³ Prop. 2007/08:95, s. 486 f.

⁴⁴ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 71.

⁴⁵ Mål 54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn NV, se även Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 71.

oavsett etnisk tillhörighet finns direktiv 2000/43/EG, vilket tidigare nämndes i avsnitt 2.3.3, där social integration skall främjas på arbetsmarknaden.⁴⁶

En jämförelse innebär att två personer jämförs, där den ena personen påstår sig vara diskriminerad och den andra personen befinner sig i en likartad och därmed jämförbar situation. Jämförelsen ska i första hand göras med en faktisk jämförelseperson och om denne inte skulle finnas får jämförelsen göras med en tänkt (hypotetisk) jämförelseperson. Behandlingen anses vara diskriminerande om jämförelsen pekar på en åtskillnad från hur den diskriminerade personen behandlas i jämförelse med den andra personen.⁴⁷ Jämförelsekravet är av störst betydelse vid urvalssituationer, såsom vid anställning. Vid bedömningen av kravet jämförelse är kraven olika beroende på vilken situation det handlar om. Så är ofta situationen mellan personer som har sökt samma anställning, där kravspecifikationen kan variera från fall till fall.⁴⁸

Innebörden av orsakssamband är att det vid direkt diskriminering finns ett samband mellan missgynnandet av en person och någon av diskrimineringsgrunderna.⁴⁹ Har arbetsgivaren kännedom om en diskrimineringsgrund är orsakssambandskravet med andra ord uppfyllt. Om kännedom saknas om en diskrimineringsgrund av arbetsgivaren föreligger inget orsakssamband och denne kan därmed inte göra sig skyldig till diskriminering.⁵⁰ Orsakssambandet kan vara starkt eller svagt. När arbetsgivaren har en avsikt att missgynna en person med anledning av en diskrimineringsgrund är orsakssambandet som starkast.⁵¹ Direkt diskriminering kan dock föreligga även om avsikten att diskriminera inte finns hos arbetsgivaren.⁵² Vid bedömningen av svagt orsakssamband kan missgynnandet ha sin grund i andra skäl än enbart på grund av diskrimineringsgrunden.⁵³

I AD 2009 nr 11 behandlades frågan om en kvinna med tjeckiskt ursprung blev direkt diskriminerad på grund av hennes etnicitet, då hon inte kallades till anställningsintervju eller anställdes. Ett företag i biluthyrningsbranschen hade en utannonserad anställning som biluthyrare/bilvårdare år 2007, vilket var en anställning som kvinnan sökte. Hon hade bott i Sverige sedan 1975 och hade lång erfarenhet, goda kvalifikationer och goda språkkunskaper. Kvinnan tillhörde inte en av de sex svenska arbetssökande som företaget tog ut till anställningsintervju, varav en slutligen anställdes. Diskrimineringsombudsmannen yrkade att företaget gjort sig skyldigt till direkt diskriminering. Som grund för sitt yrkande gjorde DO gällande att kvinnan, trots att hon hade bättre meriter för arbetet än de andra arbetssökandena, varken anställdes eller kallades till anställningsintervju på grund av sin etniska tillhörighet. Företaget bestred DO:s yrkande om att kvinnan blivit direkt diskriminerad av företaget. Enligt företaget

⁴⁶ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 72.

⁴⁷ Prop. 2007/08:95, s. 487.

⁴⁸ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 73 f.

⁴⁹ Prop. 2007/08:95, s. 487 f.

⁵⁰ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 78.

⁵¹ Prop. 2007/08:95, s. 487 f.

⁵² Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 70.

⁵³ Prop. 2007/08:95, s. 489.

förelåg inte en jämförbar situation mellan kvinnan och de andra arbetssökandena, då kvinnan varken hade en fullständig ansökan eller lika goda meriter som de andra. Om kvinnan skulle ha befunnit sig i en jämförbar situation menade företaget vidare att det i vart fall inte förelåg något orsakssamband mellan missgynnandet och hennes etniska tillhörighet. Arbetsdomstolen fann att direkt diskriminering inte förelåg. Enligt AD befann sig inte kvinnan i en jämförbar situation som de andra arbetssökandena eftersom att hon, till skillnad från de andra arbetssökandena, underlät att fylla i ansökningsformuläret på ett fullständigt sätt.

Den arbetssökande har att visa att en jämförbar situation föreligger i samband med en anställning.⁵⁴ I målet hade inte kvinnan fyllt i ansökningsformuläret på ett fullständigt sätt, vilket AD framhöll. Därmed befann sig inte kvinnan i en jämförbar situation och kunde inte betraktas som arbetssökande. Hade kvinnan däremot uppfyllt kravet i detta avseende skulle AD med största sannolikhet ha delat DO:s uppfattning om att hon blivit utsatt för direkt diskriminering på grund av hennes etniska tillhörighet. Detta under förutsättning att meritvärderingen skulle ha utfallit till kvinnans fördel.

3.1.2 Indirekt diskriminering

I allmänhet betraktas indirekt diskriminering begreppsmässigt som underordnad till direkt diskriminering.⁵⁵ Enligt 1 kap. 4 § 2 p. DL innebär 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”.

Indirekt diskriminering har förekommit under förutsättning att tre kriterier uppfylls, vilka är ett *missgynnande*, en *jämförelse* och en *intresseavvägning*.⁵⁶

Ett orsakssamband med diskrimineringsgrunden är en nödvändighet för rekvisiten missgynnande och jämförelse. Till skillnad från vid direkt diskriminering finns vid indirekt diskriminering inget rakt orsakssamband mellan handlingen som leder till missgynnandet och själva diskrimineringsgrunden.⁵⁷

På samma sätt som vid direkt diskriminering, rör sig ett missgynnande vid indirekt diskriminering om att en person lider en faktisk skada, är utsatt för ett obehag eller någon annan nackdel. Om någon missgynnas till följd av en neutral bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt kan regeln om indirekt diskriminering vara tillämplig.⁵⁸ Som indirekt diskriminerande bestämmelser kan ses regler som en arbetsgivare uppställer i sin verksamhet. Med kriterier kan avses krav som kan ställas av arbetsgivaren för en

⁵⁴ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 160.

⁵⁵ Doyle, Oran. *Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy*, 2007, s. 537.

⁵⁶ Prop. 2007/08:95, s. 490.

⁵⁷ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 82 f.

⁵⁸ Prop. 2007/08:95, s. 490.

anställning. Det kan till exempel röra sig om språkkunskaper som ställs på en viss nivå. Indirekt diskriminerande förfaringssätt kan vara att arbetsgivaren gör något som verkar neutralt, men där agerandet ger en diskriminerande effekt. Beroende på diskrimineringsgrund och på om bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet leder till en negativ effekt, kan missgynnandet komma att se olika ut. Uttrycket ”kan komma att särskilt missgynna” används i diskrimineringslagen. Ordet ”särskilt” skall ses i samband med en jämförbar situation och en diskrimineringsgrund.⁵⁹

En jämförelse är när en grupp som en missgynnad person tillhör jämförs med en annan grupp.⁶⁰ De som är i den missgynnade gruppen måste vara betydligt fler än de som är i den gynnade gruppen.⁶¹ Jämförelsen görs mellan faktiska grupper och inte mellan hypotetiska jämförelsepersoner. Indirekt diskriminering föreligger om det vid jämförelsen uppstår en bemärkt skillnad mellan de olika gruppernas möjligheter att uppfylla kravet.⁶²

Vid bedömning av om en åtgärd är tillåten eller inte genomförs en intresseavvägning. Det finns två krav som måste vara uppfyllda för att en åtgärd ska vara tillåten, vilken normalt missgynnar en viss grupp. Dels måste syftet vara viktigt och objektivt godtagbart, men åtgärden måste också vara lämplig och nödvändig. Missgynnande kan dock utgöra indirekt diskriminering om det finns andra möjliga handlingsalternativ eller medel för att uppnå syftet.⁶³ Arbetsgivaren skall således vidta så lindriga åtgärder som möjligt i diskrimineringsavseende för att uppnå sitt syfte. Intresseavvägningsregeln vid indirekt diskriminering är uppbyggd kring proportionalitetsprincipen. En avvägning görs mellan den neutrala bestämmelsens, kriteriets eller förfaringssättets negativa effekter för den missgynnade enligt diskrimineringslagen och behovet av att särskilt missgynna hos motparten. Därmed vägs olika intressen mot varandra. Proportionalitetsprincipen tillämpas på ett flertal områden, till exempel vid en arbetsgivares verksamhetsbehov.⁶⁴

AD 2007 nr 45 rörde sig om huruvida en man med iranskt ursprung blev indirekt diskriminerad genom att inte kallas till anställningsintervju, då företaget ställde krav på svenska. År 2005 sökte mannen per e-post anställning som bland annat reporter hos ett produktionsföretag, vilket producerar filmer och TV-dokumentärer. Efter några dagar fick sedan mannen ett svar av företaget per e-post. I företagets svar angavs det dels att företaget framför allt sökte efter anställda som kunde behärska det svenska språket, men också att det var för många stavfel i mannens ansökan. Utöver detta tackades mannen för visat intresse. Företagets e-postmeddelande var underskrivet av en av företagets anställda och företagets namn var angivet. Diskrimineringsombudsmannen yrkade att företaget gjort sig skyldigt till indirekt diskriminering. Som skäl för sitt yrkande anförde DO att mannens bristande kunskaper i svenska var anledningen till att han inte kallades till anställningsintervju av företaget. Med tanke på arbetsuppgifterna menade DO att företaget hade ställt ett högre krav på kunskaper i det svenska språket än vad som var

⁵⁹ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 84 f.

⁶⁰ Prop. 2007/08:95, s. 490.

⁶¹ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 85.

⁶² Prop. 2007/08:95, s. 490.

⁶³ Prop. 2007/08:95, s. 490 f.

⁶⁴ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 85 f.

nödvändigt, vilket var ett krav som missgynnade mannen som hade en annan etnisk tillhörighet än svensk. Företaget bestred DO:s yrkande om att mannen blivit indirekt diskriminerad av företaget. Även fast företaget tyckte att e-postmeddelandet till mannen var diskriminerande, ansåg företaget sig inte bära ansvar för dess anställds diskriminerande agerande. Enligt företaget hade dess anställd handlat i strid med sina givna instruktioner och var inte behörig att skicka meddelandet till mannen. Arbetsdomstolen fann att företaget inte gjort sig skyldigt till indirekt diskriminering. Enligt AD var inte företaget ansvarigt för dess anställds agerande, då denne handlade på eget bevåg.

I målet ställdes ett högre krav på kunskaper i det svenska språket än vad som var nödvändigt för den aktuella anställningen. Kravet på svenska, som en av företagets anställda uppställde, kan i och för sig ses som indirekt diskriminering på grund av etnisk tillhörighet, vilket heller inte bestreds av företaget. Med anledning av att arbetsgivare inte bär ansvar för kränkande handlingar som utförs på eget bevåg av dess anställda och som är utanför arbetsgivares instruktioner avseende arbetsuppgifterna⁶⁵ kunde dock inte företaget fällas till ansvar för indirekt diskriminering.

3.1.3 Bevisbörda vid direkt och indirekt diskriminering

Bevisbörderegeln har sin grund i bevisbördedirektivet (97/80) och recastdirektivet (2006/54).⁶⁶ Gällande bevisbördan vid direkt och indirekt diskriminering delas denna upp i två led enligt vad som står beskrivet i 6 kap. 3 § DL, vilket utgör en presumtionsregel.⁶⁷ Käranden har bevisbördan i det första ledet, vilken sedan går över på svaranden i det andra ledet.⁶⁸ I 6 kap. 3 § DL står det föreskrivet att ”Om den som anser sig ha blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier visar omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad eller utsatt för repressalier, är det svaranden som ska visa att diskriminering eller repressalier inte har förekommit”. Mellan direkt och indirekt diskriminering föreligger dock skillnader i bevisningen, då det är olikheter i de fakta som bevisas inom respektive form av diskriminering.⁶⁹

Vid direkt diskriminering ska käranden först ”visa omständigheter som ger anledning att anta” att denne har blivit utsatt för diskriminering. Detta genom att bland annat visa att svaranden har behandlat henne eller honom mindre förmånligt än en annan person som är i en jämförbar situation. I detta sammanhang ska käranden styrka att diskriminering föreligger, då det finns ett orsakssamband mellan missgynnandet och den åberopade diskrimineringsgrunden. Därmed är presumtionskravet uppfyllt. Därefter ska svaranden i sin tur ”motbevisa” presumtionen och att diskriminering av käranden inte har förekommit genom att visa omständigheter som styrker att missgynnandet inte har att göra med den

⁶⁵ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 145.

⁶⁶ Se för en kommentar Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 34.

⁶⁷ NJA 2006, s. 170 och prop. 2007/08:95, s. 444.

⁶⁸ Prop. 2007/08:95, s. 561.

⁶⁹ Gabinus Göransson, Håkan m.fl. *Diskrimineringslagen*, 2011, s. 54.

diskrimineringsgrund som kåranden åberopat,⁷⁰ utan att svaranden har haft andra sakliga skål för sitt handlande.⁷¹

Gållande indirekt diskriminering ska kåranden först ”styrka omständigheter” som stödjer att denne har missgynnats i praktiken på grund av någon av diskrimineringsgrunderna, till följd av till exempel ”ett till synes neutralt kriterium”, vilket medför en diskriminerande effekt.⁷² Genom den faktiska jämförelsen ska kåranden bevisa det särskilda missgynnandet.⁷³ Svaranden har sedan bevisbördan för att objektivt motivera kriteriet av ett syfte som är berättigat och att syftet har uppnåtts av lämpliga och nödvändiga medel.⁷⁴ Härigenom prövas svarandens sakliga skål för sitt handlande. En proportionalitetsbedömning görs därefter av Arbetsdomstolen,⁷⁵ vilket tidigare är nämnt i avsnitt 3.1.2. Proportionalitetsprincipen vid indirekt diskriminering är en EU-rättslig princip som från början utvecklades av EU-domstolen, för att därefter bli stadfast i bevisbördedirektivet (97/80) och är numera intaget i recastdirektivet (2006/54).⁷⁶

Hur bevisbördan tillämpas av Arbetsdomstolen vid direkt och indirekt diskriminering är inte uppenbar utan varierar från fall till fall. Vid tillämpningen av bevisbörderegeln kan det vara svårt för AD att avgöra om ett fall rör sig om direkt och/eller indirekt diskriminering.⁷⁷

Syftet med bevisbörderegeln i diskrimineringslagen är att kårandesidan ska få bevislättnader.⁷⁸ Gållande bevisbördan i fall som berör diskriminering föreligger dock en svårighet för kårande-parten att bevisa diskriminering. Detta då denne, förutom att visa hur den andra parten har agerat, även skall visa varför den andra parten har agerat som han eller hon har gjort. Samtidigt framhåller Cunningham svårigheten för svarande-parten att motbevisa diskriminering till följd av visade omständigheter. Generellt sett när det gäller bevisbördan hos kårande- och svarande-parten hamnar dock den förstnämnda ofta i underläge.⁷⁹

I AD 2005 nr 14 behandlades frågan om en kvinna med iranskt ursprung blev direkt och indirekt diskriminerad i samband med att hon svarade på en platsannons. Kvinnan sökte en utannonserad anställning som förskollårare på en friskola år 2002 genom att skicka ett telefax till skolan. Trots att hon var kvalificerad för den sökta anställningen kallades hon inte till anställningsintervju. Ungefår en månad senare utannonserade skolan återigen efter förskollårare, vilket ledde till att skolan anställde en person med svenskt ursprung.

⁷⁰ Prop. 2007/08:95, s. 561.

⁷¹ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 81.

⁷² Prop. 2007/08:95, s. 561.

⁷³ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 85.

⁷⁴ Prop. 2007/08:95, s. 561.

⁷⁵ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 85 och 537.

⁷⁶ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 86.

⁷⁷ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 539.

⁷⁸ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 534.

⁷⁹ Cunningham, Naomi. *Discrimination Through the Looking-Glass: Judicial Guidelines on the Burden of Proof*, 2006, s. 280 f.

Läraryrket yrkade att skolan i första hand gjort sig skyldig till direkt diskriminering. Enligt läraryrket avbröts rekryteringsförfarandet av kvinnan efter den första platsannonsern utan att hon kallades till anställningsintervju på grund av hennes etniska tillhörighet. I andra hand yrkade läraryrket att skolan gjort sig skyldig till indirekt diskriminering. Som skäl för sitt yrkande anförde läraryrket att skolan hade ställt upp ett omotiverat krav på språkkunskaper, vilket uteslöt kvinnan som hade ett annat modersmål än svenska. Läraryrkets yrkande om att kvinnan skulle ha blivit direkt och indirekt diskriminerad av skolan bestreds av arbetsgivarparterna. Enligt arbetsgivarparterna kunde de inte bedöma kvinnans ansökan eftersom att skolan aldrig fick ta del av den. Vidare anförde arbetsgivarparterna att kvinnans etniska tillhörighet inte påverkade skolans handläggning av rekryteringsfrågan. Arbetsdomstolen fann att skolan varken gjort sig skyldig till direkt eller indirekt diskriminering. Att skolan såväl tog del av som bedömde kvinnans ansökan ansåg AD inte vara bevisat av läraryrket.

Då kändan ej kunnat visa att ansökan kommit fram till svaranden och att svaranden tagit del av denna är kändan ej att betrakta som arbetssökande.⁸⁰ Därmed blev inte frågan om direkt/och eller indirekt diskriminering prövad av AD. Utgången i målet hade med största sannolikhet blivit till kändans fördel med av denna anförda grunder under förutsättning att kändan hade betraktats som arbetssökande.

3.2 Diskrimineringsgrunden ”etnisk tillhörighet”

Skyddet mot diskriminering är inte relaterat till person, utan till diskrimineringsgrund, såsom ”etnisk tillhörighet”.⁸¹ I 1 kap. 5 § 3 p. DL definieras diskrimineringsgrunden ”etnisk tillhörighet” som ”nationellt eller etniskt ursprung, hudfärg eller annat liknande förhållande”. Nationellt ursprung innebär att nationstillhörigheten är samma för personer, såsom svenskar eller polacker. När personer har ett förhållandevis enhetligt kulturmönster avses etniskt ursprung, som exempelvis de nationella minoriteterna samer och romer. Tidigare lagstiftning beskrev även termen ”ras”, vilket dock inte längre bör användas. Detta då ”lagen utgår från att alla människor tillhör en och samma ras; människorasen”. Begreppet har istället ersatts av orden ”hudfärg eller annat liknande förhållande”, där exempelvis föreställningar om indelning av människor i raser ingår. Inom ramen för ”annat liknande förhållande” hör diskriminering som förekommer med anledning av ”ras” eller en annan nedsättande benämning, vilket har att göra med personer som har en svensk eller utländsk bakgrund. Lagen innefattar även diskriminering av ”invandrare”. Att vara invandrare innebär att ha ett nationellt ursprung som skiljer sig från vad majoritetsbefolkningen har.⁸² I definitionen ”etnisk tillhörighet” innefattas även förmodad etnisk tillhörighet. Med förmodad etnisk tillhörighet avses att en person blir diskriminerad för att ha en etnisk tillhörighet som denne egentligen inte har.⁸³ Den etniska

⁸⁰ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 158.

⁸¹ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 107.

⁸² Prop. 2007/08:95, s. 496 f.

⁸³ Prop. 2002/03:65, s. 91.

tillhörigheten är inte en isolerad förutsättning för att diskriminering ska föreligga, utan kan kombineras med andra orsaker.⁸⁴

3.3 Förbud mot diskriminering av arbetssökande

Enligt 2 kap. 1 § 2 p. DL får inte en arbetsgivare diskriminera den som söker arbete hos arbetsgivaren. En arbetssökande är en person som tydligt har visat arbetsgivaren att denne önskar en anställning. Förbudet mot diskriminering gäller under hela rekryteringsprocessen. Vid såväl anställningsbeslut som åtgärder och underlåtenheter innan beslutet skyddas arbetssökande av diskrimineringsförbudet. Diskriminering kan utgöras av att en arbetssökande får besked av en arbetsgivare på telefon om att ett anställningsförfarande är avslutat eller att denne får besked om att det inte finns något arbete att söka hos arbetsgivaren, då arbetsgivarens avsikt är att avvisa eller avskräcka en viss person från att söka ett arbete. Diskrimineringsförbudet omfattar även anställningsförfaranden, såsom ansökningshandlingars hantering, urval till anställningsintervjuer, referenstagning och lämplighetstester. För att förbudet ska gälla krävs det inte att arbetsgivaren fattar ett anställningsbeslut, utan diskriminering kan också åberopas av en ensam arbetssökande som inte får en sökt anställning. Diskriminerande förfaranden under en rekrytering kan med andra ord angripas vid avbrytande av ett anställningsförfarande där ingen person anställs, vilket gäller exempelvis när en arbetsgivare inte anställer någon för att denne inte vill anställa en person med en viss etnisk tillhörighet.⁸⁵

Diskrimineringsförbudet gäller dock normalt inte för formulering av platsannonser.⁸⁶ Enligt diskrimineringslagen måste en individ ha kränkts eller missgynnats för att diskriminering ska anses föreligga.⁸⁷ Tillämpningsområdet vid direkt diskriminering har EU-domstolen utvidgat att även omfatta situationer där ingen identifierbar person anser sig vara diskriminerad.⁸⁸ Trots diskrimineringslagens reglering kring platsannonser ska arbetsgivare ansvara för att annonser inte är diskriminerande i sin formulering, då det ingår i arbetsgivares förpliktelser att motverka diskriminering till följd av att de vidtar aktiva åtgärder.⁸⁹ I samband med att en arbetssökande har valts bort på grund av särskild diskrimineringsgrund kan annonsen vara av vikt som bevisning för att diskriminering har förekommit vid rekryteringen.⁹⁰

⁸⁴ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 107.

⁸⁵ Prop. 2007/08:95, s. 497 och 499.

⁸⁶ Prop. 2007/08:95, s. 499.

⁸⁷ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 140.

⁸⁸ Mål 54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn NV, se även Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 140.

⁸⁹ Gabinus Göransson, Håkan m.fl. *Diskrimineringslagen*, 2011, s. 62.

⁹⁰ Prop. 2007/08:95, s. 140.

3.4 Aktiva åtgärder vid rekrytering

Begreppet aktiva åtgärder kom från och med år 1999 att omfatta diskrimineringsgrunden ”etnisk tillhörighet”.⁹¹ Tanken bakom de aktiva åtgärderna i relation till etnicitet är att lika rättigheter och möjligheter ska uppnås i arbetslivet oavsett etnisk tillhörighet.⁹² I samband med rekrytering har arbetsgivaren enligt 3 kap. 7 § DL en skyldighet att verka för att alla oavsett etnisk tillhörighet ska kunna söka lediga anställningar. Bestämmelsen behandlar främst hur annonseringen av ett ledigt arbete ska utformas av arbetsgivaren. I till exempel platsannonser kan arbetsgivare ange att arbetsökande välkomnas oberoende av vad de har för etnisk tillhörighet. Det som arbetsgivaren anger i sin platsannons visar till stor del vilken policy som arbetsplatsen har. Aspekter, såsom vad en särskild arbetsuppgift kräver för sorts kompetens, på vilket sätt rekryteringen ska gå till och vem som ska vara närvarande vid anställningsintervjun, kan behöva analyseras av arbetsgivaren. Arbetsgivaren bör även analysera såväl innebörden av kompetensbegreppet som hur de arbetsökandes olika kompetenser ska värderas. För att alla arbetsökande ska ha möjlighet att söka lediga anställningar bör alla arbeten annonseras ut av arbetsgivaren. Arbetsgivaren kan sätta ut platsannonser i andra medier än vad denne brukar använda. Möjligheterna till att bredda variationen hos arbetsstyrkan ökar också under förutsättning att fler arbetsökande än vanligt blir kallade till anställningsintervju av arbetsgivaren.⁹³

3.5 Sanktion

Vid diskriminering av arbetsökande är sanktionen en skyldighet för arbetsgivaren att betala diskrimineringsersättning, vilket beskrivs i 5 kap. 1 § DL. Det är fråga om en ersättning till den individ som kränkts av arbetsgivaren.⁹⁴ Tidigare kallades diskrimineringsersättningen för allmänt skadestånd eller skadestånd för kränkning.⁹⁵ Tanken bakom diskrimineringsersättningen är att den dels ska vara en ersättning för ideell skada, men också att den ska ha en preventiv funktion,⁹⁶ som ska få arbetsgivaren att avstå från att vidta otillåtna åtgärder till följd av att ersättningen skattas högt.⁹⁷ Diskrimineringsersättningens storlek avgörs i varje enskilt fall utifrån allvaret i överträdelsen av diskrimineringslagens bestämmelser kring diskrimineringsförbud.⁹⁸

⁹¹ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 380.

⁹² 3 kap. 1 § Diskrimineringslagen.

⁹³ Prop. 2007/08:95, s. 537.

⁹⁴ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 491.

⁹⁵ Sigeman, Tore & Sjödin, Erik. *Arbetsrätten: En översikt*, 2013, s. 143.

⁹⁶ Prop. 2007/08:95, s. 398.

⁹⁷ Källström, Kent & Malmberg, Jonas. *Anställningsförhållandet: Inledning till den individuella arbetsrätten*, 2013, s. 99.

⁹⁸ Prop. 2007/08:95, s. 398.

4. Språkrav i rekryteringsprocessen

4.1 Förordning (EEG) nr 1612/68

Ett uppställt krav på ett EU-lands officiella språk som modersmål för tillsättandet av en tjänst kan utifrån etnisk tillhörighet ses som direkt diskriminerande. Sådant krav kan även anses utgöra diskriminering på grund av nationalitet och ett hinder för fri rörlighet inom Unionen,⁹⁹ vilket förbjuds i artikel 18 i EUF. I förordningen (EEG) nr 1612/68 om arbetskraftens fria rörlighet preciseras diskrimineringsförbudet. Till följd av förordningen innehar medborgare inom EU rätten att ta anställning och arbeta i ett annat medlemsland i enlighet med de villkor som gäller för den statens medborgare. Direkt eller indirekt diskriminerande nationella regler är ogiltiga om de diskriminerar en arbetssökande på grund av att denne är medborgare i en annan medlemsstat.¹⁰⁰ Enligt artikel 3 i förordningen får dock undantag göras från denna bestämmelse när det rör sig om särskilda språkkunskaper som krävs på grund av den lediga tjänstens natur.¹⁰¹ Undantaget har tolkats restriktivt av EU-domstolen.¹⁰²

Diskrimineringsförbudet i förordningen (EEG) 1612/68 behandlades i målet 281/98 ”Roman Angonese och Cassa di Risparmio di Bolzano SpA”. I målet uppställde en arbetsgivare ett krav gentemot en arbetssökande på att denne skulle ha kunskaper i italienska och tyska för att få en tjänst hos ett privat bankföretag i Bolzano. Mannen hade italienskt medborgarskap och tyska som modersmål. Under åren 1993-1997 studerade han i Österrike. Med anledning av en offentliggjord platsannons anmälde mannen sig i augusti 1997 som sökande för tjänsten. Språkkunskaperna som arbetsgivaren krävde skulle styrkas genom ett intyg som den arbetssökande endast kunde få genom att först delta i ett examensprov i provinsen Bolzano. För att överhuvudtaget få delta i uttagningsprovet för tjänsten var den arbetssökande tvungen att uppvisa intyget. Till följd av att mannen inte uppvisade intyget avvisade arbetsgivaren mannens ansökan. Bedömningen av hur målet skulle avgöras skiljde sig mellan generaladvokaten Fennelly

⁹⁹ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 112.

¹⁰⁰ Nyström, Birgitta. *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 134.

¹⁰¹ Rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen.

¹⁰² Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 112.

och EU-domstolen. Generaladvokaten fann att arbetsgivarens språkkrav varken utgjorde diskriminering på grund av nationalitet eller ett hinder mot fri rörlighet. I detta sammanhang ansåg generaladvokaten att arbetsgivarens krav inte stred mot förordningen (EEG) nr 1612/68. Generaladvokaten gjorde gällande att kravet på tvåspråkighet - styrkt genom ett intyg - var motiverat på grund av provinsen Bolzanos språkliga förhållanden och befolkningens språkliga sammansättning.¹⁰³ EU-domstolen fann däremot att arbetsgivarens krav utgjorde diskriminering på grund av nationalitet och ett stridande mot den fria rörligheten. Det som EU-domstolen gick på i sin bedömning av målet var svårigheten för personer som inte var bosatta i Bolzano att erhålla intyget på tvåspråkighet.¹⁰⁴

Undantagsregeln i artikel 3 i förordningen (EEG) nr 1612/68 prövades i målet 379/87 "Anita Groener mot Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee". Målet rörde sig om huruvida en irländsk utbildningsminister hade rätt att neka en nederländsk kvinnlig medborgare en fast lärartjänst på en offentlig yrkeshögskola på Irland 1984, då hon blivit underkänd gällande sina kunskaper i gaeliska efter att ha utfört ett språktest. Ett godkänt resultat i språktestet var ett krav från utbildningsministern gentemot arbetssökande som inte innehade examensbevis i det gaeliska språket i form av "Ceard-Teastas Gaeilge". Hur EU-domstolen skulle avgöra målet föreslogs av generaladvokaten Darmon, som förordade att domstolen skulle fastställa att undantagsregeln i artikel 3 i förordningen (EEG) nr 1612/68 var tillämplig på en tjänst som heltidsanställd lärare. I detta sammanhang ansåg generaladvokaten att en medlemsstat fick ställa språkkrav gentemot medborgare för en sådan tjänst för att främja ett av sina nationella språk.¹⁰⁵ Vid avgörandet av målet följde EU-domstolen generaladvokatens förslag. EU-domstolen fann att en heltidstjänst som lärare på en offentlig yrkeshögskola var av sådan natur att ett krav på kunskaper i gaeliska var berättigat. Detta under förutsättning att kravet ingick som ett led i en politik för att främja landets nationalspråk och att kravet tillämpades såväl proportionerligt som icke-diskriminerande.¹⁰⁶

4.2 Krav på kunskaper i ett lands modersmål

Enligt internationell forskning är goda kunskaper i ett lands modersmål av betydelse för invandrades position på arbetsmarknaden i det landet, där deras möjlighet att få arbete avgörs av deras förmåga att kommunicera i tal och skrift. I en underlagsrapport till Globaliseringsrådet från år 2008 sammanfattade Rooth ett resultat utifrån studier i ett antal länder i Europa gällande sambandet mellan arbetssökandes språkkunskaper och deras ställning på arbetsmarknaden. Till följd av resultatet framgick det att sannolikheten att vara sysselsatt i till exempel Storbritannien är sjutton procentenheter högre för arbetssökande som har god förmåga att tala majoritetsspråket. Danmark är ett exempel på ett annat land som ingick i undersökningen, där det visade sig att arbetssökande som har

¹⁰³ Förslag till avgörande av generaladvokat Nial Fennelly föredraget den 25 november 1999.

¹⁰⁴ Mål 281/98 Roman Angonese och Cassa di Risparmio di Bolzano SpA, REG 2000 I-4139.

¹⁰⁵ Opinion of Mr Advocate general Darmon delivered on 16 May 1989.

¹⁰⁶ Mål 379/87 Anita Groener mot Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee, REG 1989 3967.

god förmåga att tala majoritetsspråket har tolv procentenheters högre sannolikhet att vara sysselsatta. I Sverige är enligt undersökningen sannolikheten att vara sysselsatt tio procentenheter högre för arbetssökande som har god förmåga att tala majoritetsspråket.¹⁰⁷

En arbetsgivares krav på kunskaper i ett lands modersmål utgör ett hinder för arbetssökande av utländsk härkomst att få anställning. Trots att EU har en omfattande diskrimineringslagstiftning, där etnisk tillhörighet ingår som en av de skyddade diskrimineringsgrunderna, förekommer diskriminering av invandrare i rekryteringsprocesser med anledning av deras bristande språkkunskaper. Dock har en arbetsgivare rätt att ställa krav på kunskaper i ett lands modersmål så länge språkkravet är sakligt motiverat, vilket Hung Ng anser kan medföra problem i vissa fall. Ett sakligt motiverat språkkrav, som beskrivs närmare i avsnitt 4.3, menar Hung Ng många gånger kan vara ett sätt för arbetsgivaren att kringgå diskrimineringslagstiftningen. Detta då arbetsgivaren kan hävda att en arbetssökande av utländsk härkomst inte blev anställd på grund av att denne inte uppfyllde arbetsgivarens sakligt motiverade språkkrav, trots att den arbetssökandes etniska tillhörighet var den egentliga anledningen till att denne inte anställdes.¹⁰⁸

I Storbritannien missgynnas ofta arbetssökande av utländsk härkomst på arbetsmarknaden, då arbetsgivarna ställer krav på att de arbetssökande ska ha goda kunskaper i landets modersmål för att få anställning.¹⁰⁹ Inte minst vid rekrytering till kvalificerade arbeten ställer de brittiska arbetsgivarna krav på att de arbetssökande har goda kunskaper i landets modersmål.¹¹⁰ Enligt en intervju som gjordes med en representant från en arbetsförmedling i Polen, vilken hade erfarenhet av att hjälpa personer med att flytta från Polen till Storbritannien, framgick det att många av dem inte fick arbeta med det som de var utbildade till på grund av deras bristande kunskaper i det engelska språket. Exempelvis var det några av personerna som representanten från arbetsförmedlingen skickade som hade medicinska utbildningar från Polen, men som fick arbeta i fabriker när de flyttade till Storbritannien. Arbetsgivarna ansåg att dessa arbetssökanden var tvungna att lära sig engelska innan de kunde arbeta med det som de var utbildade till.¹¹¹

Bedömningen av om diskriminering ska anses föreligga avseende språkkunskaper bestäms olika av om det rör sig om ett absolut krav eller önskemål från arbetsgivarens sida. Detta styrks av det brittiska målet ”*Perera v Civil Service Commission (NO 2)* (1983)”. Målet behandlade frågan om en arbetssökande blev diskriminerad till följd av en arbetsgivares önskemål om kunskaper i landets modersmål i en platsannons. I målet sökte en man arbete som juridisk assistent. Mannen kom ursprungligen från Sri Lanka, men

¹⁰⁷ Rooth, Dan-Olof & Strömblad, Per. *Språk, krav och medborgarskap*, 2008, s. 12 f.

¹⁰⁸ Hung Ng, Sik. *Language-Based Discrimination: Blatant and Subtle Forms*, 2007, s. 106 och 108.

¹⁰⁹ Leslie, Derek & Lindley, Joanne. *The Impact of Language Ability on Employment and Earnings of Britain's Ethnic Communities*, 2001, s. 587.

¹¹⁰ Shields, M.A. & Wheatley Price, S. *Language fluency and immigrant employment prospects: evidence from Britain's ethnic minorities*, 2001, s. 744.

¹¹¹ Currie, Samantha. *De-Skilled and Devalued: The Labour Market Experience of Polish Migrants in the UK Following EU Enlargement*, 2007, s. 99 ff.

hade bott i Storbritannien under ett flertal år. I arbetsgivarens platsannons angavs det att det var en fördel om de arbetssökande hade goda kunskaper i det engelska språket. Mannen yrkade att han blev utsatt för diskriminering. Enligt mannen missgynnade arbetsgivarens önskemål i platsannonsen honom som hade en annan etnisk tillhörighet än brittisk. Domstolen fann att arbetsgivaren inte gjort sig skyldig till diskriminering. Att ha goda kunskaper i engelska var enligt domstolen inget krav från arbetsgivarens sida, utan sågs endast som en fördelaktig merit. Om arbetsgivaren, istället för att använda ordet ”fördel” i platsannonsen exempelvis hade angett att ”arbetssökande måste ha utmärkta kunskaper i engelska”, ansåg domstolen att denne skulle ha utfärdat ett diskriminerande krav och därmed skulle denne ha gjort sig skyldig till diskriminering.

Två mål som behandlade frågan om en arbetsgivares krav på kunskaper i ett lands modersmål var sakligt motiverat är det brittiska målet ”*Raval v Department of Health and Social Security and Another* (1985)” och det nederländska målet ”Equal Treatment Commission (Commissie Gelijke Behandeling) Opinion 2004-143”.

I målet ”*Raval v Department of Health and Social Security and Another* (1985)” sökte en kvinna en utannonserad anställning som kontorist på institutionen för hälsa och social trygghet på en offentlig förvaltning i Storbritannien. Kvinnan hade indiskt ursprung, men var född och uppvuxen i Kenya. I arbetsgivarens platsannons angavs det att de arbetssökande skulle ha betyg som styrkte att de uppnådde en viss nivå i det engelska språket, så kallad ”O level of English”. Med anledning av kvinnans erhållna betyg i engelska från hennes utbildning i Kenya gick hon inte vidare i rekryteringsprocessen, då hon enligt arbetsgivaren inte uppnådde det i platsannonsen uppställda språkkravet. Industrial Tribunal, vilket tidigare utgjorde den första instansen i domstolsordningen i Storbritannien,¹¹² fann att arbetsgivarens språkkrav inte var diskriminerande gentemot kvinnan. Domstolen ansåg att arbetsgivarens krav på ”O level of English” kunde uppfyllas i lika stor utsträckning av personer från Indien som av Storbritanniens inhemska befolkning. Vidare ansåg IT att kravet var sakligt motiverat med tanke på anställningens arbetsuppgifter. Kvinnan överklagade IT:s beslut, vilket gjorde att målet gick vidare till Employment Appeal Tribunal.¹¹³ Även EAT, som utgör den andra instansen i domstolsordningen i Storbritannien¹¹⁴, fann att arbetsgivaren inte gjort sig skyldig till diskriminering. Trots att EAT, till skillnad från IT, ansåg att arbetsgivarens språkkrav inte kunde uppfyllas i lika stor utsträckning av indier som av den inhemska befolkningen i Storbritannien och att de därmed missgynnades, ansågs arbetsgivarens språkkrav vara sakligt motiverat med tanke på anställningens arbetsuppgifter.¹¹⁵

Det nederländska målet ”Equal Treatment Commission (Commissie Gelijke Behandeling) Opinion 2004-143” handlade om en nederländsk man som sökte arbete som telefonförsäljare, men som inte fick anställning på grund av att han bröt på holländska. Mannen var av holländsk nationalitet och född i Leeuwarden i Nederländerna, men hade

¹¹² Industrial Tribunal (IT) kallas sedan 1998 för Employment Tribunal (ET) (Deakin, Simon & S Morris, Gillian, *Labour Law*, 2012, s. 78 och 86).

¹¹³ *Raval v Department of Health and Social Security and Another* [1985] ICR 685.

¹¹⁴ Deakin, Simon & S Morris, Gillian, *Labour Law*, 2012, s. 78 och 86.

¹¹⁵ *Raval v Department of Health and Social Security and Another* [1985] ICR 685.

föräldrar som ursprungligen kom från Marocko. Efter att ha sett en utannonserad anställning, där en telefonförsäljare av säkerhetssystem eftersöktes, sökte mannen tjänsten genom att fylla i en elektronisk blankett på en webbplats. Därefter fick han genomgå en telefonintervju, vilken ledde till att han gick vidare i rekryteringsprocessen. När mannen kom till arbetsgivarens kontor, vilket bestämdes mellan parterna i samband med telefonintervjun, för att fylla i nödvändiga blanketter framhöll arbetsgivaren att mannen inte skulle bli anställd på grund av att han hade en utländsk brytning. Domstolen fann att arbetsgivaren gjort sig skyldig till indirekt diskriminering. Arbetsgivarens krav på att kunna tala holländska utan att ha en utländsk brytning som telefonförsäljare missgynnade enligt domstolen mannen som hade en annan etnisk tillhörighet än nederländsk. Vidare ansåg domstolen att arbetsgivarens krav var högre ställt än vad som var nödvändigt med tanke på anställningens arbetsuppgifter.

Av de ovan nämnda målen kan utläsas att grunden för att anse att ett sakligt motiverat språkkrav föreligger beror på om kravet är en nödvändig förutsättning för att en anställd ska kunna utföra en anställnings arbetsuppgifter. Med anledning härav fick målen olika utgång gällande bedömningen avseende diskriminering.

4.3 Krav på kunskaper i svenska

I Sverige utgör kunskaper i svenska ett av de vanligaste kraven som de svenska arbetsgivarna ställer upp gentemot invandrare.¹¹⁶ De flesta arbetsgivare, i såväl offentlig som privat sektor, ser kunskaper i det svenska språket som en grundläggande förutsättning för anställning.¹¹⁷ Eftersom Sverige officiellt är ett enspråkigt land har det medfört att många arbetsgivare ställer upp höga krav på att deras medarbetare ska behärska det svenska språket i tal och skrift. För några år sedan var den svenska inställningen, vilken bland annat framfördes av Folkpartiet, att språkkrav borde ingå för att kunna bli svensk medborgare och att arbetstagare ska kunna tala perfekt rikssvenska i de flesta anställningar.¹¹⁸ Ett sätt för invandrare att kunna komma in på den svenska arbetsmarknaden är att erhålla kunskaper i svenska i Sfi:s (Svenska för invandares) regi.¹¹⁹

Vid urval till anställningsintervju eller vid anställningsbeslut har språknivåns betydelse behandlats av Arbetsdomstolen vid prövning av frågan om indirekt diskriminering. Språkkrav, såsom krav på svenska, har indirekt att göra med en arbetssökandes etniska tillhörighet. Indirekt diskriminering kan föreligga om en arbetssökande missgynnas med anledning av att denne har ett annat modersmål än svenska.¹²⁰ Den tidigare nämnda intresseavvägningen i avsnitt 3.1.2 kan illustreras med ett exempel från arbetslivet. Förutsatt att en arbetsgivare uppställer ett krav på ”god svensk språkbehandling” för en viss anställning. Oavsett etnisk tillhörighet kan ett sådant krav uppfyllas, men i

¹¹⁶ Bjurling, Carolina. *Komma till sin rätt: Om invandrade akademikers väg till kvalificerade arbeten: hinder och öppningar*, 2004, s. 61.

¹¹⁷ Rooth, Dan-Olof & Åslund, Olof. *Får utlandsfödda betalt för sin utbildning och sina kunskaper i svenska?*, 2007, s. 47.

¹¹⁸ Lag & Avtal: ”Jobbet avgör krav på språk” (2013-01-08).

¹¹⁹ Rooth, Dan-Olof & Strömblad, Per. *Språk, krav och medborgarskap*, 2008, s. 18.

¹²⁰ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 172.

jämförelsen mellan en arbetssökande som är född i Sverige och en arbetssökande som kommit till Sverige nyligen eller i vuxen ålder är sannolikheten högre att den arbetssökande som är född i Sverige klarar kravet bättre. Även fast arbetsgivarens uppställda krav till synes är neutralt, visar det sig i allmänhet i jämförelsen mellan gruppen "svenskfödda" och gruppen "födda utomlands" att de som är födda utomlands inte klarar kravet i lika stor utsträckning som de svenskfödda. Som ett resultat av detta kan inte de arbetssökande som är födda utomlands räkna med att de ska få anställning och därmed missgynnas de "typiskt sett" på den svenska arbetsmarknaden.¹²¹

Dock är det inte självklart att exemplet ovan rör sig om indirekt diskriminering, då det för en viss anställning kan vara relevant att ställa krav på "god svensk språkbehandling". Det kan handla om en anställning där det är nödvändigt att arbetstagaren har god svenska i tal och skrift. Under dessa förhållanden kan arbetsgivarens uppställda krav "motiveras av ett berättigat syfte" och arbetsgivarens tillämpning av kravet kan ses som "ett lämpligt och nödvändigt medel för att uppnå syftet". Diskriminering av den arbetssökande har inte förekommit om bedömningen av syftet och medlet för att uppnå syftet görs till arbetsgivarens fördel. En intresseavvägning mellan "arbetsgivarens (i sig berättigade) intresse av att försäkra sig om en väl utförd arbetsprestation och de arbetssökandes (likaledes berättigade) intresse av att inte uteslutas från möjligheten att få en anställning på grund av ett icke relevant krav" ska alltså göras.¹²²

Arbetsgivaren har med andra ord rätt att ställa språkkrav i rekryteringsprocessen under förutsättning att kravet är sakligt motiverat.¹²³ Kravet som arbetsgivaren ställer får dock inte vara så högt att varje form av brytning utesluts.¹²⁴ I AD 2002 nr 128 behandlades frågan huruvida en arbetsgivares språkkrav var sakligt motiverat för en anställning. Målet handlade om en kvinna som år 2001 sökte arbete som telefonintervjuare på ett företag som arbetade med marknadsundersökningar, då företaget avsåg att anställa telefonintervjuare. Kvinnan var född i Bosnien, men kom till Sverige som tio-åring. Sedan hon flyttade till Sverige hade hon gått i svenska skolor och hade mycket goda kunskaper i det svenska språket, även fast hon hade en lättare brytning. När kvinnan, som tidigare hade arbetat med telefonförsäljning, sökte arbete hos företaget fick hon under cirka fyra timmar genomgå ett antal avlyssnade provintervjuer. Det fanns sedan en möjlighet att anmäla sig till ytterligare ett provtillfälle för de arbetssökande som var intresserade av tjänsten. Kvinnan, som var intresserad av tjänsten, ringde till chefen på företaget för att bestämma tid för ytterligare en provintervju. Efter telefonsamtalet avbröts dock rekryteringen av kvinnan, då hon hade en språklig brytning. Arbetsdomstolen ansåg att företaget gjort sig skyldigt till indirekt diskriminering. Att ett företag som arbetade med marknadsundersökningar ställde krav på goda kunskaper i det svenska språket hos sina telefonintervjuare fann AD i och för sig vara sakligt motiverat. När DO beskrev att företagets krav på korrekt och tydlig svenska uppfylldes av kvinnan i tillräckligt stor utsträckning bestred inte företaget det. Trots detta avbröt företaget rekryteringen av

¹²¹ Prop. 2007/08:95, s. 491.

¹²² Prop. 2007/08:95, s. 491 f.

¹²³ Glavå, Mats. *Arbetsrätt*, 2011, s. 389.

¹²⁴ Källström, Kent & Malmberg, Jonas. *Anställningsförhållandet: Inledning till den individuella arbetsrätten*, 2013, s. 91.

kvinnan på grund av hennes språkliga brytning, vilket enligt AD innebar att arbetsgivaren hade ställt högre krav på språkkunskaper än vad som var nödvändigt.

Målet visar, i likhet med det tidigare nämnda brittiska målet ”*Raval v Department of Health and Social Security and Another* (1985)” och det nederländska målet ”Equal Treatment Commission (Commissie Gelijke Behandeling) Opinion 2004-143”, att en arbetsgivare inte får ställa högre språkkrav än vad som är förenligt med en anställnings arbetsuppgifter.¹²⁵

Hur bra kunskaper i svenska en medarbetare måste ha på den svenska arbetsmarknaden menar de flesta arbetsgivare bero på vilket yrke det rör sig om.¹²⁶ För att få en anställning som exempelvis handläggare hos en myndighet är det relevant att den arbetssökande har god svenska i sitt sätt att tala och skriva, då denne ska kunna ge service till allmänheten.¹²⁷ Likaså är det av betydelse att den arbetssökande har goda kunskaper i svenska för att kunna få en anställning som till exempel sekreterare, eftersom att skriva och tala utgör en sekreterares huvudsakliga arbetsuppgift.¹²⁸ Vidare kan en arbetsgivare ställa höga krav på kunskaper i det svenska språket hos en person som exempelvis söker arbete som svensklärare, medan en arbetsgivares språkkrav bör vara lägre gentemot en person som till exempel söker arbete som vaktmästare.¹²⁹

Med anledning av att arbetsgivare ofta ställer krav på kunskaper i det svenska språket är det svårt att komma in på den svenska arbetsmarknaden för personer med invandrabakgrund. På till exempel advokatbyråer är det vanligt att arbetsgivare ställer upp krav på att de arbetssökande ska kunna tala perfekt svenska för att få anställning.¹³⁰ För att samhällsvetare ska ha en chans att komma in på den svenska arbetsmarknaden kräver arbetsgivare ofta att de arbetssökande ska ha god förmåga att tala, där kunskaper i det svenska språket ingår.¹³¹ En annan bransch där arbetsgivare ofta kräver att de arbetssökande ska kunna tala svenska för att få anställning är IT-branschen. Detta trots att i stort sett all it-teknik är på engelska, vilket innebär att konsulterna klarar sig i arbetet utan att använda sig av det svenska språket.¹³² Det har även uppmärksammats att städföretag ofta ställer irrelevanta språkkrav i samband med att de rekryterar personal.¹³³

Problemet med att så många arbetsgivare uppställer krav på korrekt svenska i samband med rekryteringsprocesser menar Kronlid vara att det hela blir så godtyckligt. Frågan som Kronlid ställer sig är hur mycket en arbetssökande får bryta i det svenska språket för att kunna få en anställning.¹³⁴

¹²⁵ Schiek, Dagmar m.fl. *Non-Discrimination Law*, 2007, s. 464.

¹²⁶ Lag & Avtal: ”Jobbet avgör krav på språk” (2013-01-08).

¹²⁷ Gabinus Göransson, Håkan m.fl. *Diskrimineringslagen*, 2011, s. 52.

¹²⁸ Arbetsförmedlingen: ”Regler om diskriminering i platsannonser” (2013-01-08).

¹²⁹ DO, HO, HomO & JämO. *Alla människor har lika värde*, 2005, s. 18.

¹³⁰ Jusektidningen: ”Advokatbyråer struntar i diskrimineringslag” (2013-01-08).

¹³¹ Jusektidningen: ”Tuff situation för nya samhällsvetare” (2013-01-08).

¹³² Jusektidningen: ”Släpp kravet på kunskaper i svenska” (2013-01-08).

¹³³ Lag & Avtal: ”DO granskar städbolag” (2013-01-08).

¹³⁴ Lag & Avtal: ”Jobbet avgör krav på språk” (2013-01-08).

4.3.1 Språkrav i platsannonser

Rekryteringsprocessen inleds vanligtvis med att arbetsgivaren utformar en platsannons.¹³⁵ Enligt vad som tidigare nämnades i avsnitt 3.3 gäller diskrimineringsförbudet normalt inte för formulering av platsannonser,¹³⁶ men arbetsgivare ska trots detta ansvara för att formuleringen av annonser inte är diskriminerande.¹³⁷

Arbetsgivaren bör vara försiktig med att formulera språkrav i platsannonser. Det är av vikt att arbetsgivaren dels noga anger om kravet handlar om att den arbetssökande ska kunna tala eller skriva på det svenska språket, men också att arbetsgivaren preciserar vilka arbetsuppgifter som kräver goda kunskaper i svenska.¹³⁸ Vidare ska arbetsgivaren, med stöd av vad som berördes i avsnitt 3.4, företa aktiva åtgärder vid rekrytering. Detta genom att arbetsgivaren enligt 3 kap. 7 § DL ska verka för att alla oavsett etnisk tillhörighet ska kunna söka lediga anställningar. Därmed bör inte arbetsgivaren ställa irrelevanta språkrav i platsannonser, vilket kan medföra att arbetssökanden som har en annan etnisk tillhörighet än svensk kan utestängas från att söka anställningen.¹³⁹

Ett relevant språkrav i en platsannons kan utläsas i AD 2005 nr 98. Målet handlade om en kommun som år 2002 annonserade efter en ny bygglovsarkitekt. I platsannonserna var ett av kraven ”god förmåga att uttrycka sig i tal och skrift”. Av alla de arbetssökande som kallades till anställningsintervju var en av dem en man som ursprungligen kom från Kosovo. Mannen hade bott i Sverige sedan 1991, där han år 2001 tog sin svenska arkitektexamen. Anställningen som bygglovsarkitekt gick dock till en av de andra arbetssökandena. Arbetsdomstolen fann att kommunen inte gjort sig skyldig till indirekt diskriminering. Enligt AD var kommunens krav på att dess bygglovsarkitekt skulle ha god förmåga att uttrycka sig i tal och skrift sakligt motiverat med tanke på verksamhetens behov. AD gjorde gällande att kommunen haft rätt att ställa språkravet, då kravet både var lämpligt och nödvändigt för att arbetsuppgifterna skulle kunna utföras på ett riktigt sätt och att beslut som fattades skulle bli korrekta och förstås av de parter som var inblandade. I målet ställt språkrav var relevant i enlighet med AD:s avvägning mellan de negativa effekterna för den arbetssökande och kommunens verksamhetsbehov.

Som ett resultat av att arbetsgivare använder sig av platsannonser i sina rekryteringsprocesser kan de styra hur urvalet av arbetssökande kommer att se ut. Arbetsgivare kan på olika sätt påverka huruvida urvalet kommer att öka eller minska beroende på vad de anger i sina platsannonser. Därmed kan platsannonser såväl uppmuntra som avskräcka personer från att söka vissa anställningar.¹⁴⁰

Till följd av EU-domstolens avgörande i målet C-54/07, Feryn NV, bör numera en diskriminerande platsannons kunna påtalas av en arbetssökande gentemot en arbetsgivare

¹³⁵ Danhard, Erik. *Juridiken vid rekrytering*, 2008, s. 34.

¹³⁶ Prop. 2007/08:95, s. 499.

¹³⁷ Gabinus Göransson, Håkan m.fl. *Diskrimineringslagen*, 2011, s. 62.

¹³⁸ Arbetsförmedlingen: ”Regler om diskriminering i platsannonser” (2013-01-08).

¹³⁹ Diskrimineringsombudsmannen: ”Vad får man ställa för språkrav i en platsannons?” (2013-01-08).

¹⁴⁰ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 139.

i en civilrättslig process. Gällande bevisreglerna i diskrimineringsmål kan platsannonser¹⁴¹, som nämnt i avsnitt 3.3, få betydelse som bevisning för att diskriminering har förekommit vid ett anställningsbeslut. Detta då diskriminering utgjorts av att en arbetssökande har valts bort på grund av sin etniska tillhörighet.¹⁴²

4.3.2 Språkrav i sällningsförfarandet

Efter annonseringen är det vanliga att en sällning bland de arbetssökande genomförs av arbetsgivaren.¹⁴³ I detta sammanhang gör arbetsgivaren en jämförelse mellan de olika arbetssökandena.¹⁴⁴ Med stöd av vad som berördes i avsnitt 3.3 skyddas arbetssökande av diskrimineringsförbudet när det gäller åtgärder innan ett anställningsbeslut.¹⁴⁵ Sådan åtgärd kan utgöras av att exempelvis rekryteringen av en viss arbetssökande avbryts.¹⁴⁶ För att öka möjligheten för personer med viss etnisk tillhörighet att inte bli bortsållade i rekryteringsprocessers tidiga skeden skyddas sådana arbetssökande mot direkt och indirekt diskriminering.¹⁴⁷

AD 2005 nr 3 behandlade frågan om en arbetsgivare avbröt ett rekryteringsförfarande av en arbetssökande till följd av ett språkrav. Målet handlade om en kvinna som år 2003 sökte en utannonserad anställning hos ett företag som utvecklade och marknadsförde verktyg för tekniska beräkningar, vilken innebar en anställning där hon skulle arbeta med redovisning. Kvinnan kom ursprungligen från Ryssland, men sedan 1992 hade hon bott i Sverige. Av de åtta personer som företaget kallade till anställningsintervju, varav en av dem senare anställdes, tillhörde inte kvinnan en av dem. Vid ett telefonsamtal mellan kvinnan och företagets chef visade det sig att kvinnan hade en språklig brytning och i målet förelåg meningsskiljaktighet mellan parterna om rekryteringsförfarandet avbröts i detta skede. Arbetsdomstolen fann att företaget inte gjort sig skyldigt till indirekt diskriminering. Enligt AD stod det inte klart att rekryteringen av kvinnan avbröts av företaget redan under eller i samband med telefonsamtalet mellan parterna. AD ansåg därför att det inte var aktuellt att pröva om företaget tillämpade ett krav på tydlig och korrekt svenska i det skedet.

Hade det visats att arbetsgivarens språkrav föranlett att rekryteringsförfarandet av kvinnan avbröts i samband med telefonsamtalet skulle AD ha prövat frågan om indirekt diskriminering. Utgången i målet hade i så fall med stor sannolikhet blivit till kvinnans fördel i enlighet med Diskrimineringsombudsmannens yrkande och angivna grunder. DO yrkade i målet att företaget hade gjort sig skyldigt till indirekt diskriminering. Enligt DO var kvinnans språkliga brytning anledningen till att rekryteringsförfarandet av henne avbröts. DO gjorde därmed gällande att företaget hade ställt och tillämpat ett krav på

¹⁴¹ Gabinus Göransson, Håkan m.fl. *Diskrimineringslagen*, 2011, s. 103.

¹⁴² Prop. 2007/08:95, s. 140.

¹⁴³ Danhard, Erik. *Juridiken vid rekrytering*, 2008, s. 36.

¹⁴⁴ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 157.

¹⁴⁵ Prop. 2007/08:95, s. 499.

¹⁴⁶ Danhard, Erik. *Juridiken vid rekrytering*, 2008, s. 36.

¹⁴⁷ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, 2010, s. 161.

tydlig och korrekt svenska, vilket utgjorde ett krav som framstod som neutralt men som i praktiken missgynnade personer med annan etnisk tillhörighet än svensk.¹⁴⁸

Arbetsgivares användning av språktest vid rekrytering kan utgöra missgynnande av arbetssökande med viss etnisk tillhörighet, vilket var föremål för behandling i mål Dnr 627-2007. Parterna i målet träffade slutligen en förlikning.¹⁴⁹ Detta skulle kunna tala för att arbetsgivaren höll det ej för uteslutet att denne hade uppställt för höga krav på den arbetssökandes kunskaper i svenska i förhållande till den berörda anställningen som väktare och att indirekt diskriminering förelegat. Målet skulle kunna ses som en rekommendation att viss försiktighet bör iaktas vid användningen av språktest vid ett rekryteringsförfarande.

4.3.3 Språkrav i anställningsbeslutet

När arbetsgivaren har genomgått ett flertal steg i rekryteringsprocessen, vilka är grovsällning, finsällning och anställningsintervjuer, fattar denne ett anställningsbeslut.¹⁵⁰ Arbetssökande skyddas av diskrimineringsförbudet vid arbetsgivarens anställningsbeslut,¹⁵¹ vilket tidigare är nämnt i avsnitt 3.3.

En arbetsgivares rätt att ställa språkrav vid ett anställningsbeslut har varit föremål för prövning i AD 2008 nr 47. Målet handlade om ett företag, vilket bedrev utbildning av piloter, som sökte en vikarie till en receptionisttjänst år 2007. Detta då deras ursprungliga receptionist skulle vara föräldraledig under en period. Med vikariatet tänkte sig företaget en inledande praktiktid på två veckor, vilken sedan skulle övergå i ett erbjudet vikariat för den föräldralediga receptionisten under förutsättning att praktiken fungerade bra. Två kvinnor, en med algeriskt ursprung och en med svenskt ursprung, sökte arbetet som receptionist på företaget och kallades till anställningsintervju. Kvinnan med algeriskt ursprung hade bott i Sverige sedan 1985, där hon såväl hade studerat som arbetat. Företaget valde att anställa kvinnan med svenskt ursprung, då kvinnan med algeriskt ursprung talade för dålig svenska. Arbetsdomstolen fann att företaget inte gjort sig skyldigt till indirekt diskriminering. Språkravet som företaget tillämpat var enligt AD sakligt motiverat. Vidare ansåg AD att kravet låg på den nivå som krävdes med tanke på arbetsuppgifterna i receptionen, vilket var en nivå som kvinnan inte nådde upp till. För att arbetsuppgifterna skulle kunna bli utförda på ett bra sätt gjorde AD gällande att företagets språkrav både var lämpligt och nödvändigt.

Av målet framgår att ett uppställt språkrav vid ett anställningsbeslut av en arbetsgivare, som i sig skulle kunna tyckas vara diskriminerande vid jämförelsen mellan arbetssökande av olika etnisk tillhörighet, är sakligt motiverat om kravet är lämpligt och nödvändigt för att en anställnings arbetsuppgifter ska kunna utföras på ett tillfredsställande sätt.

¹⁴⁸ AD 2005 nr 3.

¹⁴⁹ Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, *Årsredovisning 2008*, 2009, s. 14 och Lag & Avtal: "Språktest kostar vaktbolag 25 000 kronor" (2013-01-08).

¹⁵⁰ Danhard, Erik. *Juridiken vid rekrytering*, 2008, s. 52 f.

¹⁵¹ Prop. 2007/08:95, s. 499.

5. Analys och slutsats

Såväl i EU:s lagreglering som i nationell lagstiftning finns förbud mot etnisk diskriminering. I samband med rekryteringsprocessen kan det diskuteras huruvida arbetsgivares språkkrav kan leda till etnisk diskriminering av vissa arbetssökande. Arbetsgivares krav på att ha ett lands språk som modersmål kan utgöra direkt diskriminering på grund av etnisk tillhörighet, men även diskriminering med anledning av nationalitet och ett hinder mot fri rörlighet inom Unionen. Vid arbetsgivares krav på kunskaper i ett lands modersmål kan indirekt diskriminering föreligga. Arbetsgivares språkkrav i rekryteringsprocessen leder dock inte alltid till etnisk diskriminering.

5.1 Vilka språkkrav har arbetsgivare rätt att ställa i samband med rekrytering med beaktande av diskrimineringslagstiftningens likabehandling i relation till etnicitet?

Arbetsgivare har rätt att ställa språkkrav i rekryteringsprocessen under förutsättning att det rör sig om särskilda språkkunskaper som behövs på grund av en anställnings natur och att kravet är sakligt motiverat. Varje form av språkbrytning får dock inte användas av arbetsgivare som skäl för att inte ge vissa arbetssökande anställning.

I vissa anställningar är det nödvändigt att kunna tala och/eller skriva på ett lands modersmål för att dess arbetsuppgifter ska kunna utföras. Arbetsgivares uppställda språkkrav kan under dessa förhållanden, förutom att ”motiveras av ett berättigat syfte”, även ses som ”ett lämpligt och nödvändigt medel för att uppnå syftet”. Såväl i det svenska målet AD 2002 nr 128 som i det nederländska målet ”Equal Treatment Commission (Commissie Gelijke Behandeling) Opinion 2004-143” ansågs inte arbetsgivarens språkkrav vara sakligt motiverat. Högre krav på språkkunskaper än vad som var förenligt med en anställnings arbetsuppgifter ställdes i respektive mål, vilka rörde sig om anställning av en telefonintervjuare i det förstnämnda målet och en telefonsäljare i det sistnämnda.

Av avgörande betydelse för tillåten nivå på arbetsgivares språkkrav är anställningens art. Språkkrav för anställning av till exempel en sekreterare kan förväntas ställas betydligt högre än för anställning av en vaktmästare. En sekreterares huvudsakliga arbetsuppgift består oftast av både skriftlig och muntlig kommunikation, där det är av vikt att

vederbörande i fråga ska förstå och kunna göra sig förstådd. Språket har en mer underordnad roll för en vaktmästare, då dennes huvudsakliga arbetsuppgift oftast är av rent praktisk natur.

Arbetsgivare får inte ställa irrelevanta språkrav vid rekrytering. Det har dock visats att en del branscher ställer sådana språkrav. Som exempel på detta kan nämnas IT-branschen, där det ofta krävs att de arbetssökande ska kunna tala svenska för att få anställning som konsulter, trots att det språk som används i yrkesutövningen är engelska. Ett annat verksamhetsområde som har visat sig ställa irrelevanta språkrav vid rekrytering är städbranschen. Detta kan tyckas vara förvånande, då kunskaper i det svenska språket för denna yrkeskategori inte är en nödvändig förutsättning för anställningens utförande.

Högt ställda språkrav vid kvalificerade yrken måste, i en jämförelse med okvalificerade yrken, anses vara mer berättigat. Det är av vikt att vid anställning av till exempel läkare ställa höga språkrav, då språkförståelsen mellan läkare och patient kan vara av avgörande betydelse för att den medicinska behandlingen ej skall äventyras. Vid anställning av exempelvis fabriksarbetare med traditionella arbetsuppgifter är däremot inte de arbetssökandes språkkunskaper av lika stor betydelse.

Tillämpningen och bedömningen av arbetsgivares rätt att ställa språkrav i platsannonsen, sällningsförfarandet och anställningsbeslutet belyses till stor del i rättspraxis.

I målet AD 2005 nr 98, där en kommun sökte efter en ny bygglovsarkitekt, ställdes i platsannonsen ett krav på ”god förmåga att kunna uttrycka sig i tal och skrift”. Arbetsdomstolen kom fram till att arbetsgivarens språkrav var berättigat. Enligt AD var kravet såväl lämpligt som nödvändigt för arbetsuppgifternas riktiga utförande. I anställningen som bygglovsarkitekt ska många beslut fattas och ett flertal inblandade parter ska förstå dessa beslut, vilka ligger till grund för ett bygglov. Detta medför att det bör ställas höga språkrav för en sådan anställning. Ett språkrav i en platsannons ställdes även i det brittiska målet ”*Raval v Department of Health and Social Security and Another* (1985)”. I målet sökte en offentlig förvaltning en kontorist, varvid det ställdes krav på kunskaper på en viss nivå i det engelska språket i form av ”O level of English”. Den arbetssökande kvinnan i målet, vilken var av indiskt ursprung, gick inte vidare i rekryteringsprocessen med anledning av att hon inte uppfyllde detta uppställda krav. Employment Appeal Tribunal ansåg att anställningen som kontorist var av sådan natur att språkravet var sakligt motiverat.

Ett önskemål om språkkunskaper är tillåtet i en platsannons, i motsats till ett absolut krav på kunskaper i ett språk. Det brittiska målet ”*Perera v Civil Service Commission* (NO 2) (1983)” avseende en utannonserad tjänst som juridisk assistent, sökt av en man från Sri Lanka, gav ett klart uttryck för att hade ifrågavarande bedömda platsannons i målet som angav det som en ”fördel” att ha goda kunskaper i det engelska språket istället haft formuleringen ”arbetssökande måste ha utmärkta kunskaper i engelska” skulle arbetsgivarens krav inte vara tillåtet.

I EU-domstolen har arbetsgivares språkkrav i sällningsförfarandet varit föremål för prövning i målet 379/87 ”Anita Groener mot Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee”. Målet rörde sig om ett tillsättande av en heltidstjänst som lärare på en offentlig yrkeshögskola på Irland. Den nederländska kvinnliga sökanden uppfyllde ej arbetsgivarens krav på kunskaper i gaeliska efter att ha utfört ett språktest. Arbetsgivarens krav ansågs vara berättigat med hänsyn till den lediga tjänstens natur och ingick som ett led i en politik för att främja landets nationalspråk. I detta mål var språktestet berättigat, men språktest bör som ett medel i rekryteringsprocessen generellt sett användas med försiktighet, vilket framgår i målet Dnr 627-2007. Även när det gäller språktest är det av vikt att arbetsgivares krav på språkkunskaper ställs i förhållande till anställningen i fråga.

Huruvida ett rekryteringsförfarande avbröts på grund av en arbetsgivares uppställda språkkrav i ett sällningsförfarande behandlades även i AD 2005 nr 3. Med anledning av att tidpunkten för avbrytandet av rekryteringsförfarandet inte kunde styrkas i målet prövade inte Arbetsdomstolen det påstådda kravet på tydlig och korrekt svenska. Hade den av arbetsökanden påstådda tidpunkten för avbrytandet av rekryteringsförfarandet fastställts hade AD med stor sannolikhet funnit att indirekt diskriminering förelegat, då kravet missgynnade kvinnan som var av ryskt ursprung.

Arbetsgivares språkkrav i anställningsbeslutet, vilket utgör det sista momentet i rekryteringsprocessen, ska också vara sakligt motiverat. I AD 2008 nr 47 ansågs en arbetsgivares krav på svenska i ett anställningsbeslut av en receptionist vara sakligt motiverat, då språkkravet låg på den nivå som krävdes med tanke på anställningens arbetsuppgifter. Arbetsgivarens språkkrav sågs i detta fall både som lämpligt och nödvändigt.

5.2 På vilket sätt påverkas domstolens bedömning av om arbetsgivares språkkrav varit tydliga och motiverade redan inledningsvis i rekryteringsprocessen eller om de tillförs först efterhand?

Diskriminering av arbetssökande med anledning av etnisk tillhörighet är förbjudet under hela rekryteringsprocessen. Arbetssökande skyddas med andra ord av diskrimineringsförbudet vid åtgärder i sällningsförfarandet och i anställningsbeslutet. Även fast diskrimineringsförbudet normalt inte omfattar formulering av platsannonser ska arbetsgivare, till följd av att vidta aktiva åtgärder, motverka diskriminering och ansvara för att deras platsannonser inte är diskriminerande i sin formulering. I utformningen av arbetsgivares platsannonser ska arbetsgivare verka för att alla oavsett etnisk tillhörighet ska kunna söka lediga anställningar.

Domstolens bedömning av om arbetsgivares språkkrav gentemot arbetssökande utgör etnisk diskriminering påverkas inte, med tanke på vad som har beskrivits i föregående stycke, av var i rekryteringsförfarandet som kravet har uppställts. Med andra ord är det oväsentligt om en arbetsgivare uppställer ett språkkrav redan inledningsvis i rekryteringsprocessen, såsom i sin platsannons, eller om kravet tillförs först efterhand,

såsom i sållningsförfarandet eller i anställningsbeslutet. Detta förvånar mig. Ett uppställt språkkrav redan i platsannonsen är ett övervägt krav och ger samtliga arbetssökande tidigt information om vilket krav som gäller för en anställning, då arbetsgivaren är tydlig i sin kravspecifikation. I senare skede uppställt språkkrav skulle kunna ses som ett konstruerat krav från arbetsgivarens sida för att utesluta arbetssökande av viss etnisk tillhörighet att erhålla anställning. Även fast etnisk diskriminering kan föreligga oavsett var i rekryteringsprocessen ett språkkrav har uppställts, kan det tyckas att ett uppställt språkkrav först i sållningsförfarandet eller i anställningsbeslutet bör vara föremål för en mer kritisk bedömning av domstolen än om kravet uppställts redan i platsannonsen.

Att uppfylla beviskravet för att etnisk diskriminering ska anses ha förelegat kan tyckas skilja sig beroende på var i rekryteringsprocessen som ett språkkrav har uppställts. I en platsannons blir språkkravet i sin uppställda formulering preciserat för domstolen och bedömning av om etnisk diskriminering föreligger eller ej görs utifrån detta. Vid ett påstått språkkrav i ett sållningsförfarande eller i ett anställningsbeslut måste först frågan om när språkkravet har uppställts avgöras för att därefter fortsätta med bedömningen av om språkkravet har varit sakligt motiverat.

Det som domstolen beaktar i sin bedömning av om en arbetsgivare har gjort sig skyldig till etnisk diskriminering har visat sig vara om dennes språkkrav har ställts i förhållande till en anställnings natur och varit sakligt motiverat med tanke på vad som krävs för att kunna utföra en anställnings arbetsuppgifter.

5.3 Avslutande och vidare studier

Utifrån mina två frågeställningar i uppsatsen, vilka är ”Vilka språkkrav har arbetsgivare rätt att ställa i samband med rekrytering med beaktande av diskrimineringslagstiftningens likabehandling i relation till etnicitet?” och ”På vilket sätt påverkas domstolens bedömning av om arbetsgivares språkkrav varit tydliga och motiverade redan inledningsvis i rekryteringsprocessen eller om de tillförs först efterhand?”, har jag kommit fram till en slutsats till respektive fråga.

Gällande den första frågan har jag kommit fram till att arbetsgivare har rätt att vid rekrytering av arbetssökande ställa krav på särskilda språkkunskaper som behövs på grund av en anställnings natur och som därigenom är sakligt motiverade. Ett språkkrav anses vara sakligt motiverat om det är ställt på den nivå som krävs för att en anställnings arbetsuppgifter ska kunna utföras.

När det gäller den andra frågan har jag kommit fram till att det inte har någon betydelse var i rekryteringsförfarandet arbetsgivare uppställer ett språkkrav vid domstolens bedömning av om etnisk diskriminering har ägt rum. Däremot kan det påstådda språkkravet lättare bevisas vara anledningen till att etnisk diskriminering förelegat när detta har uppställts redan i platsannonsen, än om det har uppställts först i sållningsförfarandet eller i anställningsbeslutet. När domstolen kommit fram till att språkkrav har förelegat bedömer domstolen huruvida arbetsgivarens språkkrav har ställts i relation till den lediga anställningens natur och varit sakligt motiverat med tanke på vad som krävs för utförandet av en anställnings arbetsuppgifter.

Vid vidare studier hade datainsamling, såsom kvalitativ intervju, varit ett intressant tillvägagångssätt för att få en praktisk inblick i hur arbetsgivare följer diskrimineringslagstiftningens reglering kring ämnet. Även här hade jag velat lägga tyngdpunkten på det svenska perspektivet, men även till viss del ge utrymme för det europeiska.

Källförteckning

Offentligt tryck

Europeiskt material

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

Konsoliderad version av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung

Rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen

Svenskt material

NJA 2006 Frågor om bevisbörda och skadeståndets storlek i mål om diskriminering på grund av sexuell läggning

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

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

Prop. 1993/94:117 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor

SOU 2006:22 En sammanhållen diskrimineringslag

SOU 1992:96 Förbud mot etnisk diskriminering i arbetslivet

Rättspraxis

Förslag till avgörande av generaladvokat Nial Fennelly föredraget den 25 november 1999

Opinion of Mr Advocate General Darmon delivered on 16 May 1989

Engelsk domstol

Perera v Civil Service Commission [NO 2] [1983] ICR 428

Raval v Department of Health and Social Security and Another [1985] ICR 685

EU-domstolen

Mål 379/87 Anita Groener mot Minister for Education and the City of Dublin Vocational Educational Committee, REG 1989 3967

Mål 54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn NV

Mål 281/98 Roman Angonese och Cassa di Risparmio di Bolzano SpA, REG 2000 I-4139

Nederländsk domstol

Equal Treatment Commission [Commissie Gelijke Behandeling] Opinion 2004-143

Svensk domstol

AD 2002 nr 128

AD 2005 nr 3

AD 2005 nr 14

AD 2005 nr 98

AD 2007 nr 45

AD 2008 nr 47

AD 2009 nr 11

Litteratur

Bjurling, Carolina, *Komma till sin rätt: Om invandrade akademikers väg till kvalificerade arbeten: hinder och öppningar*, Högskoleverket, Stockholm, 2004

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 4, [uppdaterade och omarb.] uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2012

Danhard, Erik, *Juridiken vid rekrytering*, Särtryck ur Ny Juridik 3:08, Thomson Reuters, Stockholm, 2008

Deakin, Simon & S Morris, Gillian, *Labour Law*, 6, [uppdaterade och omarb.] uppl., Hart Publishing, Oxford, 2012

DO, HO, HomO & JämO, *Alla människor har lika värde*, Stockholm, 2005

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen: En kommentar*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2010

Gabinus Göransson, Håkan, Slorach, Martina, Flemström, Stefan & del Sante, Naiti, *Diskrimineringslagen*, 2, [uppdaterade och omarb.] uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011

Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, 2, [uppdaterade och omarb.] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011

Herzfeld Olsson, Petra, *Facklig föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, Iustus förlag, Uppsala, 2003

Hydén, Håkan & Hydén, Therese, *Rättsregler: En introduktion till juridiken*, 6, [uppdaterade och omarb.] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011

J. Westregård, Annamaria, *Integritetsfrågor i arbetslivet*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2002

Källström, Kent & Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet: Inledning till den individuella arbetsrätten*, 3, [uppdaterade och omarb.] uppl., Iustus Förlag, Uppsala, 2013

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 6, [uppdaterade och omarb.] uppl., Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA), Uppsala, 2010

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 4, [uppdaterade och omarb.] uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011

Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, *Årsredovisning 2008*, Stockholm, 2009

Regeringskansliet, *FN:s konventioner om Mänskliga rättigheter*, 2011

Rooth, Dan-Olof & Strömblad, Per, *Språk, krav och medborgarskap*, Edita, Västerås, 2008

Samuelsson, Joel & Melander, Jan, *Tolkning och tillämpning*, 2, [utök.] uppl., Iustus, Uppsala, 2003

Schiek, Dagmar, Waddington, Lisa & Bell, Mark, *Non-Discrimination Law*, Hart Publishing, Oxford, 2007

Sigeman, Tore & Sjödin, Erik, *Arbetsrätten: En översikt*, 6, [utök.] uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2013

Artiklar

Cunningham, Naomi, *Discrimination Through the Looking-Glass: Judicial Guidelines on the Burden of Proof*, *Industrial Law Journal*, nr. 3, 2006, s. 279-288

Currie, Samantha, *De-Skilled and Devalued: The Labour Market Experience of Polish Migrants in the UK Following EU Enlargement*, *The international journal of comparative labour law and industrial relations*, 2007, s. 83-116

Doyle, Oran, *Direct Discrimination, Indirect Discrimination and Autonomy*, *Oxford Journal of Legal Studies*, nr. 3, 2007, s. 537-553

Forshaw, Simon & Pilgerstorfer, Marcus, *Direct and Indirect Discrimination: Is There Something in between?*, *Industrial Law Journal*, nr. 4, 2008, s. 347-364

Hung Ng, Sik, *Language-Based Discrimination: Blatant and Subtle Forms*, *Journal of Language and Social Psychology*, nr. 2, 2007, s. 106-122

Kronlid, Johanna, *Jobbet avgör krav på språk*, *Lag & Avtal*, <http://www.lag-avtal.se/asikter/kronika/article57900.ece>, publicerad 5 maj 2008, hämtad 8/1 2013

Leslie, Derek & Lindley, Joanne, *The Impact of Language Ability on Employment and Earnings of Britain's Ethnic Communities*, *Economica*, 2001, s. 587-606

Ljunggren, Linda, *Advokatbyråer struntar i diskrimineringslag*, *Jusektidningen*, <http://www.jusektidningen.se/Arkivet/2002/9/Advokatbyraer-struntar-i-diskrimineringslag/>, publicerad 30 oktober 2002, hämtad 8/1 2013

Nilsson, Emmeli, *Tuff situation för nya samhällsvetare*, *Jusektidningen*, <http://www.jusektidningen.se/arkivet/2012/8/tuff-lage-for-nya-samhallsvetare/>, publicerad 25 oktober 2012, hämtad 8/1 2013

Ohlin, Pontus, *Do granskar städbolag, Lag & Avtal*, <http://www.lag-avtal.se/nyheter/article57620.ece>, publicerad 21 februari 2008, hämtad 8/1 2013

Palmqvist, Peter, *Släpp kravet på kunskaper i svenska*, *Jusektidningen*, <http://www.jusektidningen.se/arkivet/2012/6/arbetsgivare-maste-slappa-kravet-pa-kunskaper-i-svenska/>, publicerad 19 juni 2012, hämtad 8/1 2013

Rooth, Dan-Olof & Åslund, Olof, *Får utlandsfödda betalt för sin utbildning och sina kunskaper i svenska?*, *Ekonomisk Debatt*, nr. 3, 2007, s. 41-54

Sandgren, Claes, *Om teoribildning och rättsvetenskap*, *Juridisk Tidskrift*, nr. 2, 2004-05, s. 297-333

Shields, M.A. & Wheatley Price, S, *Language fluency and immigrant employment prospects: evidence from Britain's ethnic minorities*, *Applied Economics Letters*, nr. 8, 2001, s. 741-745

Internet

Arbetsförmedlingen, *Regler om diskriminering i platsannonser*, <https://www.arbetsformedlingen.se/open/diskriminering>, hämtad 8/1 2013

Diskrimineringsombudsmannen, *Vad får man ställa för språkkrav i en platsannons?*, <http://www.do.se/sv/Forebygga-diskriminering/Arbetslivet/Aktiva-atgarder-i-arbetslivet1/Fragor-om-rekrytering/Vad-far-man-stalla-for-sprakkrav-i-en-platsannons/>, publicerad 26 september 2011, hämtad 8/1 2013