



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Mattias Johansson

# Personlig lämplighet och diskrimineringslagstiftning

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Per Norberg

Termin för examen: HT2013

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Frågeställning, avgränsning och syfte	5
1.2 Material och metod	7
1.3 Disposition	7
<b>2 NATIONELL LAGSTIFTNING</b>	<b>9</b>
2.1 Kort historik	9
2.2 2008 års diskrimineringslag	10
2.3 Vad är diskriminering?	11
2.3.1 Direkt diskriminering	12
2.3.2 Indirekt diskriminering	13
2.3.3 Avgörande omständigheter	14
2.3.4 Inom arbetslivet	15
2.3.5 Bevisbörda	15
2.3.5.1 Bevisbörda vid direkt diskriminering	16
2.3.5.2 Bevisbörda vid indirekt diskriminering	16
2.4 Den fria anställningsrätten	16
<b>3 INTERNATIONELL LAGSTIFTNING</b>	<b>18</b>
3.1 Internationella konventioner	18
3.2 EU-rätt	18
3.2.1 Måste svensk lag ändras?	20
<b>4 RÄTTSLÄGET</b>	<b>22</b>
4.1 Begreppet personlig lämplighet	22
4.2 Arbetsgivarens urvalsmetoder	24
4.3 Arbetsgivarens metoder vid sällning innan intervju	25
4.4 Bevisfrågan	26

<b>5 ANALYS OCH DISKUSSION</b>	<b>42</b>
5.1 Omfattningen	42
5.2 Diskussion	44
5.3 Avslutande kommentarer	48
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>50</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>52</b>

# Summary

Personal suitability can be described as all adequate qualifications for an employment that are not related to education or professional experience. That interpretation of personal suitability as a concept results in an extremely comprehensive content that is also unique for virtually every profession. When recruiting, an employer can refer to a job applicant's lack of personal suitability as the reason why recruitment is canceled and the employment is assigned to someone else. However, it has emerged situations where it's questioned whether it is a discriminatory basis that is the real reason for the canceled recruitment. When Labour Court is faced with this kind of situation it usually requires a comparison, according to the discrimination legislation, of the job applicant's personal suitability for the position in question. As the personal suitability is perceived and presented based on subjective premises it makes an objective comparison difficult and instead the Labour Court has set requirements on how the knowledge of the personal suitability is obtained by the employer. It is the gathering of this knowledge that should be understandable from an objective viewpoint. If this acquisition is perceived correctly the choice of person to hire is considered as a part of the employer's freedom to hire anyone. In other words, the Labour Court trusts the employer's judgement of what personal suitability is desired. Sometimes, however, this assessment involves a discriminatory ground in a relatively clear way and in those cases the Labour Court decision possibly can be perceived to the benefit of employers.

# Sammanfattning

Personlig lämplighet skulle kunna beskrivas som alla anställningsadekvata kvalifikationer som inte kan relateras till utbildning eller yrkes- och arbetslivserfarenhet. Detta i sin tur medför ett ytterst omfattande innehåll som dessutom är unikt, om inte för varje unikt arbete så åtminstone för i stort sett varje yrkesgrupp.

I anställningssituationer kan en arbetsgivare hänvisa till en arbetssökandes brist i dennes personliga lämplighet som anledningen till varför rekryteringen avbryts och tjänsten i fråga tilldelas någon annan. Det har dock uppstått situationer där det ifrågasatts om den anledningen till att rekryteringen avbrutits grundar sig ett diskriminerande beslut från arbetsgivaren. När Arbetsdomstolen har en liknande situation framför sig krävs ofta att det görs en jämförelse i de arbetssökandes personliga lämplighet för den aktuella tjänsten. Då den personliga lämpligheten både uppfattas och presenteras utifrån subjektiva premisser så kan en objektiv jämförelse vara svår att göra och därför ställs vanligen krav på hur kunskapen av den personliga lämpligheten inhämtas av arbetsgivaren. Alltså att det är inhämtandet av denna kunskap som ska vara förståeligt ur en objektiv synvinkel. Om detta inhämtande uppfattas korrekt anses valet av person att anställa i normalfallet som en del av arbetsgivarens fria anställningsrätt. Med andra ord litar Arbetsdomstolen på arbetsgivarens bedömning av den personliga lämpligheten som önskas av arbetstagare hos arbetsgivaren. Ibland kan dock denna bedömning tangeras någon diskrimineringsgrund på ett relativt tydligt sätt och då kan Arbetsdomstolens beslut möjligtvis uppfattas som väl enkelspårigt till fördel för arbetsgivare.

# Förord

Förord i uppsatssammanhang tycks vara en form av möjlighet att skicka sin tacksamhet till några, av uppsatsförfattaren, valda personer. Även detta förord följer denna sociala norm.

Jag vill tacka Per Norberg, min handledare, som genom sina goda råd och allmänna hjälpsamhet varit till stort stöd för mig. Dessutom vill jag tacka min sambo Anna för hennes uppmuntran och stöd. Slutligen ett stort tack till mina föräldrar som alltid ställer upp för mig.

# Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
DO	Diskrimineringsombudsmannen
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
RF	Regeringsform (1974:152)

# 1 Inledning

När en arbetsgivare ska avgöra lämpligheten hos en arbetssökande inför en eventuell anställning eller befordran finns, i normalfallet, ett antal kriterier som arbetsgivaren önskar hos arbetstagaren. Det handlar ofta om sådana meriter som är relaterade till utbildning och arbetslivserfarenhet, alltså kriterier som är av det slaget att de är relativt lätta att objektivt uppfatta och jämföra sinsemellan. Det finns dock andra egenskaper hos arbetstagaren som är önskvärda från arbetsgivaren, en vanlig benämning på dessa egenskaper är personlig lämplighet och det handlar oftast om sådana egenskaper, kvalifikationer och dylikt som inte faller under kriterier som utbildning och arbetslivs- och yrkeserfarenhet. Personlig lämplighet kan vara svårare att uppfatta objektivt utan kan vara en uppfattning som arbetsgivaren bildar sig genom intervju, genom samtal med arbetstagarens tidigare arbetsplatser eller dylikt. Det kan handla om en bättre förmåga att inneha en ledande position på arbetsplatsen men det kan likaväl vara fråga om att ha bättre förutsättningar att vara en del av en grupp utan att ta för mycket plats. När sådana subjektiva bedömningar ligger till grund för ett anställningsbeslut, eller beslut om befordran etc., finns ett utrymme att diskutera om den personliga lämpligheten varit avgörande i beslutet eller om det funnits någon annan anledning till det aktuella beslutet och om denna anledning i så fall är av diskriminerande art, eller åtminstone tangerar någon diskrimineringsgrund.

Det förefaller vara så att faktiska mätbara, formella kvalifikationer inte längre preciseras på samma sätt vid beskrivningen av lediga anställningar utan det är krav av mer allmän hållen typ som preciseras. Sådan mer allmänna faktorer är svårare att bedöma rättsligt i fråga om arbetsgivarens bedömning av dessa. Denna utveckling kom att bli vanlig i samband med ändringar av jämställdhetslagen år 2001 och har därefter blivit en allt mer vanlig beskrivning av lediga anställningar från arbetsgivare. Att en arbetsgivare önskar vissa specifika egenskaper, utöver utbildning och arbetslivserfarenhet, hos den som de till slut anställer är i sig inte svårt att förstå men hur en arbetsgivare anskaffar sig denna kunskap under en rekryteringsprocess kan ibland ses som godtycklig eller utan tillräcklig efterforskning. Arbetsgivarens påstående att den som anställs har bättre förmåga, tack vare sin personliga lämplighet, att utföra det aktuella arbetet är mycket svårt att kontrollera. Den centrala delen av uppsatsen är att behandla hur Arbetsdomstolen hanterar detta problem.

## 1.1 Frågeställning, avgränsning och syfte

Det jag vill med denna uppsats är att avgöra om personlig lämplighet, som låter som en subjektivt uppfattad lämplighet, kan vara anställningsadekvat utan att varken kunna beskrivas som ett objektivt kriterium eller vara ett kriterium som är att se som diskriminering eller att det åtminstone tangerar



någon diskrimineringsgrund och hur detta behandlas av Arbetsdomstolen. Balansgången mellan den fria anställningsrätten och förbudet att diskriminera blir lätt tydlig när en arbetsgivare hänvisar till sökandens personliga lämplighet som skäl till att inte anställa denne och detta beslut istället kan antas bero på någon diskrimineringsgrund. Arbetsdomstolen har hanterat detta i ett antal fall och med bland annat dessa som vägledning hoppas jag kunna ge en tydlig bild av hur arbetsgivarens respektive arbetssökandens agerande är avgörande i fråga om hur Arbetsdomstolen avgör huruvida diskriminering föreligger eller om det är fråga ett utlopp av den fria anställningsrätten.

Jag ser frågan kring personlig lämplighet kontra diskriminering som en reell problematik och något som kan diskuteras och utredas på flera vetenskapliga plan. I sammanhanget finns en klar juridisk aspekt men också andra vetenskapliga infallsvinklar som skulle kunna vara av intresse, i form av t.ex. gruppdynamik på arbetsplatser, hur personlig lämplighet kan mätas både individuellt och i en jämförelse med andra och dylikt. Denna uppsats kommer dock endast utgå från ett juridiskt perspektiv på problematiken.

Uppsatsen behandlar i första hand nationell rätt och då denna rätt till stor del bygger på EU-rätt kommer även denna behandlas och på så sätt inkorporeras i uppsatsen. Även annan internationell rätt kommer att presenteras i kortare form. Diskrimineringslagstiftningen spänner över en stor del av samhället men i denna uppsats kommer jag koncentrera mig på de arbetsrättsliga aspekterna och därmed relaterad lagstiftning, rättsfall och så vidare.

Då det finns en skillnad på de krav som ställs i rekryteringsfasen beroende på om arbetsgivaren är privat eller offentlig och det inom det offentliga bara ska tas hänsyn till sakliga grunder<sup>1</sup> kommer det huvudsakligen fokuseras på hanteringen av personlig lämplighet där en sådan kvalifikation är av sådan typ att arbetsgivaren faktiskt får ta hänsyn till denna i samband med rekrytering.

Inom de arbetsrättsliga ramarna kommer jag huvudsakligen behandla de delar som berör uppsatsens frågeställning. Dock kommer jag välja att inte behandla fall där arbetstagare har företrädesrätt till återanställning enligt 25 § LAS. Detta både av utrymmesskäl likväl som att jag anser att problematiken med personlig lämplighet är tydligare när det gäller nyanställning och befordran snarare än vid återanställning.

I uppsatsen behandlas huvudsakligen följande diskrimineringsgrunder: ålder, kön och etnicitet. Naturligtvis kan personlig lämplighet tangera även andra diskrimineringsgrunder, dock har de rättsfall rörande personlig lämplighet som behandlats av Arbetsdomstolen huvudsakligen rört dessa tre grunder. Att, i uppsatsen, behandla huruvida andra diskrimineringsgrunder än dessa skulle möjligtvis kunna leda till en intressant hypotetisk diskussion

---

<sup>1</sup> 4 § lag (1994:260) om offentlig anställning

men i övrigt inte tillföra något handfast varför jag väljer att lämna dessa utan vidare behandling.

## 1.2 Material och metod

Jag kommer först och främst arbeta med relevant litteratur och relevanta rättsfall. Dessutom kommer, naturligtvis, lagtext och förarbeten vara en del av uppsatsen.

Vid genomgången av rättsfall har det, av naturliga orsaker, visat sig att vissa rättsfall påminner om varandra på ett eller flera sätt och någon anledning till repetitiva inslag i uppsatsen finns inte i de flesta fallen. Ett antal av dessa fall nämns på andra ställen i uppsatsen men behandlas inte i någon längre form. Urvalsmetoden som jag valt att använda i fråga om vilka rättsfall jag ska presentera är i första hand hur tydligt fallet behandlar frågan om personlig lämplighet och i andra hand hur nytt rättsfallet är.

Exempel på rättsfall som jag valt att inte ha med i längre form är bland annat AD 2004 nr 44 som förvisso behandlar personlig lämplighet och en viss skillnad i inhämtandet av referenser men detta beskrivs tydligare i t.ex. AD 2006 nr 126. Ett annat som jag inte valt att presentera i längre form är AD 2002 nr 128 har valts bort då detta fall kretsar kring ett språkkrav som jag väljer att referera i AD 2008 nr 47 som är ett nyare rättsfall.

I uppsatsen arbetar jag efter en traditionell rättsdogmatisk metod och presenterar alltså gällande rätt utefter den lagtext och de rättsfall som behandlar det aktuella ämnet.

## 1.3 Disposition

Det inledande första kapitlet ger en kort introduktion i uppsatsens ämne och problematik.

Kapitel två behandlar relevant nationell lagstiftning. Genom att först presentera den historiska aspekten övergår sedan kapitlet till en redogörelse av den gällande diskrimineringslagens viktigaste delar med utgångspunkt i uppsatsens frågeställning. I kapitel tre presenteras kortfattat hur internationella konventioner och de centrala delarna av EU:s diskrimineringslagstiftning påverkar svensk rätt.

Det fjärde kapitlet behandlar rättsläget och beskriver hur Arbetsdomstolen har behandlat fall där personlig lämplighet har spelat en avgörande roll;

- Vilka individuella egenskaper faller inom begreppet personlig lämplighet. (Avsnitt 4.1)
- Hur arbetsgivaren går till väga för att korrekt inhämta information om arbetstagarens personliga lämplighet. (Avsnitt 4.2 och 4.3)
- Genom ett antal refererade rättsfall presenteras mer detaljerat bedömandet och hanteringen av bevisfrågor rörande personlig lämplighet i tvist. (Avsnitt 4.4)

I avslutande kapitel fem diskuterar jag bland annat kring de tidigare presenterade rättsfallen och försöker besvara uppsatsen frågeställning.

## 2 Nationell lagstiftning

### 2.1 Kort historik

År 1980 trädde den första svenska diskrimineringslagen, 1979 års jämställdhetslag<sup>2</sup>, i kraft. Syftet med lagen var att motverka könsdiskriminering på arbetsmarknaden, både för arbetstagare och arbetssökande. Lagen var uppdelad i två delar, dels förbudet mot könsdiskriminering i 2-5 §§, dels aktiva åtgärder för jämställdhet i 6-7 §§. Den första delen var utformad utifrån ett individperspektiv där en tvist kunde resultera i skadestånd eller ett ogiltigförklarande av avtal. Den andra delen var av mer målsättningsstadgande art där reglerna skulle uppmärksamma behandlingen av kvinnor och män som grupper i arbetslivet och syftet var att öka ansträngningarna för jämlikhet mellan könen. När 1991 års jämställdhetslag<sup>3</sup> trädde i kraft blev kraven på aktiva åtgärder tvingande i form av minimiregler. Under 1994 tillkom lönekartläggningsbestämmelserna som innebar att arbetsgivarna årligen skulle kartlägga förekomsten av löneskillnader mellan kvinnor och män. I och med en större förändring 2001 kom bland annat förändringen som innebar att förbudet mot könsdiskriminering omfattar hela rekryteringsprocessen och även regeln om kändes bevisbörda kom att förändras för att anpassas till EU:s bevisbördedirektiv. I och med sammanslagningen till diskrimineringslagen överfördes i stort bestämmelserna i jämställdhetslagen till diskrimineringslagen.<sup>4</sup>

I den första lagen mot etnisk diskriminering<sup>5</sup> från 1986 fanns inget civilrättsligt förbud mot diskriminering. En ombudsman skulle motverka att arbetssökande utsattes för etnisk diskriminering och dessutom skulle ombudsmannen, genom kontakter med enskilda arbetsgivare och arbetsmarknadens parter, verka för att främja ett gott förhållande mellan olika etniska grupper. Under 1994 genomfördes en omarbetning av lagen mot etnisk diskriminering<sup>6</sup>, där gavs ombudsmannen större utrymme att agera jämfört med lagen från 1986. Dessutom infördes förbud mot diskriminering både i samband med anställningsförfarandet och i pågående anställningar. Därutöver var diskrimineringsförbudet förenat med skadeståndsersättning, till skillnad från 1986 års lag där det endast fanns vitessanktionerade tvångsåtgärder som innebar att arbetsgivaren skulle medverka vid överläggningar och lämna ut uppgifter till ombudsmannen.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> SFS 1979:1118

<sup>3</sup> SFS 1991:433

<sup>4</sup> Fransson m.fl., 2010, s. 38 f.

<sup>5</sup> SFS 1986:442

<sup>6</sup> SFS 1994:134

<sup>7</sup> Fransson m.fl., 2010, s. 39

Tre diskrimineringslagar med likartade konstruktioner infördes 1999, en rörande etnisk diskriminering<sup>8</sup>, en rörande diskriminering på grund av funktionshinder<sup>9</sup> och en rörande diskriminering på grund av sexuell läggning<sup>10</sup> - samtliga av dessa genomgick förändringar 2003, 2005 och 2006, till största del för att ytterligare anpassas till EU-rätten. Dessa lagar förbjöd diskriminering på samma sätt som jämställdhetslagen från 2001, det vill säga genom hela rekryteringsprocessen och vid anställningsbeslut. Vidare gällde förbudet vid beslut om befordran, vid yrkespraktik och vid andra utbildningsrelaterade beslut. Förbudet gällde också diskriminering vid uppsägning, avsked eller annan åtgärd av ingripande art mot arbetstagaren, som till exempel vid ledning och fördelning av arbetet från arbetsgivarhåll. I stort kan sägas att innehållet i dessa tre lagar överfördes till 2008 års diskrimineringslag.<sup>11</sup>

## 2.2 2008 års diskrimineringslag

Den 1 januari 2009 ersattes sju lagar med en diskrimineringslag.<sup>12</sup> En stor anledning till att lagen omformades var att göra lagstiftningen enklare och mer enhetlig. Lagens ska värna om alla människors lika värde och allas rätt att bli behandlade som individer på lika villkor.<sup>13</sup> En ny myndighet, Diskrimineringsombudsmannen (DO), tog över uppgiften att se till att lagen följs från de tidigare ombudsmännen.

I och med denna nya lag, 2008 års diskrimineringslag, infördes en mängd nya regler, bland annat omfattas fler samhällsområden av skyddet, men innehållet är också till stor del mer eller mindre direkta överföringar av tidigare lagstiftning. Två nya diskrimineringsgrunder infördes: ålder och könsöverskridande identitet eller uttryck vilket innebär att lagen omfattar totalt sju diskrimineringsgrunder. Dessa grunder listas i 1 kap. 1 §:

1. kön,
2. könsöverskridande identitet eller uttryck,
3. etnisk tillhörighet,
4. religion och annan trosuppfattning,
5. funktionshinder,
6. sexuell läggning, och
7. ålder.

---

<sup>8</sup> SFS 1999:130

<sup>9</sup> SFS 1999:132

<sup>10</sup> SFS 1999:133

<sup>11</sup> Fransson m.fl., 2010, s. 39 f.

<sup>12</sup> De lagar som 2008 års diskrimineringslag ersatte var jämställdhetslagen (1991:433), lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan, lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering, och lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever.

<sup>13</sup> Prop. 2007/08:95 s. 79

Grunderna finns definierade i 1 kap. 5 § med undantag för ”religion eller annan trosuppfattning” vilken, enligt propositionen<sup>14</sup>, inte bör definieras då den inte heller definieras i europeisk rätt.<sup>15</sup> Även två nya samhällsområden där diskrimineringsförbuden gäller infördes i samband med den nya lagen. Totalt omfattar nu lagen tio samhällsområden, dessa går att finna i 2 kap. 1-17 §§ diskrimineringslagen och är följande:

1. arbetslivet,
2. utbildning,
3. arbetsmarknadspolitisk verksamhet och arbetsförmedling utan offentligt uppdrag,
4. start eller bedrivande av näringsverksamhet och yrkesbehörighet,
5. medlemskap i vissa organisationer,
6. varor, tjänster och bostäder m.m.,
7. hälso- och sjukvården samt socialtjänsten m.m.,
8. socialförsäkringssystemet, arbetslöshetsförsäkring och studiestöd,
9. värnplikt och civilplikt, och
10. offentlig anställning.

Om någon diskriminerats har denne rätt till diskrimineringsersättning, detta i stället för vad som tidigare varit i form av ett allmänt skadestånd. Detta då överträdelser av diskrimineringslagen ses som en allvarlig kränkning och en diskrimineringsersättning ska kunna ge högre ersättningar än tidigare eftersom kopplingen till de allmänna skadeståndsreglerna tagits bort.<sup>16</sup>

## 2.3 Vad är diskriminering?

Diskrimineringsbegreppet delas upp i direkt diskriminering, indirekt diskriminering, trakasserier relaterade till någon av diskrimineringsgrunderna, sexuella trakasserier och instruktioner att diskriminera. Dessa delar är i sig fristående med separata rekvisit för uppfyllande men i lagtext används begreppet diskriminering och däri avses samtliga former av diskriminering som omfattas av diskrimineringsbegreppet.<sup>17</sup>

Förbudet mot diskriminering i arbetslivet regleras i 2 kap. 1-4 §§ diskrimineringslagen. I dessa paragrafer stadgas vilka som omfattas av diskrimineringskyddet i arbetslivet, alltså den som är arbetstagare, den som gör förfrågan om eller söker arbete, den som söker eller fullgör praktik samt den som står till förfogande att utföra eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft. Vidare stadgas att diskrimineringsförbudet inte hindrar undantag från förbudet om det rör en egenskap som har samband med en diskrimineringsgrund som är ett reellt yrkeskrav. Denna tillåtna särbehandling omfattar arbetssökande och arbetstagare vid beslut om anställning, befordran eller utbildning för befordran. Däremot är inte sådan

---

<sup>14</sup> Prop. 2007/08:95 s. 120 f.

<sup>15</sup> 2000/78/EG

<sup>16</sup> Göransson m.fl., 2009, s. 24 ff.

<sup>17</sup> Fransson m.fl., 2010, s. 69 f.

särbehandling tillåten i fråga om till exempel lönesättning, beslut om lön och arbetsvillkor.<sup>18</sup> Dessa paragrafer behandlar också arbetsgivarens skyldighet att utreda omständigheterna när denne blir medveten om att en arbetstagare anser sig trakasserad, eller sexuellt trakasserad, av en annan arbetstagare. Slutligen stadgas att en arbetssökande som inte anställts eller kallats till intervju eller en arbetstagare som inte befordrats eller tagits ut till utbildning för befordran har rätt att, av arbetsgivaren, få skriftlig uppgift om vilken utbildning, yrkeserfarenhet och andra meriter som den som fick arbetet, blev kallad till intervju eller fick delta i utbildningen.<sup>19</sup>

### 2.3.1 Direkt diskriminering

Direkt diskriminering delas upp i tre objektiva rekvisit; missgynnande, jämförbar situation och orsakssamband, vilka går att återfinna i 1 kap. 4 § p.1 diskrimineringslagen. Som huvudregel måste alla dessa rekvisit uppfyllas för att det ska kunna vara fråga om direkt diskriminering, däremot krävs ingen form av dolöst, eller ens culpöst, handlande för att diskriminering ska kunna föreligga.

En aspekt av stor vikt i diskrimineringsbegreppet är att en person missgynnats och för att detta rekvisit ska uppfyllas krävs att någon som omfattas av diskrimineringslagens skydd på något sätt lidit skada och att någon kan ställas till ansvar för diskrimineringen. Rekvisitet missgynnande är med andra ord ytterst brett i sitt tillämpningsområde, det finns dock några delar som är gemensamt oavsett vilken diskrimineringsgrund det handlar om; den enskilde har lidit skada eller att en annan negativ effekt uppstått. Oftast handlar missgynnandet om en faktisk förlust, obehag eller liknande. Rekvisitet missgynnande är uppfyllt oavsett orsaken till handlandet, eller underlåtenheten till handlande, som ledde till missgynnandet.<sup>20</sup>

För att bedöma om ett missgynnande skett görs i ett andra led en jämförelse med hur någon eller några skulle behandlas i en jämförbar situation. Det finns inget som säger att jämförelsen måste göras med en faktisk person utan jämförelsen kan göras med hur någon tidigare behandlats eller hur någon skulle ha behandlats i en jämförbar situation, det senare är vad som kallas en hypotetisk jämförelseperson. I förarbetena till diskrimineringslagen sägs dock att jämförelsen bara blir rättvisande om det är rimligt eller naturligt att jämföra personerna i varje unik situation. Två separata arbetstagare kan alltså bara jämföras om de exempelvis har likvärdiga meriter och i ett fall där kvalifikationerna, i exempelvis en rekryteringsprocess, inte är att uppfatta som likvärdiga så befinner sig inte arbetstagarna en jämförbar situation och därför är inte rekvisitet uppfyllt.<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> Prop. 2007/08:95 s. 159

<sup>19</sup> Prop. 2007/08:95 s. 184

<sup>20</sup> Fransson m.fl., 2010, s. 70 ff.

<sup>21</sup> Prop. 2007/08:95 s. 487

Rekvisitet kan alltså uppfyllas utan att någon faktisk jämförelseperson finns att jämföra med, dock måste situationen som sådan alltid vara jämförbar.<sup>22</sup>

Det sista rekvisitet, orsakssambandet, är sambandet mellan handlingen och diskrimineringsgrunden. Naturligtvis kan ett samband också föreligga vid en underlåtenhet att handla. Däremot kan inget orsakssamband föreligga om den som påstås ha diskriminerat inte känner till diskrimineringsgrunden, till exempel en persons sexuella läggning, etnicitet eller dylikt. Värt att påpeka här är dock att en person som diskriminerar en annan under villfarelse, t.ex. på grund av missuppfattningen att personen är homosexuell, så är också fråga om diskriminering. Detsamma gäller om någon blir diskriminerad på grund av sin samhörighet med någon, t.ex. kan en person av svenskt ursprung som är gift med någon av annan etnicitet, religion e.d. diskrimineras av någon som inte vill ha något att göra med en person som är gift med någon av denna etnicitet, religion osv. Med andra ord krävs att personen som missgynnar är medveten om, eller tror sig känna till, den missgynnades grund till diskriminering. Dock räcker det att sådana omständigheter presumtivt föreligger för att ett svagt orsakssamband ska anses föreligga, det vill säga att missgynnandet inte måste vara på grund av diskrimineringsgrunden utan det räcker att denna har samband med missgynnandet och diskrimineringsgrunden måste inte vara det enda eller ens avgörande skälet till missgynnandet för att ett orsakssamband ska finnas.<sup>23</sup> Det skiljs här på svagt och starkt orsakssamband. Ett starkt orsakssamband kan förklaras med att en avsikt att diskriminera har funnits och därmed uppfylls det nödvändiga rekvisitet. Något uppsåt för diskrimineringen behöver alltså inte finnas för att ett orsakssamband ska uppstå och även i fall där den diskriminerandes handlande varit av ren välvilja kan detta vara orsakssamband nog för att rekvisitet ska anses vara uppfyllt.<sup>24</sup>

### 2.3.2 Indirekt diskriminering

För att det ska vara fråga om indirekt diskriminering måste tre rekvisit uppfyllas; särskilt missgynnande, jämförelse och intresseavvägning i enlighet med 1 kap. 4 § p.2 diskrimineringslagen. Då det gäller de två första rekvisiten, särskilt missgynnande och jämförelse, krävs ett samband mellan rekvisitet och diskrimineringsgrunden. Det tredje rekvisitet, intresseavvägning, består av rättsfakta som också är motbevisningsledet.<sup>25</sup>

När det kommer till innehållet i missgynnandet är det detsamma gällande indirekt diskriminering som när det är fråga om direkt diskriminering, det vill säga att den diskriminerade utsätts för en faktisk förlust, obehag eller liknande. Skillnaden när det kommer till indirekt diskriminering är att någon missgynnas av en till synes neutral bestämmelse, kriterium eller

---

<sup>22</sup> Fransson m.fl., 2010, s. 72 ff.

<sup>23</sup> Prop. 2007/09:95 s. 489

<sup>24</sup> Fransson m.fl., 2010, s. 78 f.

<sup>25</sup> Fransson m.fl., 2010, s. 82



förfaringssätt. Det tar sig oftast ett sådant uttryck där personer har svårare att uppfylla vissa kriterier eller dylikt, vilket i förlängningen medför en negativ effekt för dem.<sup>26</sup>

Vid bedömningen om en missgynnande effekt uppstått i samband med, eller i anslutning till, en bestämmelse eller dylikt så ska en jämförelse göras. Denna jämförelse ska göras mellan den grupp personen tillhör och en annan grupp men till skillnad från den hypotetiska jämförelsen som kan göras när det är fråga om direkt diskriminering krävs i de fall där jämförelsen handlar om indirekt diskriminering en faktisk jämförelsegrupp eller jämförelseperson, dock kan den missgynnande effekten vara så allmänt känd att den inte behöver bevisas i varje enskilt fall. Den eventuella skillnaden som jämförelsen visar ska vidare vara av betydande storlek och vad som, i sammanhanget, är en betydande skillnad har förarbetena<sup>27</sup> såväl som EU-domstolen överlämnat till den nationella domstolen.<sup>28</sup>

Det sista rekvisitet, intresseavvägningen, ger ett visst utrymme för ett kriterium att tillämpas även om det har en negativ effekt som kan komma att missgynna personer med anknytning till någon diskrimineringsgrund. Detta innebär alltså att under vissa förutsättningar kan en åtgärd som har negativa effekter för en viss grupp vara tillåten under förutsättning att två krav är uppfyllda; dels måste syftet vara objektivt godtagbart, dels måste sättet att uppnå syftet vara lämpligt och nödvändigt. Däremot får det inte, som huvudregel, finnas andra icke-diskriminerande alternativ för att uppnå samma, eller åtminstone ett i sig godtagbart, syfte och om så är fallet är det i princip fråga om indirekt diskriminering.<sup>29</sup>

### 2.3.3 Avgörande omständigheter

Det har i litteraturen beskrivits hur ett och samma agerande, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, kan vara direkt diskriminering, indirekt diskriminering eller överhuvudtaget inte alls diskriminering. Detta har exemplifierats genom en arbetsgivare som ger två personer olika lön för samma arbete; detta handlande kan vara ett exempel på direkt diskriminering om arbetsgivaren medvetet favoriserar en person av ett visst kön eller etnicitet. Det kan också vara fråga om indirekt diskriminering om fallet är sådant att lönesättningen beror på andra arbetsgivares handlingar eller sådana marknadsrelaterade förutsättningar som påverkar lön för en grupp. Vidare kan en sådan situation vara med anledning av att den ena personen besitter sådana personliga egenskaper som befogar en högre lön och därför är det inte alls fråga om diskriminering.<sup>30</sup> Ett fall där personlig lämplighet, i form av en överkvalificerad arbetstagare, blir avgörande för att direkt diskriminering inte är för handen kan dock, i

---

<sup>26</sup> Prop. 2007/08:95 s. 490

<sup>27</sup> Prop. 2007/08:95 s. 490 f.

<sup>28</sup> Fransson m.fl., 2010, s. 84 f.

<sup>29</sup> Prop. 2007/08:95 s. 491

<sup>30</sup> Norberg, 2007, s. 110

vissa fall, gå att angripa som indirekt diskriminering, t.ex. om arbetstagaren i fråga är invandrare och ett förhållande föreligger där invandrare tvingas söka arbeten som inte motsvarar dennes utbildning eller arbetslivserfarenhet.<sup>31</sup> Ett sådant fall, AD 2009 nr 16, där frågan om indirekt diskriminering inte tas upp, presenteras senare i uppsatsen.

### 2.3.4 Inom arbetslivet

Diskrimineringsförbudet på arbetslivets område omfattar, enligt 2 kap. 1 § diskrimineringslagen, ett förbud för arbetsgivare att diskriminera den som hos arbetsgivaren är arbetstagare, gör en förfrågan om eller söker arbete, söker eller fullgör praktik eller är inhyrd eller inlånad för att utföra arbete, eller står till förfogande att utföra arbete, hos arbetsgivaren.

Alla arbetsgivare omfattas av diskrimineringsförbudet och dessutom omfattas alla som i arbetsgivarens ställe har rätt att besluta i sådana frågor som listas i 2 kap. 1 § diskrimineringslagen. Arbetsgivarens ansvar gäller också i ett sådant fall där arbetsgivaren delegerat sin beslutanderätt eller arbetsgivarfunktion till en anställd och handlingar av ledande personer i företaget om deras beslut direkt kan påverka arbetsförhållanden eller arbetsvillkor för anställda.<sup>32</sup>

Förbudet att diskriminera omfattar alla arbetstagare, t.ex. oavsett ställning i företaget eller om arbetstagaren tillhör arbetsgivarens familj. Dessutom är anställningsformen oviktig, det kan lika väl vara en tillsvidareanställning som en visstidsanställning eller vikariat, provanställning och så vidare. Enklast beskrivs diskrimineringskyddet som att den som är part i ett anställningsavtal omfattas av skyddet. Utöver dessa omfattas också de som söker arbete eller gör förfrågan om arbete hos en arbetsgivare. Detta gäller under hela anställningsprocessen, alltså från det att ansökan eller förfrågan görs till alla beslut, åtgärder och underlåtenheter som leder fram till beslutet för anställning.<sup>33</sup>

### 2.3.5 Bevisbörda

I mål som handlar om diskriminering finns en bevislättning för käranden jämfört med bevisregler i allmänhet. Regeln springer ur EU-rätten<sup>34</sup> och motiveras med att en bevisbörda i likhet med den som i normalfallet används vid tvistemål skulle medföra att det i praktiken skulle bli svårt att upprätthålla diskrimineringsförbuden.<sup>35</sup>

Regeln har, av Högsta domstolen, kallats för en presumptionsregel<sup>36</sup> och innebär att en diskriminering antas föreligga om käranden kan visa sådana omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering förekommit.

---

<sup>31</sup> Fransson m.fl., 2010, s. 539 f.

<sup>32</sup> Göransson m.fl., 2009, s. 53 f.

<sup>33</sup> Göransson m.fl., 2009, s. 54 f.

<sup>34</sup> 2006/54/EG, artikel 19

<sup>35</sup> Göransson m.fl., 2009, s. 42

<sup>36</sup> NJA 2006 s. 170, NJA 2006 s. 179

Dock har aldrig Arbetsdomstolen beskrivit regeln som en presumptionsregel utan beskriver regeln som en regel om delad bevisbörda.

### **2.3.5.1 Bevisbörda vid direkt diskriminering**

Bevisregeln vid diskriminering brukar beskrivas som en regel uppdelad i två delar, den första delen ligger på käranden och den andra ligger på svaranden. I den första delen ska käranden visa sådana omständigheter som ger anledning att anta att denne utsatts för diskriminering och om käranden lyckas styrka omständigheterna som ligger till grund för påståendet om diskriminering så anses det finnas en presumtion för att det finns ett orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. I den andra delen, under förutsättning att presumtion anses föreligga, ska svaranden visa att diskriminering inte förekommit för att på så sätt slippa betala diskrimineringsersättning.<sup>37</sup>

### **2.3.5.2 Bevisbörda vid indirekt diskriminering**

Bevisregeln vid direkt respektive indirekt diskriminering är till huvuddelen densamma men skiljer sig vid vilka fakta som faktiskt ska bevisas. När det är fråga om indirekt diskriminering ska käranden styrka en omständighet som till synes är neutral men i praktiken diskriminerar. Därefter har svaranden att bevisa att omständigheten kan motiveras av ett berättigat syfte och medlen för att uppnå detta syfte är lämpliga och nödvändiga.<sup>38</sup>

## **2.4 Den fria anställningsrätten**

En arbetsgivare har, tack vare principen om avtalsfrihet, rätt att ingå anställningsavtal med vem denne vill. Detsamma gäller för arbetstagare. Med rättsliga medel kan inte en arbetsgivare tvingas att ta en viss person som anställd och samtidigt kan inte en arbetstagare tvingas att ta anställning hos en arbetsgivare. En arbetstagare kan inte heller, med processuella tvångsmedel, framtvunga en anställning ens om denne kan visa att diskriminering föreligger eller om denne har företrädesrätt till anställning enligt LAS.

Ett antal inskränkningar i den fria anställningsrätten finns. Den främsta inskränkningen går att finna i diskrimineringslagstiftningen som bidrar till mindre möjlighet att göra godtyckliga beslut vid anställningar. En annan inskränkning finns i 25 § LAS där det stadgas att arbetstagare som sagts upp på grund av arbetsbrist kan ha företrädesrätt till återanställning om ett sådant behov uppstår hos arbetsgivaren. Arbetsgivare förväntas också att följa god sed på arbetsmarknaden genom att till exempel inte fatta otillbörliga beslut eller handla utifrån ovidkommande syften.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> Göransson m.fl., 2009, s. 42 f.

<sup>38</sup> Göransson m.fl., 2009, s. 48

<sup>39</sup> Rönmar, 2000, s. 284 f.

Oavsett om bakgrunden till en anställning är sådan att den är av diskriminerande art eller om arbetsgivaren ej tar hänsyn till 25 § LAS så står ett sådant anställningsbeslut fast och kan inte rivas upp. Det är endast så att ekonomisk kompensation utgår i ett fall där något sådant går att visa.<sup>40</sup>

Inom den statliga sektorn gäller inte den fria anställningsrätten utan där får, enligt 11 kap. 9 § 2 st. RF, endast sakliga grunder som till exempel förtjänst och skicklighet beaktas vid beslut om anställning. Begreppet sakliga grunder anses även innehålla sådant som alla arbetsgivare bör beakta som till exempel jämställdhet och etnisk mångfald etc. Dessutom anses även bland annat företrädesrätt till återanställning rymmas inom detta begrepp.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Källström m.fl., 2009, s. 104 ff.

<sup>41</sup> Hinn m.fl., 2009, s. 22 ff.

## 3 Internationell lagstiftning

Mycket av den svenska lagstiftningen rörande diskriminering springer ur internationell rätt, framför allt från EU men också genom andra internationella åtaganden. Då EU har en omfattande lagstiftning kring jämställdhet har de allra flesta medlemsstaterna fått genomföra relativt stora förändringar i sin nationella lagstiftning.<sup>42</sup>

### 3.1 Internationella konventioner

Sveriges internationella åtaganden gällande en lagstiftning som ska motverka diskriminering kan delas upp i två delar, dels den europeiska gemenskapsrätten, dels de övriga internationella åtagandena, där det senare till största del består av internationella konventioner som Sverige ratificerat. Ett exempel på en sådan konvention är *1979 års FN-konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor* där det bland annat sägs att alla stater som ratificerat konventionen ska vidta åtgärder för att alla, oberoende av kön, ska ha samma möjligheter till anställning. Andra exempel på sådana konventioner är *ILO:s konvention nr 100 angående lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde* och *ILO:s konvention nr 111 angående diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning*. Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, alltså Europakonventionen, är en del av EU-rätten och även gäller som svensk lag<sup>43</sup> innehåller i artikel 14 förbud mot diskriminering i form av en icke uttömmande lista med diskrimineringsgrunder.<sup>44</sup>

### 3.2 EU-rätt

Den europeiska gemenskapsrätten har en stor betydelse när det kommer till att motverka diskriminering, detta ända sedan 1957 års Romfördrag som stadgade att varje medlemsstat ska säkerställa jämställdheten mellan kvinnor och män.<sup>45</sup> Detta speglas bland annat i artikel 2 i EU-fördraget<sup>46</sup> som stadgar att jämställdheten mellan kvinnor och män är ett av EU:s grundläggande mål.

Andra delen av FEUF-fördraget<sup>47</sup> behandlar bland annat icke-diskriminering. I artikel 18 FEUF stadgas att all diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden, dock är denna artikel subsidiär då den endast är

---

<sup>42</sup> Nyström, 2011, s. 169

<sup>43</sup> SFS 1994:1219

<sup>44</sup> Göransson m.fl., 2009, s. 20 f.

<sup>45</sup> Nyström, 2011, s. 167

<sup>46</sup> Fördraget d. 25 mars 1957 om upprättandet av Europeiska gemenskapen

<sup>47</sup> Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

tillämplig så länge ingen annan särskild regel är tillämplig. Artikel 19 FEUF stadgar att EU har rätt att ”vidta lämpliga åtgärder” för att motarbeta diskriminering på grund av bland annat kön, religion och ålder. Denna artikel 19 FEUF hindrar dock inte användandet av positiv särbehandling för att främja ett jämlikt samhälle. Vidare behandlas jämlikhet mellan kvinnor och män i fråga om likabehandling på arbetsplatser och lika lön för likvärdigt arbete i artiklarna 153 och 157 FEUF. Speciellt artikel 157 FEUF har blivit ett fundament i EU:s jämställdhetsarbete, om än från början i sin tidigare utformning och då benämnd artikel 119.<sup>48</sup>

I rättighetsstadgan, *Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna*<sup>49</sup>, stadgas att all 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 är förbjuden för EU:s institutioner samt för EU:s medlemsstater när de tillämpar EU-rätten.

Det så kallade recastdirektivet, *Europaparlamentets och rådets direktiv om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet*<sup>50</sup>, antogs 2006 och samlade ett antal tidigare direktiv<sup>51</sup> samt vissa följder av EU-domstolens praxis till ett direktiv, vilket har som syfte att säkerställa att principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet genomförs. Direktivet är ett minimidirektiv, det vill säga att direktivets regler inte utesluter en nationell lagstiftning som är strängare än direktivets regler. Detta direktiv är till stor del grundläggande för den svenska diskrimineringslagens utformning och definition av begrepp som till exempel direkt och indirekt diskriminering som går att återfinna i artikel 2.1. Direktivet innehåller bestämmelser rörande tillträde till anställning, även gällande befordran och yrkesutbildning, dessutom finns bestämmelser rörande arbetsvillkor, inklusive lön, samt slutligen företags- och yrkesbaserade system för social trygghet. I kapitel 3 återfinns regler om likabehandling vid tillträde till anställning, där förbjuds direkt och indirekt diskriminering inom offentlig och privat sektor i fråga om:

- *Villkor för tillträde till anställning, till verksamhet som egenföretagare och till yrkesutövning, inklusive urvalskriterier och krav för anställning inom alla verksamhetsgrenar på alla nivåer i arbetslivet, inbegripet befordran.*
- *Tillträde till alla typer och alla nivåer av yrkesvägledning, yrkesutbildning, högre yrkesutbildning och omskolning, inklusive yrkespraktik.*
- *Anställnings- och arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, och löner enligt artikel 141 i fördraget.*
- *Medlemskap och medverkan i en arbetstagar- eller arbetsgivarorganisation eller i andra organisationer vars*

---

<sup>48</sup> Nyström, 2011, s. 172 ff.

<sup>49</sup> 2000/C 364/01

<sup>50</sup> 2006/54/EG

<sup>51</sup> 75/117/EEG, 76/207/EEG, 97/80/EG

*medlemmar utövar ett visst yrke, inbegripet de förmåner som dessa organisationer tillhandahåller.*

Reglerna för bevisbördan finns i artikel 19 och innebär kortfattat att den som anser sig orättvist behandlad på grund av att likabehandlingsprincipen inte tillämpats kan lägga fram sådana fakta inför domstol eller annan myndighet att det finns anledning att anta att direkt eller indirekt diskriminering förekommit så övergår bevisbördan på den svarande som ska bevisa att något brott mot likabehandlingsprincipen inte föreligger, med andra ord är denna bevisbörderegeln densamma som den vi använder av i nationell rätt som en följd av direktivet.<sup>52</sup>

För att se till att likabehandlingsdirektivet efterlevs ska det, enligt artikel 25, finnas nationella sanktioner som ska vara effektiva, proportionella och avskräckande.<sup>53</sup>

Även om EU-rätten är väldigt tydlig i sin syn på diskriminering stadgas också att positiv särbehandling, det vill säga att vidta eller behålla vissa förmåner för ett underrepresenterat kön, är tillåtet eller åtminstone att lagstiftningen inte utgör något hinder för positiv särbehandling.

Ytterligare ett undantag i likabehandlingsdirektivet är att det enligt artikel 14.2 får förekomma undantag från diskrimineringsreglerna då det är fråga om yrken där verksamhetens natur eller sammanhanget där yrket utövas är av sådan art att könstillhörighet är ett verkligt och avgörande yrkeskrav, under förutsättning att kraven är rimliga och dess mål är berättigat. Exempel där EU-domstolen tagit fasta på detta undantag är exempelvis att det i Storbritannien bara är kvinnor som får arbeta som barnmorska<sup>54</sup> vilket domstolen ansåg detta undantag som tillåtet på grund av det känsliga förhållandet mellan barnmorskor och dess patienter. I flera länder finns undantag rörande polisväsendet, vissa militära yrken och inom kyrkan. Dock underkändes ett generellt undantag för polis och fängelsepersonal av EU-domstolen.<sup>55</sup> Inte heller allt för vida eller generella undantag anses vara tillåtna.<sup>56</sup>

När den svenska diskrimineringslagen omarbetades var en aspekt av stor vikt att EU-rättens direktiv om likabehandling och diskriminering skulle implementeras i svensk lag. Praxis från EU-domstolen ska tas hänsyn till vid tolkning av svensk rätt.<sup>57</sup>

### **3.2.1 Måste svensk lag ändras?**

Med bakgrund av en dom i EU-domstolen har det diskuterats huruvida den svenska lagstiftningen måste förändras för att leva upp till europeisk rätt. Målet C-54/07 Firma Feryn handlade om ett belgiskt företag som tillverkade vipp- och takskjutsportar och företaget hade offentligt uttalat att de inte anställde montörer av utländsk härkomst och hänvisade detta beslut till

---

<sup>52</sup> Nyström, 2011, s. 172 ff.

<sup>53</sup> Nyström, 2011, s. 174 f.

<sup>54</sup> Mål 165/82 Kommissionen mot Storbritannien

<sup>55</sup> Mål 318/86 Kommissionen mot Frankrike

<sup>56</sup> Mål 248/83 Kommissionen mot Förbundsrepubliken Västtyskland

<sup>57</sup> Göransson m.fl., 2009, s. 21 ff.

deras kunders motvilja att ge dem tillträde till sina hem. Belgisk arbetsdomstol avslog talan då ingen hade missgynnats. Beslutet överklagades till nästa instans och den instansen frågade EU-domstolen om detta var diskriminering. Här tolkade EU-domstolen direktiv 2000/43/EG<sup>58</sup> med hänvisning till syftet av direktivet, alltså att stärka en socialt integrerad arbetsmarknad och på därför ansågs Firma Feryns uttalande vara diskriminerande även fast ingen enskild individ missgynnats. Man menade att uttalandet i sig kunde avskräcka vissa att söka arbete hos företaget. Med bakgrund av detta går det alltså att se att förbudet mot etnisk diskriminering också innefattar hinder som sätts upp för en integrerad arbetsmarknad och i så fall borde detta också omfatta övriga diskrimineringsgrunder då även dessa har samma grundläggande syfte. Den svenska diskrimineringslagen kan bara tillämpas i sådana fall där någon missgynnats och bara med hjälp EU-domstolens avgörande i Firma Feryn-målet kan inte svenska domstolar utvidga förbudet mot diskriminering. Detta då det också behövs en sanktionsmöjlighet eftersom EU-domstolen menade att varje medlemsstat har en skyldighet att införa sanktioner när något hinder sätts upp för likabehandlingsprincipens tillämpning. Exempel på sanktioner kan vara ett vitesföreläggande eller beslutet att arbetsgivaren diskriminerat publiceras på arbetsgivarens bekostnad. Enligt den svenska diskrimineringslagen finns ingen möjlighet att uppfylla dessa krav fullt ut. Med dessa förutsättningar för handen bör alltså lagen ändras för att uppfylla syftet med EU:s diskrimineringsregler.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> 2000/43/EG

<sup>59</sup> Fransson m.fl., artikel 2010



## 4 Rättsläget

Enligt Arbetsdomstolen ska en arbetssökandes kvalifikationer värderas efter följande tre bedömningsgrunder; utbildning, yrkes- och arbetslivserfarenhet samt personlig lämplighet.<sup>60</sup> De första två kan göras konkreta i fråga om till exempel tidslängd, typ och i viss mån omfattning. Även personlig lämplighet kan preciseras mer tydligt men är i sig själv en mer vag bedömningsgrund än de två tidigare. Här finns alltså ett större utrymme för subjektiv tolkning vilket i sin tur kan leda till arbetstagare eller arbetssökande kan bli, eller åtminstone kan känna sig, missgynnade på ett eller annat sätt.

När det är fråga om tillsättning av en statlig anställning finns regleringar i 12 kap. 5 § regeringsformen som säger att beslut om statliga anställningar ska grundas endast vid sakliga grunder som till exempel förtjänst och skicklighet. Vidare regleras vilka övriga sakliga grunder som ska beaktas i anställningsförordningen<sup>61</sup> där det exempelvis nämns allmänna arbetsmarknads-, jämställdhets- och sysselsättningspolitiska mål. Här gör man dock skillnad på kommunala anställningsbeslut där 10 kap. 8 § kommunallagen är avgörande.

Inom den privata sektorn råder den fria anställningsrätten, alltså att varje arbetsgivare själv väljer vem som ska anställas och detta beslut inte är överklagbart. Alltså kan en anställning aldrig tilldelas någon med stöd av lagen utan den som kränkts tilldöms i stället diskrimineringsersättning.<sup>62</sup> En viss inskränkning i den fria anställningsrätten föreligger genom exempelvis företräde till återanställning enligt LAS eller via kollektivavtal men även här kan arbetsgivaren ställa vissa krav, t.ex. att arbetstagaren ska ha tillräckliga kvalifikationer för den aktuella tjänsten.<sup>63</sup> Arbetsdomstolen har vid ett flertal tillfällen varit tydlig med att arbetsgivare alltid har ett befogat intresse att den som anställs är lämplig för arbetet. Dock får man här ta hänsyn till arbetets typ och så vidare.<sup>64</sup>

### 4.1 Begreppet personlig lämplighet

Inom varje arbete kan det utgå från att någon form av personlig lämplighet krävs för att utföra det aktuella arbetet. Enligt Arbetsdomstolen kan det, inom bedömningsgrunden personlig lämplighet, ingå egenskaper som flexibilitet, serviceanda, bra kundbemötande och förmåga att väl hantera stress.<sup>65</sup> Andra egenskaper som kan ingå är att visa rätt ledarskapsförmåga

---

<sup>60</sup> AD 2005 nr 69

<sup>61</sup> SFS 1994:373

<sup>62</sup> Göransson m.fl., 2009, s. 56

<sup>63</sup> Danhard, artikel 2008, s. 57 f.

<sup>64</sup> T.ex. AD 1981 nr 169 och AD 1989 nr 40

<sup>65</sup> AD 2008 nr 47

och god samarbetsförmåga.<sup>66</sup> Den personliga lämpligheten är, enligt Arbetsdomstolen, av speciellt stor betydelse vid bedömningen av de samlade meriterna när det är fråga om en arbetsledande befattning.<sup>67</sup> I AD 2008 nr 47 togs frågan om huruvida ett krav på att tala god svenska, med andra ord ett språkrav, kan falla under begreppet personlig lämplighet. Här menade kärende, som var av algeriskt ursprung, att det var frågan om diskriminering på grund av etnicitet snarare än ett språkrav som avgjorde vem som togs in på den praktikplats som receptionist vilken det var fråga om. Arbetsdomstolens slutsats rörande eventuell direkt diskriminering i fallet var att eftersom kärendes brister i svenska språket ingick i arbetsgivarens bedömning av den personliga lämpligheten så var det inte fråga om en jämförbar situation då personen som erhöll praktikplatsen uppfyllde språkravet. I andra hand var frågan om det rörde sig om indirekt diskriminering; arbetsgivaren menade att kärendens brytning saknade betydelse utan det var dennes stakande och svårighet att ge klara och tydliga svar som föllde avgörandet. Enligt Arbetsdomstolen var ett sådant krav inte för högt ställt och därmed inte heller indirekt diskriminerande.

Personlig lämplighet kan också ta sig uttryck i att en person uppfattas som överkvalificerad där en arbetsgivare har skäl att anta att en arbetstagare inte kommer utföra sina arbetsuppgifter efter arbetsgivarens önskemål, eller åtminstone att arbetsgivaren får ett sådant intryck av den arbetssökande. Denna form av personlig lämplighet tangerar ofta utbildning och/eller yrkes- och arbetslivserfarenhet då överkvalifikation oftast springer ur just detta. Här finns exempel i AD 2009 nr 16 där arbetsgivaren ansåg att det, i det utannonserade arbetet som originalare, inte fanns utrymme för synpunkter rörande det kreativa arbetet. En av de sökande hade, enligt arbetsgivaren, yrkeserfarenheter där det fanns en risk att sådana synpunkter skulle kunna komma att förekomma. Arbetsgivaren fick medhåll av Arbetsdomstolen som resonerade att det intryck som arbetsgivaren fått under intervju samt den arbetssökandes tidigare erfarenheter kunde vara av nackdel snarare än fördel för arbetsgivaren och därmed förelåg ingen direkt diskriminering. Med bakgrund av bland annat AD 2009 nr 16, där personlig lämplighet kom att vara utslagsgivande med bakgrund av den arbetssökandes överkvalifikation, har det i litteratur<sup>68</sup> påpekats att en talan om direkt diskriminering i sig inte utesluter att det finns utrymme även för att föra en talan om indirekt diskriminering. I detta fall skulle det förhållande som föreligger gällande överkvalificering tillsammans med att invandrade personer ofta tvingas söka arbeten där det finns en diskrepans mellan det sökta arbetet och personens utbildning eller tidigare anställningar kunna anses vara fråga om indirekt diskriminering.

---

<sup>66</sup> AD 2005 nr 69

<sup>67</sup> AD 2006 nr 96, AD 2004 nr 44

<sup>68</sup> Fransson, m.fl., 2010, s. 539 f.

## 4.2 Arbetsgivarens urvalsmetoder

Att definiera personlig lämplighet är svårt eftersom begreppet i sig är av vid karaktär och relativt unikt för varje givet arbete eller yrkesroll. Däremot kan man försöka ge en bild av vad som krävs av arbetsgivare kring inhämtandet av, för den aktuella tjänsten, lämpliga meriter för att på så sätt se huruvida en arbetstagare eller arbetssökande har en personlig lämplighet som överensstämmer med arbetsgivarens önskemål och hur dessa krav kan uppfyllas.

Att den personliga lämpligheten kan vara svår att sätta ord på i vissa fall har Arbetsdomstolen tagit fasta på och menar att grunden till arbetsgivarens bedömning av den personliga lämpligheten i sig inte nödvändigtvis måste kunna beskrivas men däremot måste arbetet fram till detta avgörande genomföras objektivt och bedömningen ska kunna förklaras för och förstås av en utomstående.<sup>69</sup> Några helt subjektiva bedömningar kan alltså ej godtas och detsamma gäller andrahandsuppgifter om den arbetssökande.<sup>70</sup> Arbetsgivaren har inga krav på sig att göra mer omfattande efterforskningar av den arbetssökandes kvalifikationer utan det ligger hos den arbetssökande att presentera de meriter och dylikt som denne finner relevant för det sökta arbetet på ett för arbetsgivaren förståeligt sätt.<sup>71</sup> Bara i ett sådant fall där en arbetssökande gjort vad som kan krävas i fråga om att presentera kvalifikationer kan denne göra en eventuell diskriminering gällande om en arbetsgivare inte bedömer kvalifikationerna korrekt.<sup>72</sup> Arbetsdomstolen menar att en arbetssökandes personliga lämplighet för ett arbete typiskt sett är svår att avgöra genom att bara ta del av en meritförteckning men säger samtidigt att ansökningshandlingar, inklusive eventuella bilagor, kan ge en bild av vissa personliga egenskaper etc. Vidare menar Arbetsdomstolen att det normala sättet att inhämta kunskap om någons personliga lämplighet är genom kontakt med referenser i form av tidigare arbetsgivare och andra med relevant information och kännedom om den arbetssökande.<sup>73</sup> För att bedöma någons personliga lämplighet är det, enligt Arbetsdomstolen, ”utan tvekan relevant” för en arbetsgivare att tillgodogöra sig kunskap rörande den arbetssökande från den sökandes medarbetare och chefer.<sup>74</sup>

Naturligtvis kan också anställningsintervjun ge kunskap om arbetstagarens personliga lämplighet men Arbetsdomstolen har påpekat att en arbetssökande som inte kommit till sin rätt under intervjun kan medföra att bedömningsunderlaget inte blir tillförlitligt, oavsett om det är att hänföra till arbetstagaren själv eller den som genomfört intervjun.<sup>75</sup> Därför kan alltså personliga egenskaper, inklusive eventuell personlig lämplighet, som

---

<sup>69</sup> AD 1987 nr 51, AD 1989 nr 40 och AD 2003 nr 55

<sup>70</sup> AD 1987 nr 67

<sup>71</sup> AD 2006 nr 96

<sup>72</sup> AD 2005 nr 3

<sup>73</sup> AD 2010 nr 91

<sup>74</sup> AD 2004 nr 44

<sup>75</sup> AD 2008 nr 47

presenteras av den arbetssökande, eller vilket intryck den som intervjuar får, under en anställningsintervju betraktas som relevanta under förutsättning att intervjun genomförts korrekt.<sup>76</sup>

Ett konkret exempel på hur ett, enligt Arbetsdomstolen, korrekt inhämtande av kunskap rörande personlig lämplighet går att finna i AD 2009 nr 87 där arbetsgivaren talat med den arbetssökande både i telefon i samband med kallelse till intervju samt även under själva intervjun, dessutom hade referenser i form av tidigare arbetsgivare kontaktats. Däremot kan man i AD 2010 nr 91 se ett exempel på hur en arbetsgivare inte ansetts uppfylla kraven kring korrekt inhämtande av kunskap då den arbetssökande inte blivit kallad till intervju med bakgrund av att anställda hos arbetsgivaren, i detta fall en arbetsförmedling, varit i kontakt med den arbetssökande tidigare och där bildat sig en uppfattning om att den personliga lämplighet som ansågs nödvändig för arbetet som jobbcoach inte uppfylldes. Värt att nämna kan vara att den som faktiskt var ansvarig för själva rekryteringen inte hade varit i kontakt med personen i fråga.

I ett fall där två sökande till samma tjänst anses uppfylla det krav på personlig lämplighet som arbetsgivaren ställer är dessa i en jämförbar situation, avseende den personliga lämpligheten, även om en av dessa anses som mer lämplig än den andra, under förutsättning att informationen är korrekt inhämtad.<sup>77</sup> Däremot krävs inte att arbetsgivarens inhämtande av referenser måste vara exakt likvärdigt på två skilda arbetssökande utan inhämtningen måste bara vara så pass omfattande att en korrekt bild av de sökandes meriter kan ges. Detsamma gäller i fråga om befordran eller ny tjänst inom samma företag.<sup>78</sup>

### **4.3 Arbetsgivarens metoder vid sällning innan intervju**

I en rekryteringsprocess finns ett antal steg som arbetsgivaren genomför. Då diskrimineringslagen omfattar även rekryteringsfasen kan arbetsgivarens beslut, åtgärder, hantering och dylikt under denna fas vara av juridisk betydelse. Det första steget, efter att ett behov av rekrytering uppstått, är att annonsera efter lämpliga sökande. Annonsens utformning avgör också vilka sökande som kan anses vara i en likartad situation vid en eventuell senare tvist då den kravprofil som beskrivs i annonsen är vad som används av Arbetsdomstolen vid en bedömning om huruvida de arbetssökande har tillräckliga meriter för tjänsten i fråga. Efter annonseringsfasen är det normala att arbetsgivaren utför någon form av sällning för att få en mer lätthanterlig mängd sökande under intervjufasen. Det finns naturligtvis otroligt många olika former av rekryteringsprocesser och därmed också många olika former av sällning bland sökande. Exempel på sådan sällning

---

<sup>76</sup> AD 2006 nr 96

<sup>77</sup> AD 2005 nr 69, AD 2004 nr 44

<sup>78</sup> AD 2004 nr 44

kan vara att, om det är ett stort antal sökande som uppfyller kravprofilen enligt annonsen, lägga till ytterligare krav eller skärpa något av de befintliga kraven på ett oförtäckt sätt för att få en mer hanterlig mängd sökande som passar profilen. Det finns exempel på när en arbetsgivare använt sig av en mer oklar typ av sällning och då kan denna hantering vara direkt diskriminerande, något som förtydligas på följande sätt i AD 2002 nr 45: *"Om det kan konstateras i en diskrimineringsvist, att tjänsten har ledigförklarats med angivande av andra bedömningsnormer än dem som arbetsgivaren påstår sig ha tillämpat vid tillsättningen, finns därför anledning att noggrant pröva hållfastheten i den av arbetsgivaren lämnade förklaringen till att han ändrat uppfattning rörande vilka bedömningsnormer som skall gälla och även i övrigt granska arbetsgivarens meritvärdering med särskild uppmärksamhet."* Dock kan det i dylika fall också vara fråga om indirekt diskriminering, ett tydligt exempel finns att läsa i AD 2002 nr 128 där det ställts orimligt höga krav på kunskaper i det svenska språket och därmed förelåg indirekt diskriminering på grund av etnicitet.

Det avgörande i dylika situationer är i första hand om den sökande som ansett diskriminerad befunnit sig i en situation där denne uppfyllt de kvalifikationskrav som ställts och i andra hand om den sökande kan framföra sådana omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering förekommit. Detta tillvägagångssätt, som vid en sådan förenklad beskrivning, påminner i stort om det som gäller vid anställningsbeslut. Dock har Arbetsdomstolen accepterat både mer ologiska förklaringar och schablonartade bedömningar i detta tidigare skede av anställningsprocessen, även om detta i sig inte behöver betyda att det ställs lägre krav arbetsgivarens rutiner i detta skede.<sup>79</sup>

## 4.4 Bevisfrågan

*AD 2005 nr 69 - kyrkoherdefallet*

Tvisten gällde om Svenska kyrkan könsdiskriminerat en kvinnlig sökande, B.S.J., genom att anställa en man, M.P., som kyrkoherde inom en samfällighet.

B.S.J. gjorde, genom sin arbetstagarorganisation, gällande att hon var den klart bäst meriterade för arbetet och att beslutet att inte anställa henne var på grund av hennes kön och därför diskriminerande. Svenska kyrkans inställning till detta var att M.P. hade klart bättre meriter och därför förelåg ingen jämförbar situation eller åtminstone saknades ett samband mellan beslutet att inte anställa B.S.J. och hennes könstillhörighet.

Här hade AD att avgöra om B.S.J. och M.P. befann sig i en likartad situation. I fråga om utbildning ansågs B.S.J. ha minst likvärdiga meriter som M.P. och alltså även tillräckliga för jobbet som kyrkoherde. När det kom till arbetslivserfarenhet menade AD att de båda hade likvärdiga meriter även om en viss skillnad i dessa meriter förelåg.

---

<sup>79</sup> Danhard, artikel 2008, s. 63 ff.

Enligt arbetsgivarparterna var den personliga lämpligheten viktig då en kyrkoherde är den aktuella samfällighetens främste företrädare och chef. I annonsen framgick att det i tjänsten ingick att se gudstjänster, kyrkliga handlingar och själavård som väsentliga. Dessutom eftersöktes en trygg och tydlig ledare samt förmågan att engagera. I kyrkoherdens uppgift ingick även att fortsätta och vidareutveckla den mångsidiga församlingsverksamheten.

Arbetsgivarsidan menade att M.P. hade ett försteg avseende den personliga lämpligheten, bland annat på grund av synen på ledarskap, hur han passade in i det befintliga arbetslaget och arbetsplatskulturen och även hans personlighet i övrigt. Något påstående att B.S.J. skulle vara olämplig för anställningen framförs inte utan bara att M.P. var lämpligare. Enligt arbetstagersidan hade B.S.J. ett försteg gentemot M.P., bland annat med bakgrund av hennes administrativa och arbetsledande förmåga. Dessutom fick B.S.J. uttrycklig rekommendation av domkapitlet<sup>80</sup>.

Utredningen i målet visar att domkapitlet ansåg B.S.J. som mer lämplig än M.P. för uppdraget som kyrkoherde. Bakgrunden till detta var bland annat att B.S.J. tidigare arbetat med personalfrågor och i övrigt framstod som trygg, initiativrik och pedagogiskt erfaren. När det kommer till övrig referensinhämtning för både B.S.J. och M.P. så har det endast lämnats positiva omdömen om de båda. AD menade med detta som bakgrund att de båda var likvärdiga i den personliga lämpligheten för den aktuella tjänsten. Då det ansågs vara visat att de båda var i en jämförbar situation uppstod frågan om arbetstagersidan gjort det antagligt att diskriminering förelåg. Till stöd för detta återopade arbetstagersidan ett telefonsamtal mellan B.S.J. och kyrkonämndens ordförande, en tidningsartikel från en lokal dagstidning med uppgifter från kyrkonämndens ordförande samt minnesanteckningar från ett personalmöte. Vid telefonsamtalet medgav, enligt B.S.J., kyrkonämndens ordförande att man ville ha en man som kyrkoherde. Detta påstående tillbakavisade kyrkonämndens ordförande och menade att det som sagts till B.S.J. var att hon varit inom den aktuella kyrkliga samfälligheten väldigt kort tid samt att M.P. var betraktad som Uppsala stifts bästa konfirmationspräst. Då ord stod mot ord menade AD att det inte kunde anses styrkt att kyrkonämndens ordförande uttalat sig på det sätt som arbetstagersidan påstår.

I tidningsartikeln, där kyrkonämndens ordförande intervjuats, står att läsa att både ordföranden samt flera andra ledamöter i kyrkonämnden ville ha en manlig kyrkoherde. Detta uttalande är något som kyrkonämndens ordförande förnekar i förhöret i AD och menar att det som sagts i intervjun var att det passade bättre med en man med bakgrund av att det fanns fler kvinnor än män i gruppen av anställda med vigningstjänst. Reportern som skrev artikeln hördes också i fallet och uppgav att han mindes intervjun och att citat byggde på antingen anteckningar som gjordes under intervjun eller på en inspelning av intervjun. Dessa fanns inte att tillgå och reportern menade att felciteringar aldrig helt kan uteslutas. Med detta som bakgrund ansåg AD att något stöd för att kyrkonämndens ordförande uttalat sig som artikeln återger inte gick att finna.

---

<sup>80</sup> Domkapitlet sköter verksamheten och förvaltningen inom ett stift (ett kyrkligt förvaltningsområde).

Vad gäller de minnesanteckningar från ett personalmöte där det bland annat står antecknat att de flesta närvarande helst såg en manlig kyrkoherde så menar AD att, även om anteckningarna varken är underskrivna eller justerade, så finns ingen anledning att betvivla att anteckningarna återger den uppfattning som den som antecknade fick under personalmötet, alltså att de närvarande föredrog en man som kyrkoherde. Därmed, menade AD, att arbetstagersidan gjort antagligt att beslutet att inte anställa B.S.J. kunde ha samband med hennes kön.

I och med detta låg det på arbetsgivarsidan att visa att beslutet att inte anställa B.S.J. hade samband med hennes kön. AD hade inga invändningar på hur rekryteringsförfarandet genomförts, i form av intervjuer och inhämtandet av referenser. Efter vad som framgår från förhören i AD fick de närvarande ett sämre intryck av B.S.J. än av M.P. under den sista intervjuomgången. Enligt arbetsgivarparten har detta intryck legat till grund för att M.P. ansågs bättre lämpad för tjänsten när det kom till den personliga lämpligheten och AD menade att något annat än att det var intervjuresultatet som låg till grund för beslutet inte visats i målet. AD underströk här att i ett fall där anställningsintervjun legat till grund för ett anställningsbeslut så är det av stor vikt att intervjuerna genomförts på ett korrekt sätt.

B.S.J. beskrev att den sista intervjun genomfördes i spänd och negativ stämning redan från start. Detta får ett visst stöd av åtminstone en av de som närvarade vid intervjun från arbetsgivarsidan. Även om det är så att B.S.J. faktiskt upplevt att hon inte fått möjlighet att ge en rättvis bild av sig själv under ett par av intervjutillfällena finns inget som talar för att arbetsgivaren medvetet försatt henne i en sådan situation. Enligt förhören med de som närvarat vid intervjuerna från arbetsgivarsidan visade M.P. bland annat en ledarstil som föredrogs, att han var påläst och intresserad av församlingsstrukturen. Dessutom uppfattades han, till viss del beroende på de referenser som inhämtats, som initiativrik och i övrigt passande i fråga om den personliga lämpligheten. AD ansåg att de skäl som angavs framstod som sakliga och motiverade i förhållande till den aktuella tjänsten. Det kunde inte anses vara någon form av efterhandskonstruktion. Med detta som bakgrund menade AD att det saknades samband med könstillhörighet och därför var det inte fråga om diskriminering på grund av kön.

#### *AD 2006 nr 126<sup>81</sup> - polisfallet*

I detta fall handlade det om en rekrytering inom polismyndigheten. Det annonserades efter tre polisinspektörer med funktion som yttre befäl och i annonsen angavs att stor vikt skulle läggas vid personlig lämplighet, t.ex. ledaregenskaper och förmåga att fatta beslut under stress och tidspress. Tjänsten som sådan krävde också att man hade erfarenhet av arbetet som polis varför det får anses vara en fråga om en typ av befordran inom

---

<sup>81</sup> AD 2006 nr 126 behandlar, i sin helhet, fler frågor än vad som presenteras i denna sammanställning, bland annat frågan om kollektivavtalsbrott, men i ljuset av uppsatsens frågeställning presenteras bara sådana delar som kan uppfattas centrala i fråga om personlig lämplighet.

myndigheten. E sökte en av tjänsterna men tjänsterna tilldelades i stället tre män varpå E genom Svenska Polisförbundet väckte talan om könsdiskriminering mot Staten (i detta fall representerat av Arbetsgivarverket). Polisförbundet menade att K, en av de som fått tjänsten, var underlägsen i E i fråga om kvalifikationerna för tjänsten. AD gjorde bedömningen, även fast E arbetat som polis nästan tre gånger så länge som K, att de båda var likvärdiga i fråga om sådan erfarenhet som krävdes för tjänsten i fråga.

E hade lämnat ett antal referenser, bland annat till en person inom Friluftsförbundet som skulle kunna ge en positiv bild av hennes ledaregenskaper. Polismyndigheten valde att inte kontakta dessa personer utan hämtade referenser från personer inom polismyndigheten, dels de som E lämnat som referens inom myndigheten, dels ytterligare två. AD menade att detta inte kunde anses som en felaktig hantering då det naturliga var att inhämta kunskap om en arbetssökande inom den egna organisationen då dessa personer fått sin kunskap om E i hennes yrkesutövande. Samtliga fem referenser menade att E var bland annat var arbetsam, engagerad och lojal men samtidigt menade alla fem att hon hade brister i fråga om beslutsförmåga och ledaregenskaper. Däremot hade de referenser som kontaktades för K:s räkning presenterat honom som väldigt lämplig för den aktuella tjänsten i fråga om den personliga lämpligheten. Detta sammantaget betydde att E inte var i en jämförbar situation och alltså kunde det inte vara fråga om könsdiskriminering.

#### *AD 2008 nr 47 – Receptionist/språkkrav-fallet*

Rättsfallets bakgrund är att ett företag i februari 2007 sökte en vikarie för en receptionist som skulle vara föräldraledig. Tanken var att vikariatet skulle inledas med en praktik om två veckor för att övergå till vikariat under förutsättning praktiken fungerade bra. Företaget vände sig till ett rekryteringsföretag med en kravspecifikation, därefter presenterades två personer som kallades på intervju till företaget. Intervjun pågick i ungefär fyrtio minuter och innehöll frågor på både svenska och engelska. Efter att den formella intervjun var klar visades den intervjuade runt i företagets lokaler och pratade med åtminstone en annan person förutom den som utförde intervjun. Några dagar efter intervjun fick S reda på att hon inte skulle få praktikplatsen på grund av att hon talade för dålig svenska. S hade bott i Sverige över 20 år, dessförinnan hade hon bott i Algeriet och var vid tillfället 45 år. S anmälde händelsen till DO och menade att hon hade diskriminerats på grund av sin etnicitet.

I första hand menade DO att S utsatts för direkt diskriminering då hon nekats praktikplatsen på grund av att hon talade dålig svenska, trots att hon hade minst lika bra meriter som den sökande som fick praktikplatsen. I andra hand gjorde DO gällande att S blivit indirekt diskriminerad då företaget vid tillsättningen av praktikplatsen ställt ett språkkrav som inte kan anses befogat och som framstått som neutralt fast i praktiken missgynnar S då hon inte är av svenskt ursprung. Arbetsgivarsidan, däremot, menade att S inte befann sig i en jämförbar situation som den som fick praktikplatsen och



därför kan inte direkt diskriminering ha förekommit. Vidare menade man att det inte heller var fråga om indirekt diskriminering då företaget inte satt upp något språkkrav, eller åtminstone så var språkkravet inte för högt ställt.

Parterna var överens om att S och den som fick praktikplatsen hade likvärdiga kvalifikationer då det kom till utbildning och arbetslivserfarenhet. Frågan var då om S var i en jämförbar situation i övrigt. Arbetsgivarsidan menade här att anledningen till varför S inte erbjöds platsen var på grund brister i hennes personliga lämplighet för arbetet i fråga, där en del av denna bedömning var hennes förmåga att kommunicera på svenska och engelska samt att personen som fick platsen också i övrigt ansågs mer personligt lämplig när det kom till exempelvis kundbemötande och serviceanda. DO menade att detta var en efterhandskonstruktion och att det endast var bristerna i det svenska språket, och inte övrig personlig lämplighet, som kom att avgöra att S inte erbjöds platsen. Arbetsgivarsidan invände här och menade att dylik personlig lämplighet, t.ex. ett gott kundbemötande, är att se som en självklar egenskap hos den som ska arbeta som receptionist. AD höll med arbetsgivarsidan i frågan att personlig lämplighet inte nödvändigtvis måste specificeras exakt i annonsen och att vissa egenskaper får anses nödvändiga för vissa arbeten.

Även om det ej gick att bevisa exakt vad som angavs för anledning i samband med att S meddelades att hon inte tilldelats praktikplatsen så menar AD att det efter utredningen och förhör med de inblandade vara så att hon inte erbjöds platsen på grund av brister i den personliga lämpligheten där brister i språket var en del. Vidare menade DO att de egenskaper som arbetsgivaren senare hänvisat till, såsom kundbemötande, inte går att avgöra i en intervjusituation. AD säger här att det är ostridigt att några referenser inte inhämtats men att personkemi och känslan under en intervju väl kan ligga till grund för en bedömning av den personliga lämpligheten.

Arbetsgivarsidan menar att S stakade sig och gav inte raka svar på de frågor som ställdes. När intervjun utfördes på engelska hade S svårt att svara på de frågor som ställdes. Med bland annat detta som bakgrund blev den som höll i intervjun osäker på om S skulle klara av det stressiga arbetet i en reception. Dagen därpå intervjuades den andra sökanden som gav ett lugnt intryck som passade bra för arbetet. Efter intervjun samtalade S med en annan av de anställda i företaget som beskrev att samtalet gick ”lite så där” och att S gav ett osäkert intryck och att det ibland var svårt att förstå vad hon sa. S menade däremot att intervjun gick bra och arbetsuppgifterna var av sådan art att hon kände igen dem och ansåg sig kapabel att utföra dessa. Hon ansåg inte att den engelska delen av intervjun gått dåligt och alla frågor som ställdes besvarades. Vidare menade S att hon inte stakat sig under intervjun av anledningen att hon inte har några problem med det svenska språket. AD kom i denna del fram till att arbetsgivarsidan under intervjun gjort bedömningen att S, till skillnad från den andra sökanden, inte hade de personliga egenskaper som eftersöktes, däribland god kommunikationsförmåga. Att S upplevt att intervjun gått bra förändrar inte detta faktum. Därmed kan man se att S inte var i en jämförbar situation med den som fick platsen och därför kan inte direkt diskriminering ha förekommit.

Frågan om indirekt diskriminering, att S skulle ha blivit diskriminerad på grund av att företaget ställde sådana krav att alla som inte hade svenska som modersmål missgynnades, behandlades på följande sätt: DO menade att det inte var nödvändigt att tala perfekt svenska för att kunna utföra det aktuella arbetet samt att S talade tillräckligt bra svenska för arbetet.

Arbetsgivarparten menade i sin tur att det språkrav som ställts var att personen i fråga skulle kunna tala svenska och engelska på ett förståeligt sätt utan att staka sig. AD menade därmed att parterna var överens om att arbetet krävde goda kunskaper i det svenska språket men frågan var om det ställts för högt i förhållande till arbetsuppgifterna. Här pekar AD på att något språkrav i samband med, eller inför, rekryteringen inte ställts av företaget. DO ställde ett antal frågor till företaget, bland annat rörande språkravet och där svarade man att det var väsentligt för arbetet att "tala och skriva svenska flytande", "felfritt kunna kommunicera med interna och externa kontakter" samt att ha "felfria kunskaper i svenska". AD gjorde med denna bakgrund bedömningen att fanns anledning att anta att bolaget ställt ett alltför högt språkrav och att det därmed låg på arbetsgiversidan att visa att diskriminering inte förekommit. Med hänvisning till intervjun och förhör med den som utförde intervjun har man bara hänvisat till att S stakat sig och att det var svårt att få klara och tydliga svara från henne och inte till hennes brytning som alltså får anses vara utan betydelse. Här menar AD att företaget inte, i praktiken, ställt för höga språkliga krav utan sådana som ses som sakligt motiverade för ett arbete som i det aktuella fallet. Alltså har inte någon indirekt diskriminering förekommit.

#### *AD 2005 nr 98 – arkitekt/språkrav-fallet*

En kommun sökte en bygglovsarkitekt. M.D. ansökte om denna tjänst. M.D. föddes i Kosovo och hade vid denna tid bott i Sverige ungefär 11 år. Kommunen kallade M.D. till intervju men han anställdes inte på grund av att han inte uppfyllde de språkrav som kommunen ställde. DO, som företrädde M.D., menade att detta antingen var direkt diskriminering då M.D. var i en likartad situation och anledningen till att han inte anställdes hade samband med hans etniska tillhörighet. DO vitsordade visserligen att det i arbetet som bygglovsarkitekt krävdes en god förmåga att uttrycka sig i tal och skrift men menade att M.D. uppfyllde detta krav. Kommunen menade att språkravet inte innebar ett krav på perfekt och brytningsfri svenska utan snarare att en bygglovsarkitekt måste kunna uttrycka sig på svenska på ett förståeligt och klart sätt så att inga missförstånd uppstår. Vidare sa kommunen sig till och med kunna acceptera stavfel och andra språkliga felaktigheter under förutsättning att de inte förekom i någon större omfattning. Kommunen menade att M.D. inte uppfyllde ens dessa krav och därför befann sig M.D. inte i en likartad situation. Dessutom förklarade kommunen att om en annan sökande, oavsett etnicitet, hade haft samma svårigheter att uttrycka sig som M.D. hade inte heller denne fått anställningen.

AD konstaterade här att kommunen inte enbart på de ansökningar som M.D. skickade in ansåg det möjligt att avgöra att han inte uppfyllde kommunens

språkrav, även fast ansökningshandlingarna innehöll ett antal språkfel. Enligt kommunen var det istället först vid anställningsintervjun som det framkom att M.D. inte uppfyllde språkravet. Enligt de som deltog vid intervjutillfället så visade sig detta genom sättet M.D. svarade på frågor och hur han deltog i samtalet. Enligt M.D. förekom dock inga språkproblem alls under intervjun. AD menade dock att det inte fanns någon anledning att ifrågasätta det intryck som kommunens representanter under intervjun. DO hade dock ytterligare stöd för sitt påstående att M.D. uppfyllde språkravet. Bland annat betyg från Komvux och ett arbetsprov från M.D:s nuvarande anställning som bygglovsarkitekt i en annan kommun. Med bland annat detta som bakgrund ansåg AD att M.D. åtminstone vid tidpunkten för avgörandet i AD hade en god förmåga att uttrycka sig i tal och skrift. Frågan som skulle avgöras var dock om M.D. vid anställningsförfarandet, som utspelade sig tre år tidigare, hade tillräckligt god förmåga att uttrycka sig i tal och skrift. Bevis som rörde förhållande efter tiden för anställningsprocessen kunde därför enligt AD inte tillmätas något nämnvärt värde. Det avgörande var alltså vilka språkkunskaper M.D. visade vid intervjutillfället snarare än vilka kunskaper han rent faktiskt haft. Så länge intervjun och rekryteringsförfarandet i övrigt utförts korrekt utan några förutfattade meningar, vilket AD ansåg vara fallet, så fanns ingen anledning att ifrågasätta bedömningen som gjordes av de personer som utförde intervjun. Alltså menade AD att DO inte visat att M.D. nådde upp till de språkrav som kommunen ställde och med andra ord har ingen direkt diskriminering förekommit. DO menade vidare att kommunen ställt ett för högt språkrav och detta i praktiken missgynnade alla som inte hade svenska som modersmål och därmed var det fråga om indirekt diskriminering. Kommunen menade dock att det språkrav som ställdes var sakligt motiverat, lämpligt och nödvändigt. I övrigt anförde kommunen i stort samma förklaring som i fråga om den direkta diskrimineringen, alltså att en bygglovsarkitekt måste kunna uttrycka sig på ett sådant sätt att missförstånd inte uppstår även fast vissa språkliga felaktigheter kunde accepteras så till vida det inte var i någon större omfattning. Parterna var överens om att språkrav kunde motiveras för den aktuella tjänsten även om DO menade att kommunen ställt ett allt för högt krav. AD gick här på kommunens linje och menade kommunens krav var sakligt motiverade och därmed var det inte fråga om indirekt diskriminering.

#### *AD 2009 nr 16 – ICA-fallet*

Målet behandlar A som söker arbete hos bemanningsföretaget Adecco för inhyrning till en avdelning inom ICA som producerar reklammaterial endast för ICA. Totalt utlystes tre tjänster som tillsattes med andra sökande, samtliga av svenskt ursprung. A anmäler ICA och Adecco till DO<sup>82</sup> som för A:s talan i tvist om i första hand ICA, i andra hand Adecco, har gjort sig skyldig till etnisk diskriminering.

---

<sup>82</sup> Benämningen vid anmälan var Ombudsmannen mot etnisk diskriminering

DO gav följande bakgrund i målet: A kommer ursprungligen från Bosnien och har sexton års erfarenhet av arbete inom den grafiska branschen, bland annat som originalare, grafisk formgivare, grafisk designer och annonsproducent. Dessa arbeten är skilda åt och kräver olika kunskap men inget hindrar att en och samma person utför flera av dessa uppgifter, ett upplägg som inte är ovanligt, speciellt i mindre företag. Av A:s CV går att utläsa att han har utbildat sig i Bosnien under åren 1984-1988, Kroatien 1988-1990 samt i Stockholm 1998-2000. Samtliga utbildningar teknisk och grafisk karaktär. Utöver detta har A kunskap i ett stort antal, för yrket, relevanta datorprogram. När det kommer till arbetslivserfarenhet har A följande meriter: arbetat som formgivare i Bosnien under början av 1990-talet, ett antal år som originalare hos två olika arbetsgivare, ett stort antal frilansuppdrag under en tioårsperiod och dessutom två kortare anställningar. Under de senaste åren uppskattar A att han arbetat ungefär halvtid med grafiskt arbete.

A sökte redan våren 2006 arbete hos Adecco för uthyrning till ICA men i det fallet blev aldrig någon uthyrning aktuell på grund av att A fick en annan anställning. Under hösten 2006 uppstod återigen ett behov av uthyrning till ICA och i samband med detta anställningsbehov annonserades efter tre originalare för produktion av original för bland annat annonser och skyltar. Det önskades en grafisk, eller motsvarande, utbildning och arbetslivserfarenhet inom arbeten med liknande arbetsuppgifter. Vidare beskrev önskvärda egenskaper som driven, ansvarskännande och noggrann samt att man skulle lägga stor vikt vid personlig lämplighet. A sökte på nytt arbete och blev kallad till intervju av Adecco under vilken bland annat arbetet beskrevs och diskuterades och dessutom visade A ett antal arbetsprover. Adecco presenterade sedan A, tillsammans med ett antal andra, som möjlig kandidat till anställning för ICA. DO menar att Adecco hade goda kunskaper i vilken kravprofil ICA hade för arbetet i fråga och därför bör A:s kvalifikationer väl uppfylla de kvalifikationer ICA ansåg som önskvärda. Adecco presenterade även andra möjliga kandidater till arbetet där även dessa hade lång erfarenhet inom yrket. I mitten av november 2006 fick A, genom Adecco, reda på att de tre tjänsterna tillsatts. De tre som hyrts in hade skilda erfarenheter och utbildning, A.C. hade ingen relevant utbildning däremot över 20 års arbetslivserfarenhet med liknande arbetsuppgifter, P.A. var nyutexaminerad från en relevant utbildning och hade haft ett antal praktikplatser och arbetat med mindre projekt och slutligen P.L. som hade en tvåårig relevant utbildning från 2005 och hade därefter praktiserat som originalare under en kortare period och hade dessutom viss erfarenhet som tryckare och grafiker. DO gjorde gällande att både P.A. och P.L. hade sämre kvalifikationer än A både vad gäller arbetslivserfarenhet och utbildning. Gällande A.C. ansåg DO att A hade bättre meriter i fråga om utbildning och erfarenhet. Dessutom menade DO när det kom till den personliga lämpligheten så var A minst lika kvalificerad som de tre som anställdes. Sammanfattningsvis innebar detta, enligt DO, att A överträffade de övrigas kvalifikationer.

DO menade vidare att färre personer inom ICAs reklamavdelning hade namn som antydde att de hade en annan etnisk bakgrund än nordeuropeisk

än vad som var normalt på ett liknande företag. Ungefär 5-10% av de anställda hade ett sådant för- eller efternamn och ingen av dessa hade en arbetsledande funktion. Sammanfattningsvis gjorde DO gällande; i första hand att ICA diskriminerat A, genom att inte anställa honom, på grund av etnisk tillhörighet; i andra hand att ICA gett Adecco instruktion att inte anställa A på grund av hans etniska tillhörighet och därmed diskriminerat A; i tredje hand att Adecco valt att inte anställa A trots att han var bäst lämpad för jobbet och detta beslut hade samband med hans etniska tillhörighet och därmed diskriminerat A.

ICA beskrev arbetet inom den avdelning där de aktuella tjänsterna utlystes som ett arbete där man arbetar efter hårt styrda mallar och det inte lämnades något utrymme för egna, kreativa lösningar. Dessutom är en bra gruppdynamik viktig då arbetet utförs under ganska snäva tidsramar. I annonsen framgick att ICA la stor vikt vid den personliga lämpligheten då ICA genom tidigare erfarenhet sett att det var viktigt att den eller de som anställdes skulle passa in väl i den befintliga gruppen och även att arbetets karaktär krävde detta. A kallades till intervju men utifrån hans CV konstaterade ICAs teamledare att A gått vidare i sin karriär och tagit ett steg eller två uppåt från originalare. Anledningen till att A ändå kallades på intervju var att man på ICA visste av erfarenhet att en del personer väljer att framställa sig mer fördelaktigt i ett CV, dessutom är branschen sådan att det inte är ”vattentäta skott” mellan de olika yrkeskategorierna. Under intervjun kom man sedan fram till att A:s CV stämde och snarare var en formgivare eller art director än originalare, bland annat med bakgrund av vad A visade upp i form av arbetsprover och hur han presenterade sig själv. ICA menade också att A inte blivit inhyrd till någon av de utlysta tjänsterna om han så varit den enda sökanden. När det kom till yrkes- och arbetslivsmässiga kvalifikationer så var A likvärdig med de som hyrdes in men ICA menade att någon jämförbar situation inte förelåg då A inte hade önskad personlig lämplighet. ICA menade att det i sådana här fall, där jobbet var av relativt enkel karaktär, så spelade de personliga egenskaperna störst roll. P.A. och P.L. kom både, mer eller mindre, direkt från utbildning som originalare men båda gjorde sådant intryck under intervjun att de verkade passa bra in i den befintliga gruppen och vara intresserade av de aktuella arbetsuppgifterna. Den tredje som anställdes, A.C., hade en lång arbetslivserfarenhet men visade under intervjun, till skillnad från A, att hon framstod som mycket samarbetsvillig och intresserad för det aktuella arbetet, dessutom hade hon i sitt CV inte något som visade att hon gått vidare från arbetet som originalare. ICA bemötte DO:s talan med att de hyrt in arbetskraft och diskrimineringsförbudet i 1999 års diskrimineringslag enbart gäller mot arbetsgivare, alltså saknas lagstöd för DO:s talan. ICA menade vidare att de inte heller instruerat Adecco att göra något utan endast meddelat att de inte var intresserade av att hyra in A. Dessutom menade ICA att A inte befunnit sig i en jämförbar situation och att det dessutom saknas orsakssamband mellan det påstådda missgynnandet och A:s etnicitet.

Adecco menade att något samband mellan att A ej fått tjänsten och hans etniska tillhörighet. Adecco presenterade A som en av tolv kandidater till

ICA av totalt sextio sökande. A hade redan tidigare varit hos Adecco på intervju och enligt Adecco så uppfyllde A de formella kraven i enlighet med kravprofilen. Någon bedömning av den personliga lämpligheten gjorde inte Adecco utan detta överläts till ICA. De referenser som inhämtades var av blandad art, allt från att A var duktig med en god känsla för form till att han höll sig på sin egen kant, inte var speciellt social och inte tog hjälp av sina kollegor. ICA angav till Adecco att A varken skulle passa in i deras produktionsmiljö eller i deras teammiljö på grund av att A tycktes vara en individualist och skulle vara svår att leda. Detta beslut ansåg inte Adecco vara speciellt oväntat då de personer som ICA valde att hyra in varit mer tillmötesgående under intervjun och gett intrycket av att vara mer formbara än vad A visat. Dessutom menade Adecco att A:s löneanspråk låg betydligt högre än vad de normalt erbjuder originalare. Någon diskussion kring etniskt ursprung hade inte förekommit mellan ICA och Adecco rörande någon av kandidaterna. Sammanfattningsvis menade Adecco att beslutet att inte anställa A kom från ICA och inte från Adecco och det finns inget orsakssamband mellan A:s etniska härkomst och beslutet att inte anställa honom.

AD avgjorde målet enligt 1999 års lag.<sup>83</sup> Rörande utbildning menade AD att A, P.L. och P.A. ansågs likvärdiga. Vad gällde A.C., som inte hade någon relevant utbildning, menade AD att även om A hade ett försteg vad gällde utbildning så var kravet för grafisk utbildning inte absolut och inget i målet talade för att A.C. inte hade tillräckliga kunskaper för att utföra arbetet. När det gällde arbetslivserfarenhet ansåg AD att de tre som anställdes, såväl som A, haft tillräckliga erfarenheter för att utföra arbetet i fråga. Vidare menade man att A haft ett försprång vad gäller arbetslivserfarenhet, åtminstone i förhållande till P.A. och P.L. Däremot menade man att A.C. och A var att se som likvärdiga i detta.

Gällande den personliga lämpligheten diskuterade AD enligt följande: ICA menade att den personliga lämpligheten var av stor vikt då de som hyrdes in skulle arbeta i ett team och det var viktigt att arbetet i teamet fungerade bra. Något utrymme för synpunkter på det kreativa arbetet fanns inte och man ansåg att en risk för detta förelåg och hänvisade till A:s tidigare arbetslivserfarenhet. Till stöd för detta påstående åberopades förhör med de personer från ICA som intervjuat A samt att ICA, enligt annonsen, lade stor vikt vid den personliga lämpligheten. AD menade också, trots att DO motsade sig detta, att referenserna inhämtats korrekt och att någon skillnad mellan hanteringen av A i detta skede inte fanns jämfört med övriga sökande. Det avgörande, enligt AD, var snarare hur A framställde sig själv genom CV och under intervjun oberoende av att A under intervjun sagt att han inte hade något problem med att arbeta i en sådan roll som ICA beskrev. Här menade man att ICA hade fog för sin bedömning att A:s erfarenheter i det här fallet skulle kunna vara till nackdel, snarare än fördel, för ICA. Med andra ord ansåg AD det visat att de som anställdes hade ett försteg gentemot A när det kom till den personliga lämpligheten. Alltså befann sig inte A i en

---

<sup>83</sup> AD:s behandling av den personliga lämpligheten och övriga kvalifikationer påverkas inte av detta.

jämförbar situation och därför kan det inte vara fråga om någon diskriminering.

*AD 2009 nr 87 – Placeringsassistentfallet*

M, som är född i Sverige 1977 av föräldrar från Makedonien som kom till Sverige 1975, sökte i april 2008 en tillsvidareanställning om 75 procent av heltid som placeringsassistent till förvaltningen Barn och Familj inom Eslövs kommun.

Enligt annonsen krävdes för tjänsten gymnasieutbildning och det ansågs meriterande med erfarenhet från förskoleadministration. Av den ansökan M skickade in framgick att hon hade gymnasieutbildning med ekonomiinriktning samt vikarierat på en motsvarande tjänst i sex månader samt haft andra vikariat inom kommunen, bland annat som skolassistent och löneassistent. DO företrädde M i fallet som gällde huruvida M blivit utsatt för etnisk diskriminering dels genom att hon inte fick anställningen, dels genom påstådda trakasserier vid anställningsintervjun.

DO beskrev händelseförloppet enligt följande; en tid efter att M skickat in ansökningshandlingarna tog hon kontakt med K, en av kontaktpersonerna för arbetet enligt annonsen, via telefon. Genom telefonsamtalet med K fick M reda på att alla anställningsintervjuer redan hållits och på frågan om varför M inte kallats till intervju då hon vikarierat på motsvarande tjänst tidigare svarade K till en början avvikande och därefter uppgavs att M inte var en bra lyssnare. När detta påstående ifrågasattes av M uppgav K att kommunen inte ville tillsätta tjänsten med någon utifrån. Efter detta telefonsamtal kontaktade M SKTF-direkt, en facklig rådgivning. Några dagar senare kontaktades M av kommunen och kallades till anställningsintervju den 22 maj 2008. Intervjun hölls av förskolechefen S och M uppfattade intervjun annorlunda jämfört med tidigare intervjuer hon varit på. Det ställdes inga frågor om hennes erfarenhet från tidigare vikariat, inte heller några om hennes senaste anställning eller andra frågor som M ansåg vara av betydelse för tjänsten. Istället ställdes frågor om betydelse av diverse ord, på ett nedlåtande sätt, för att kontrollera M:s kunskaper i det svenska språket. M lämnade två referenser i samband med intervjun, en från kommunen som varit hennes närmaste chef under vikariatet som placeringsassistent samt en person från Arjo, vilket var företaget där M haft sin senaste anställning. Ingen av dessa kontaktades av kommunen i samband med rekryteringen. Efter intervjun hade M återigen kontakt med SKTF-direkt och berättade om att hon dels varit på intervju, dels att hon uppfattade frågorna som irrelevanta. Kommunen gjorde, till DO, gällande att M inte uppfyllde de kraven på personlig lämplighet som krävdes för tjänsten och hänvisade som stöd för denna bedömning kommunens tidigare erfarenheter av M. Eftersom M haft ett flertal vikariat hos kommunen ansågs detta som en allt för oprecis beskrivning enligt DO och därför krävde DO en tydligare specifikation. I en tredje skrift till AD preciserade sig kommunen och angav att det var uppgifter från två personer: E och P. E var samordnare av skolassistenter och det var på hans förslag som M börjat arbeta som assistent på en skola i kommunen. E ersattes senare av P. Dock upplevde

aldrig M att någon av dessa var hennes chef och de hade aldrig haft någon direkt kontakt med henne, dessutom hade de inte sin arbetsplats på samma ställe som M.

DO menade att M dels etniskt trakasserats i samband med intervjun, dels genom tillsättningsbeslutet då företrädare för kommunen haft en negativ inställning till M redan från början och detta har legat till grund för att inte anställa henne. Kommunen menade att M, likväl som personen som fick tjänsten, uppfyllde de krav på utbildning och arbetslivserfarenhet som krävdes. DO menade dock att M hade bättre förutsättningar för tjänsten i fråga om en utbildning som var bättre lämpad samt att hon hade erfarenhet av arbete inom kommunen. Den avgörande faktorn till varför M inte anställdes var dock, enligt kommunen, bristande personlig lämplighet och här menade DO att kommunens rekryteringsförfarande inte varit tillräckligt omfattande för att korrekt kunna avgöra M:s personliga lämplighet, bland annat på grund av de inte kontaktat de referenser M lämnat och att intervjun utfördes på ett sådant sätt att några relevanta uppgifter ej kommit fram. Att kommunen istället inhämtat referenser från K och P kan, enligt DO, ej anses tillräckligt då M haft ytterst lite kontakt med dem och därför har kommunen inte följt sina egna riktlinjer i fråga om referenstagning.

Kommunen anförde bland annat följande: anledningen till att M inte erbjöds anställningen var att hon inte ansågs uppfylla kravet på personlig lämplighet. Denna bedömning baserade kommunen på M:s ansökan och CV, hur hon agerat vid intervju och telefonkontakter samt på kommunens tidigare erfarenheter av M med bakgrund i hennes fem tidigare anställningar hos kommunen. Gällande övriga kvalifikationer, såsom arbetslivserfarenhet och utbildning, ansågs M vara likvärdig med personen som fick anställningen.

Bakgrunden till varför kommunen uppfattade att M brast i den personliga lämpligheten berodde bland annat på hur M framställde sig själv under intervjun och att den allmänna uppfattningen inom kommunen, med bakgrund av tidigare anställningar, var att M var mindre trevlig och att kollegor kände sig överkörda av henne. Efter intervjun kontaktade förskolechefen S bland annat P för att stämma av sina intryck av M och P berättade då att de uppgifter som förmedlats från M:s tidigare kollegor och övrig personal var att M hade svårt att arbeta i grupp och hade ett stort behov av att fokusera på sig själv. Den aktuella tjänsten krävde en hög grad servicekänsla och god kommunikativ förmåga, något som M alltså inte ansågs leva upp till. Angående inhämtandet av referenser menade kommunen att de visst uppfyllt de riktlinjer de hade att följa och att referenser bara kontaktades i de fall där sökande anses uppfylla kraven för den aktuella tjänsten för att kontrollera att en korrekt bedömning har gjorts. Därmed, menade kommunen, att någon diskriminering av M inte skett i samband med tillsättningen av tjänsten som placeringsassistent. Rörande frågan om de påstådda etniska trakasserier i samband med intervjun menar kommunen att S intervjuat M på samma sätt som övriga sökande. Sammanfattningsvis menar kommunen alltså att någon diskriminering ej kan ha förekommit då M inte var i en jämförbar situation med den som anställdes på grund av brister i den personliga lämpligheten. Vidare menar



kommunen att de inte trakasserat M vid intervjutillfället utan hon har behandlats på samma sätt som alla andra sökande.

AD tog ställning i målet på följande sätt rörande frågan om trakasserier vid intervjun: då det bara var M och S närvarande vid intervjun är det bara de som kan berätta vad som sagts. De är eniga om bland annat att S ställde frågor om formuleringar i M:s ansökan. AD menar att DO inte kunnat visa sådana omständigheter som ger anledning att anta att M blivit diskriminerad under intervjun.

Rörande frågan om etnisk diskriminering gjorde AD följande ställningstagande: både då det gäller utbildning och arbetslivserfarenhet är M och personen som anställdes likvärdiga. Detta var, åtminstone i stort, också parterna i målet eniga om. Dock menade kommunen att någon jämförbar situation inte förelåg då M, enligt kommunen, inte uppfyllde kravet på personlig lämplighet. Bakgrunden till detta var bland annat K:s uppfattning av M i samband med upprepade telefonkontakter på M:s initiativ, även S hade telefonkontakt med M där M, enligt S, inte uppfattats som lyhörd alls utan bara pratat om sig själv. Dessutom hade S, efter kontakt med E och P, avrått anställa M med bakgrund av hennes tidigare anställningar inom kommunen. Dessutom menade P att M fungerat under tidigare vikariat som placeringsassistent, om än inte fullt ut kompetensmässigt, bland annat hade M inte alltid följt regelverket. Personen som anställdes hade däremot goda referenser från bland annat P.

AD menade med detta som bakgrund att M:s personliga lämplighet inte är lika bra som personen som anställdes.

Att kommunen, som DO menade, inte tagit beslut i anställningsfrågan fattat på tillräckligt och relevant underlag motsäger sig AD som menar att utredningen inte ger något stöd för att de frångått sina vanliga rutiner i fråga om tillsättningen av den aktuella tjänsten. Dessutom har DO kritiserat kommunen gällande att de referenser M lämnat inte kontaktats, något som AD inte ser som något som skulle påverka bedömningen i målet och det bör anses fullt tillräckligt att inhämta upplysningar av personer inom den egna organisationen som haft en ställning i förhållande till M, som P har haft, och att P:s åsikter då värderas högt. AD menar vidare att det inte framkommit något som antyder att underlaget för bedömningen av M betydligt skulle förändrats om andra referenser tagits. Med detta som bakgrund menade AD att, eftersom någon jämförbar situation inte förelåg, så har inte M utsatts för etnisk diskriminering i samband med kommunens anställningsbeslut.

#### *AD 2010 nr 91 – Jobbcoachfallet*

I februari 2009 sökte A anställning som jobbcoach hos Arbetsförmedling. Hon var vid ansökningstillfället 62 år. Enligt annonsen eftersöktes bland annat arbetslivserfarenhet och adekvat utbildning. Dessutom betonades att stor vikt skulle läggas vid den personliga lämpligheten för befattningen. A kallades inte till intervju och de utannonserade tjänsterna tillsattes med två kvinnor som var 27 respektive 36 år gamla.

A anmälde Arbetsförmedlingen till DO och därefter uppstod tvist om att A utsatts för diskriminering, dels på grund av kön och ålder då hon inte kallats till intervju, dels på grund av ålder då hon inte fått någon av de två anställningarna.

DO anförde bland annat följande: genom de meriter som A bifogade med sin ansökan framgick bland annat att hon hade en psykologexamen och en rektorsexamen samt att hon arbetat med ett antal skiftande arbeten, bland annat skolpsykolog, verksamhetschef och egen företagare. Genom detta menade DO att A väl uppfyllde de krav som ställdes i annonsen, både vad gällde yrkes- och utbildningsmeriter såväl som den personliga lämpligheten. Totalt tio personer (sex kvinnor och fyra män i åldersspannet 23 år till cirka 60 år) kallades till intervju och ingen av dessa ansågs av DO att vara mer meriterad än A, däremot ansågs åtminstone en av de som kallades till intervju inte ens uppfylla kravprofilen från annonsen. Ingen av de som kallades till intervju var en äldre kvinna, dock kallades en man i ungefär samma ålder som A.

Arbetsförmedlingen menade, i ett yttrande den 2 juli 2009 till DO, att skälet till att A inte kallats till intervju eller anställd var att A inte uppfyllde kravprofilen i samma utsträckning som de som kallats till intervju. Vidare ansåg Arbetsförmedlingen att A:s arbetslivserfarenhet och nätverk inte hade den bredd som de andra sökandena hade. I oktober 2009 lämnades nya uppgifter från Arbetsförmedlingen där man anförde att det gjorts en samlad bedömning av A:s meriter och hennes agerande som inskriven arbetssökande hos Arbetsförmedlingen. Bland annat menade Arbetsförmedlingen att då A inte skött sig felfritt som arbetssökande, här hänvisades exempelvis till en daganteckning om ett telefonsamtal den 13 mars 2009 där A underlåt att söka ett annat arbete, och därför var A inte heller lämplig att vägleda andra arbetssökande och detta var den enskilt viktigaste anledningen till varför A inte kallats till intervju. DO ifrågasatte dock denna förklaring med hänvisning till att anställningsbesluten kungjordes den 6 respektive 13 mars 2009 och därför kunde ett telefonsamtal från 13 mars inte vara avgörande för att inte kalla A till intervju. Arbetsförmedlingen menade då att denna förklaring berodde på stress och gav ytterligare en förklaring där två arbetsförmedlare sagt till Arbetsförmedlingens verksamhetschef att A nog inte skulle passa in i arbetslaget. DO menade, med anledning av de skiftande och ändrade förklaringarna till varför A inte kallats till intervju, att dessa var efterhandskonstruktioner och därför inte förtjänade tilltro. Dessutom menade DO att de två arbetsförmedlarna inte kan anses utgöra referenser i den mening som är vedertaget när det kommer till rekryteringssituationer.

Arbetsförmedlingen anförde följande anledningar till varför A inte kallades till intervju: verksamhetschefen, som ansvarade för rekryteringen, bedömde aldrig A:s yrkesmeriter på grund av att två arbetsförmedlare som tidigare träffat A beskrev henne som arrogant, överlägsen och att hon inte hade den empati som krävdes för arbetet. Verksamhetschefen menade att det inte fanns någon anledning att ifrågasätta arbetsförmedlarnas beskrivning av A, bland annat på grund av deras långa erfarenhet som arbetsförmedlare.

Vidare menade Arbetsförmedlingen att det av annonsen framgick att stor vikt skulle läggas vid de sökandes personliga lämplighet och på grund av A:s brister i denna befann sig inte A inte en jämförbar situation med övriga sökande. Dessutom framhölls att A inte hade den bredd i utbildning och arbetslivserfarenhet som de som anställdes hade, utan att detta mer noggrant specificerades, även om A i stort uppfyllde kraven för den aktuella anställningen. Arbetsförmedlingen menade alltså att det var A:s bristande lämplighet och inte hennes ålder eller kön som avgjorde att hon inte kallades till intervju eller anställdes.

AD gjorde följande bedömning; att A blivit missgynnad då hon inte blivit kallad till intervju eller erbjudits anställning är parterna överens om. Här måste då AD bedöma om A var i en jämförbar situation med de som anställdes respektive de som kallats till intervju. I fråga om utbildning ansåg AD att A hade större bredd på utbildning än åtminstone en av de som anställdes och en stor del av de som kallades till intervju. I fråga om arbetslivserfarenhet menar AD att det enligt deras bedömning står som klart att A var mer meriterad än åtminstone en av de som anställdes och ett antal av de som kallades till intervju. AD samlade bedömning var att A mycket väl uppfyllde kravprofilen för arbetet, både vad gäller utbildning och arbetslivserfarenhet

Gällande den personliga lämpligheten menade AD att det typiskt sett är svårt att avgöra personlig lämplighet bara genom ansökningshandlingar även om dessa kan ge en bild av vissa personliga egenskaper. Däremot menade AD att Arbetsförmedlingen inte angivit A:s CV som avgörande rörande bristen i den personliga lämpligheten och därför kan inte detta heller vara avgörande i vad Arbetsförmedlingen avsåg som brist i den personliga lämpligheten. Arbetsförmedlingen menade att de redan hade personlig kännedom om A eftersom hon var inskriven som arbetssökande och två arbetsförmedlare som hon tidigare varit i kontakt med gjorde bedömningen att A inte hade den personliga lämplighet som önskades för det aktuella arbetet.

AD menade att detta sammantaget, tillsammans med att Arbetsförmedlingen inte redan i början av tvisten angav A:s bristande lämplighet som anledning till att hon inte kallats till intervju, gjorde att det fanns anledning att anta att A har diskriminerats, antingen på grund av ålder och kön eller på grund av ålder. Alltså måste Arbetsförmedlingen visa att någon diskriminering inte förekommit. Här har man menat att anledningen att A ej kallats till intervju samt ej anställdes gick att härleda till brist på personlig lämplighet. Denna brist hade verksamhetschefen blivit varse om genom att fråga två arbetsförmedlare som A hade haft kontakt med vilka verksamhetschefen hade fullt förtroende för gällande deras omdöme. Med detta som bakgrund ansåg verksamhetschefen att det inte fanns någon anledning att ens ta del av A:s ansökningshandlingar. Värt att nämna kan vara att det var en av de två arbetsförmedlarna som hänvisade A till det annonsen för det aktuella arbetet. AD ansåg det ej finnas någon anledning att anta att samtalen mellan verksamhetschefen och de två arbetsförmedlarna var någon form av efterhandskonstruktion men att avgöra en arbetssökandes personliga lämplighet genom ett kort, internt samtal inte kan bedömas som tillräckligt

undersökande speciellt inte med bakgrund av A:s meriter som i övrigt visade att A levde upp till den av annonsen ställda kravprofilen. Arbetsförmedlingen menade dock att det ändå inte kunnat föreligga något orsakssamband då bedömningen av A:s personliga lämplighet var anledningen till att hon inte kallats till intervju, så även om bedömningen var fel så var denna bedömning grund till varför A inte kallts. AD menade att detta inte var något att ta hänsyn till då ett påstående om en bristande hantering i rekryteringsprocessen inte kunde anses motbevisa att beslutet inte hade något samband med A:s ålder eller kön. Att majoriteten av de som kallats till intervju var kvinnor samt att de som anställdes var kvinnor menar AD inte heller motbevisa att diskriminering förekommit då minst två av männen som kallats till intervju inte alls framstår som mer meriterade än A när det gäller utbildning och arbetslivserfarenhet. Vid en samlad bedömning finner AD att Arbetsförmedlingen inte kunnat visa att deras underlåtenhet att dels kalla A till intervju, dels inte anställa A, saknat samband med hennes kön eller ålder och därmed har Arbetsförmedlingen brutit mot diskrimineringsförbudet i 2 kap. 1 § första stycket 2 diskrimineringslagen.

# 5 Analys och diskussion

## 5.1 Omfattningen

I det svenska arbetsrättsliga regelsystemet har arbetsgivare rätt att fritt anställa och avskeda arbetstagare, man brukar beskriva det som den fria anställningsrätten vilket i sin tur är en del av arbetsgivarens arbetsledningsrätt eller § 32-befogenheterna<sup>84</sup>. För att skydda arbetstagarna mot t.ex. godtyckliga och missgynnande beslut så finns vissa inskränkningar som arbetsgivare måste ta hänsyn till. Detta kan exemplifieras med bland annat reglerna om företrädesrätt till återanställning i 25 § LAS, att en uppsägning från arbetsgivarens sida måste vara sakligt grundad enligt 7 § LAS och diskrimineringslagens krav att inte diskriminera arbetstagare, arbetssökande etc. Det finns med andra ord två beaktansvärda intressen, dels arbetsgivarens rätt att själv ta de beslut som denne anser gynna företaget, dels arbetstagarens rätt att inte drabbas av arbiträra beslut. Arbetsdomstolen har beskrivit vilka av den arbetssökandes kvalifikationer en arbetsgivare får ta hänsyn till i en rekryteringsprocess enligt följande; utbildning, arbetslivs- och yrkeserfarenhet samt personlig lämplighet. I sammanhanget får både utbildning och arbetslivs- och yrkeserfarenhet anses vara relativt enkelt att objektivt uppfatta och värdera. Något som däremot inte alltid gäller den personliga lämpligheten, dels i fråga om arbetsgivarens önskemål i fråga om personlig lämplighet hos den som till slut ska anställas, dels i fråga om arbetsgivarens bedömning av de arbetssökandes personliga lämplighet. Att den personliga lämpligheten dessutom är av sådan art att den är skiftande beroende av arbete försvårar den objektiva bedömningen av densamma. Detta innebär alltså att den personliga lämpligheten bäst bedöms av den som äger kunskap om vilken typ av personlig lämplighet som önskas, med andra ord arbetsgivaren. En enkel beskrivning kan då göra gällande att den personliga lämplighet som en arbetssökande lyckas presentera också är den personliga lämplighet som arbetsgivaren ska ta hänsyn till och därmed värdera. En sådan beskrivning tillsammans med den fria anställningsrätten bör kunna ge varje arbetsgivare inom den privata sektorn möjligheten att välja vilken av de arbetssökande den vill för tillsättning av den lediga tjänsten. I teorin kanske detta också stämmer så länge det kriterium arbetsgivaren beskriver som personlig lämplighet inte används för att dölja att beslutet tagits på en diskriminerande grund. Arbetsgivarens krav på personlig lämplighet kan också vara för högt ställt och därigenom vara diskriminerande, om inte direkt så indirekt.

I praktiken kanske detta är det normala tillvägagångssättet; att arbetsgivaren anställer den sökande som arbetsgivaren uppfattar som mest lämplig för det

---

<sup>84</sup> Svenska Arbetsgivareföreningen (SAF) hade stadgat, i § 32, att varje medlem i SAF var tvungen att se till att alla kollektivavtal som träffades innehöll följande: "Med iakttagande av avtalets bestämmelser i övrigt äger arbetsgivaren rätt att leda och fördela arbetet, att fritt antaga och avskeda arbetare, oavsett om dessa är organiserade eller ej."

aktuella arbetet med bakgrund av den arbetssökandes meriter och kvalifikationer samt hur dessa presenteras genom ansökningshandlingar och intervju tillsammans med den rekryterande arbetsgivarens värderingar och bakgrund, både privata och professionella. Här kan man anta att en arbetsgivare väljer en person som har den utbildning och/eller arbetslivserfarenhet som krävs för tjänsten i fråga och sedan avgörs huruvida personen är lämplig för tjänsten genom den personliga lämplighet som arbetsgivaren upplevt. Detta beslut skulle då kunna tas på grund av någon av de egenskaper som den arbetssökande besitter men som också kan vara en diskrimineringsgrund. Till exempel väljer man kanske bort alla män, medvetet eller omedvetet, om man söker en person med egenskaper som ”omvårdande” då kvinnor kanske uppfattas mer omvårdande som grupp, eller kan alla kvinnor väljas bort om man eftersöker en person till ett fysiskt krävande jobb. Det kan naturligtvis också höra ihop med att en viss grupp är överrepresenterad inom ett visst yrke och då kan det falla sig naturligt att det anställs ytterligare en från samma grupp för att denna anses passa in i den befintliga gruppen och därmed kan man tro att den som anställs snabbare aklimatiseras till det aktuella företaget.

Diskrimineringslagen strävar efter en arbetsmarknad där personer, oavsett kön, ålder, etnicitet etc., har samma möjlighet till anställning som någon som inte omfattas av någon diskrimineringsgrund under förutsättning att personen i fråga uppfyller den kravprofil som arbetsgivaren ställt upp för den aktuella anställningen. Om en arbetsgivare då ställer krav i form av personlig lämplighet eller dylikt måste omfattningen av detta krav först och främst vara motiverat för den aktuella anställningen och därefter måste arbetsgivarens kunskap om de arbetssökandes personliga lämplighet vara inhämtad på ett sätt där det objektivt går att uppfatta att denna kunskap är korrekt inhämtad. Här kan det vara svårt att ge ett exakt svar på när och hur inhämtandet av kunskapen kring den personliga lämpligheten anses vara tillräcklig. Arbetsdomstolen har, bland annat i AD 1989 nr 40 och AD 2003 nr 55, beskrivit denna problematik och menar att arbetsgivaren inte nödvändigtvis måste kunna redogöra för bedömningen av den personliga lämpligheten men måste kunna beskriva hur arbetet fram till detta avgörande genomförts. Detta arbete måste då ha genomförts på ett sätt som kan förklaras för och förstås av en utomstående. Det innebär alltså att några rent godtyckliga bedömningar inte kan anses vara tillräckliga i fråga om kunskapsinhämtande rörande den personliga lämpligheten. Dock kan mer godtyckligt agerande från arbetsgivaren tillåtas tidigare i rekryteringsprocessen, ett vanligt exempel är arbetsgivaren som kastar hälften av de sökandes ansökningshandlingar i papperskorgen innan de ens öppnats med hänvisning till att arbetstagaren måste ha tur eller dylikt. Sådana ageranden från en arbetsgivare anses inte diskriminerande då alla sökande är i samma situation, dock kan det ifrågasättas hur det rimmar med god sed i anställningsförfarandet.

Arbetsdomstolen har gjort uttalanden om att personlig lämplighet är mycket svår att presentera genom ansökningshandlingar men inte utan att en viss bild av dessa kan ges därigenom och det är genom intervju och kontakt med den arbetssökandes referenser som den största delen av kunskapen kring den

arbetssökandes personliga lämplighet förvärfvas. Hur en arbetstagare lyckas presentera sin personliga lämplighet under intervjun är alltså av stor vikt för arbetsgivarens möjlighet att bedöma densamma.

## 5.2 Diskussion

Tidigare i uppsatsen, under kapitel fyra, presenterades ett antal rättsfall där den personliga lämpligheten varit avgörande för fallets utgång. Nedan kommer dessa presenteras med mer fokus på Arbetsdomstolens hantering av bevisen.

AD 2009 nr 16 rörde en tjänst som originalare och personen i fråga fick ej anställning på grund av att han ansågs överkvalificerad för tjänsten. Den arbetssökande menade däremot att det berodde på hans etnicitet och att han därför blivit diskriminerad. Här beskrev arbetsgivaren tydligt att en arbetstagare med allt för hög kvalifikation inte skulle passa för tjänsten då arbetet i sig inte var så kvalificerat och det i stort handlade om att arbeta efter förutbestämda mallar. Man menade vidare att personen i fråga hade för stor kunskap i området och därför kunde man anta att denne skulle ha svårt att anpassa sig till dessa tydliga ramar. AD menade att detta sammantaget med bland annat hur den arbetssökande presenterat sig under intervjun och dennes tidigare arbeten och utbildning inte kunde ifrågasättas. Här kan man tydligt se att det är den arbetssökandes allt för höga kvalifikationer som går att koppla till varför han inte blev erbjuden anställningen, alltså inte hans etnicitet och därför kan man utgå ifrån att också en person av svenskt ursprung skulle nekats anställningen. Här utgår AD från att arbetsgivaren bäst känner till sin egen verksamhet och därför vet vilken typ av arbetstagare man behöver för den aktuella tjänsten. Dessutom har arbetsgivaren gjort vad man kan anse som tillräckligt i fråga om efterforskning rörande den arbetssökandes meriter, personliga lämplighet och dylikt. Här skulle man kunna diskutera huruvida en överkvalificerad arbetstagare faktiskt kan utföra ett mindre kvalificerat arbete efter arbetsgivarens önskemål utan att låta sina ”oönskade kvalifikationer” påverka arbetet. Naturligtvis kan detta vara möjligt men här kan man också se en större risk att arbetstagaren söker sig vidare till ett arbete som bättre passar dennes kvalifikationer och därför kan arbetsgivaren se detta som en risk i samband med att denne anställs.

I detta fall tas inte frågan om indirekt diskriminering upp. Här finns det utrymme för en diskussion kring indirekt diskriminering då invandrade personer ofta har en utländsk utbildning som arbetsgivare inte kan värdera lika enkelt som en svensk motsvarande utbildning och därför kan invandrade personer tvingas söka mindre kvalificerade arbeten. Man kan beskriva överkvalificering som ett typiskt problem, precis som vissa krav om kunskaper inom det svenska språket, när personen har en annan etniskt bakgrund. Detta faktum är något som AD eventuellt skulle kunna ta hänsyn om detta scenario presenterats för dem.

Båda fallen AD 2008 nr 47 och AD 2005 nr 98 behandlar frågan om ett, av arbetsgivare, uppställt språkkrav. I det tidigare handlade det om en sökande

till en tjänst som receptionist som inte ansågs leva upp till det språkkrav som ställts och i det senare var det fråga om en tjänst som bygglovsarkitekt. I dessa fall är det avgörande hur den arbetssökande presenterar sina kunskaper under intervjun. I AD 2008 nr 47 menade DO att arbetsgivaren endast angivit brister i det svenska språket som anledning när denne meddelade att den arbetssökande inte fått tjänsten. Arbetsgivaren i sin tur menade att anledningen till att hon inte erbjudits tjänsten var brister i hennes personliga lämplighet där språket varit en del men annat påverkade också, t.ex. brister i kundbemötandet. Inga referenser inhämtades dock och det ifrågasätts av DO hur kundbemötande, som en del av den personliga lämpligheten, kan avgöras i en intervjusituation. AD besvarar detta med att en känsla och personkemi under intervjun visst kan ge en grund för att avgöra den personliga lämpligheten. Också skillnad i uppfattning om hur väl den arbetssökande presterade på intervjun finns, arbetsgivaren menar att den arbetssökande stakat sig och gav oklara svar medan den arbetssökande menade att intervjun gått bra. Här väljer AD att lita helt och fullt på arbetsgivaren och menar att någon jämförbar situation inte föreligger och därmed kan det inte vara fråga om direkt diskriminering. Man skulle här kunna föra en diskussion för att AD väl enkelt går på arbetsgivarens linje och inte lyssnar på DO. Bland annat på grund av att några referenser inte inhämtats när man faktiskt beskrivit fler delar i den personliga lämpligheten än språkkravet som avgörande för varför man inte valde att erbjuda personen i fråga tjänsten. Att det eventuellt kunde handla om en efterhandskonstruktion, något som DO också påpekar, för att arbetsgivaren insåg att de krav på språkkunskaper som de ställde var allt för höga för tjänsten i fråga kan åtminstone inte ses som en omöjlighet. Detta väljer dock AD att inte alls ta hänsyn till och det går att anta att detta är en följd av den fria anställningsrätten. Huruvida språkkravet står i proportion till tjänstens beskaffenhet behandlas i frågan om indirekt diskriminering förekommit. DO hade ställt ett antal frågor till företaget, bland annat angående språkkravet, där arbetsgivaren svarat att det var väsentligt för arbetet att ”tala och skriva svenska flytande”, ”felfritt kunna kommunicera med interna och externa kontakter” samt att ha ”felfria kunskaper i svenska”. Att ställa så pass höga krav kan tyckas missgynna alla som inte har svenska som modersmål och därför indirekt diskriminerande. En situation som AD också ansåg kunde föreligga i fallet. Enligt AD har någon indirekt diskriminering inte förekommit då arbetsgivaren inte hänvisat direkt till den sökandes brytning som anledning till varför hon inte anställdes utan till hennes kommunikationsförmåga i stort. Därmed är, enligt AD, språkkravet sakligt motiverat. En god kommunikationsförmåga kan naturligtvis vara nödvändig för en person som jobbar i en reception men att ställa så höga krav som DO visar att arbetsgivaren krävde kan tyckas väl höga. AD menade att DO gjort antagligt att arbetsgivaren agerat diskriminerande men endast med hänvisning till intervjun, där det bland annat förekommit stakande och att den intervjuade hade svårt att ge tydliga svar, kunde arbetsgivaren bryta denna presumtion genom att i praktiken inte ställa för höga språkliga krav. AD ansåg alltså det faktiska språkkravet som sakligt motiverat även fast DO kunnat visa att arbetsgivaren beskrivit kraven som högre efter att rekryteringen var klar. I fallet skriver AD också att en arbetssökande som



inte kommit till sin rätt under anställningsintervjun kan medföra att det beslutsunderlag som arbetsgivaren har utgå från gällande den arbetssökandes personliga lämplighet inte blir tillförlitligt oavsett om anledningen till detta är den arbetssökande eller den som utför intervjun. Att det intryck en arbetsgivare får av en arbetssökande under intervjun kan alltid betraktas som relevanta, som beskrivs i AD 2006 nr 96, under förutsättning att intervjun är utförd korrekt. Med andra ord kan man anta att bedömningen i AD 2008 nr 47 utgår från att intervjun utfördes korrekt och intrycket under intervjun väger så pass tungt att trots att DO tydligt visar att språkkravet beskrivits som högre så går man på arbetsgivarens linje. Att man dessutom i fallet från arbetsgivarsidan hänvisar till brister i kundbemötandet, eller åtminstone att den som anställdes ansågs bättre i fråga om lämplighet då det kom till aspekter som kundbemötande, utan att inhämta referenser från tidigare arbetsgivare och dylikt kan ifrågasättas då AD tidigare (AD 2004 nr 44) beskrivit inhämtandet av referenser som ”utan tvekan relevant” då det kommer till att avgöra någons personliga lämplighet för ett visst arbete. Även i AD 2005 nr 98 var det fråga om ett språkkrav och även i detta fall var anställningsintervjun av stor vikt i utgången för målet. Den arbetssökande menade att det inte över huvud taget förekom några språkliga problem under intervjun medan de som utförde intervjun menade att sättet som frågor besvarades och hur samtalet i stort förflöt visade att det språkliga kravet inte uppfylldes. Även i detta fall menade AD att så länge intervjun utförts korrekt så fanns ingen anledning att betvivla arbetsgivarens uppgifter. Här har dock arbetsgivaren varit tydlig med att det språkliga kravet var beroende av att arbetsuppgifterna krävde att personen som utförde dessa kunde uttrycka sig på ett sätt så att missförstånd undveks. Man menade att vissa språkliga felaktigheter inte var något problem men menade också att det i detta fall var allt för stora brister. I en jämförelse mellan de två fall rörande språkkrav som presenterats kan man se en tydlig skillnad i hur arbetsgivaren beskriver vilka krav de ställer. Dock anser AD i båda fallen att rekryteringsprocessen i stort gått rätt till och därför menar man att arbetsgivarens intryck efter intervju ska väga tungt.

Ett intressant fall i fråga om hur mycket AD lutar på arbetsgivarens förklaringar rörande den personliga lämpligheten finner man i AD 2005 nr 69. Fallet behandlar en eventuell könsdiskriminering i samband med tillsättning av en anställning som kyrkoherde. AD ansåg att kvinnan i fråga inte hade blivit könsdiskriminerad i samband med rekryteringsprocessen. I fallet finns stöd, både i form av en tidningsartikel såväl som en minnesanteckning från ett personalmöte, för att både kyrkonämndens ordförande och andra ledamöter i kyrkonämnden uttalat att de ville tillsätta tjänsten med en man. Även om reportern i fråga inte kunde ge en garanti för att inga felciteringar förekommit så kan man som utomstående anta att de aktuella citaten åtminstone inte är så pass felaktiga att de är direkt missvisande. En åsikt som AD inte delade utan de menade att någon vikt inte kunde läggas på artikelns innehåll. Däremot menade AD att någon anledning att betvivla minnesanteckningens innehåll inte fanns och därmed hade arbetstagsidan gjort det antagligt att beslutet att inte anställa kvinnan hade samband med hennes kön. Arbetsgivaren hänvisade här till att den

person som anställdes ansågs mer lämplig för tjänsten, bland annat med bakgrund av de referenser som inhämtats. AD valde att gå på arbetsgivarens linje och menade att någon könsdiskriminering inte förekommit. Här går det att ifrågasätta AD:s hantering av bevisen. En stor del av bevisen i fallet talar för att personer i kyrkonämnden, inklusive dess ordförande, ville anställa en man till tjänsten som kyrkoherde. Här kan det vara värt att påpeka att diskriminering på grund av kön kan föreligga om könstillhörigheten har samband med arbetsgivarens beslut. I detta fall finns det mycket som pekar på att könstillhörigheten åtminstone inte varit oviktig och därmed mycket väl kunnat påverka arbetsgivarens rekryteringsprocess. Att det dessutom varit spänd och negativ stämning under åtminstone en av intervjuerna borde kunna påverka AD:s bedömning av hur rekryteringen gått till väga. Arbetsgivarens påstående om att den som anställs har bättre personlig lämplighet för tjänsten väger dock tungt och AD har ett stort förtroende för arbetsgivaren då det kommer till information om de sökandes personliga lämplighet. Ostridigt i målet är att kyrkonämndens ordförande sagt att en man skulle passa bättre då det fanns en större del kvinnor med vinningstjänst bland de anställda. Här påstås alltså att anledningen till att arbetstagaren hellre ville anställa en man berodde på någon slags positiv särbehandling men ändå påstår man att könet varit oviktigt vid tillsättandet av tjänsten utan det var den personliga lämpligheten som avgjorde. Vid en proportionalitetsprövning skulle denna önskan om positiv särbehandling möjligen kunna ifrågasättas, åtminstone om man i fallet angett detta som anledning till varför man valde en man framför en kvinna.

I AD 2009 nr 87 menade DO att beslutet i anställningsfrågan inte tagits på tillräckligt och relevant underlag. Bland annat hade arbetsgivaren inte kontaktat samtliga referenser som arbetstagaren uppgivit. Den arbetssökande hade dock arbetat för arbetsgivaren ett flertal gånger tidigare och då valde arbetsgivaren att först och främst kontakta interna referenser och ansåg därefter att några fler referenser inte behövde inhämtas. AD menade att det inte fanns något som talade för att arbetsgivarens beslut skulle ändras om fler referenser kontaktats. Också i övrigt ansåg AD att rekrytering gått rätt till i fråga om t.ex. intervju och så vidare. Personen som ansåg sig etniskt diskriminerad menade här att hon i sina tidigare anställningar hos arbetsgivaren mycket väl levtt upp till de krav som ställt och genomfört sitt arbete på ett tillfredställande sätt. Detta påstående delades inte av de personer hos arbetsgivaren som varit hennes överordnade och även fast dessa personer inte haft direkt kontakt med kvinnan så menade AD att denna information vägde tyngre än kvinnans påstående. Sammantaget var det alltså inte fråga om någon diskriminering. Fallet visar, precis som AD 2006 nr 126, att arbetsgivarens inhämtande av referenser bygger på att arbetsgivaren ska få en bild av den arbetssökande, något krav att alla referenser ska kontaktas finns inte utan det räcker med att tillräckligt många kontaktas. I dessa fall känns det både naturligt och självklart att en arbetsgivare först och främst kontaktar interna referenser. Det man skulle kunna ifrågasätta är om det inte ligger i arbetsgivarens intresse att kontakta så många referenser som möjligt för att få en tydlig och bra bild av den arbetssökandes kvalifikationer. Möjligtvis skulle man kunna

göra ett sådant påstående om de inhämtade referenserna endast är positiva men att väga upp negativa referenser, speciellt interna, med positiva externa borde inte påverka arbetsgivarens beslut.

Ett exempel på hur en rekrytering inte ansetts gå rätt till är AD 2010 nr 91 där arbetsgivaren valde att inte kalla en av de sökande till intervju för ett arbete som jobbcoach på grund av att två personer hos arbetsgivaren ansåg att den arbetssökande inte skulle passa för tjänsten. De två personerna hade viss kunskap om den arbetssökande och beskrev henne bland annat som arrogant och överlägsen. Verksamhetschefen, som var ansvarig för rekryteringen, såg ingen anledning att ifrågasätta dessa påståenden och menade att den arbetssökande inte hade den personliga lämplighet som krävdes för tjänsten och som en följd av detta kallades hon inte till intervju. Här kan en jämförelse med t.ex. AD 2009 nr 87 vara på sin plats där AD menar att interna referenser väger tungt. Skillnaden här är utan tvekan stor men inte utan att vissa gemensamma nämnare ändå går att finna. Bland annat har arbetstagararens personal träffat kvinnan i fråga när de utövat sin yrkesroll och det är ett antal träffar som lett fram till deras kunskap. I fallet fanns dock annat som talade för att arbetsgivaren agerat diskriminerande, bland annat att det inte redan från början av tvisten hänvisats till den personliga lämpligheten som anledning till varför kvinnan inte kallats till intervju. Att man i fallet hänvisar till både AD 1987 nr 67 och AD 1989 nr 40 känns naturligt då dessa fall beskrivit hur en korrekt inhämtning av kunskap kring de arbetssökande ska gå till. T.ex. kan man inte godta rent subjektiva bedömningar eller löst grundande uppgifter utan här pekar man på att förstahandskunskap är av vikt. Däremot ska man beakta de uppgifter som seriösa arbetsgivare inhämtar och väger in i sitt anställningsbeslut. Vad som anses vara förstahandskunskap kan antas behöva bedömas i varje enskilt fall och någon generell beskrivning är svår att göra men här får man istället göra det som AD gjort i många andra fall, det vill säga avgöra om arbetsgivaren i sin rekryteringsprocess varit seriös och kan beskriva sitt agerande på förståeligt sätt.

### **5.3 Avslutande kommentarer**

Den personliga lämplighet som krävs för ett visst arbete känner arbetsgivaren bäst till. Att det dessutom ligger i arbetsgivarens intresse att den person de väljer till tjänsten uppfyller samtliga kvalifikationer som arbetsgivaren uppställer får ses som självklart. AD har pekat på ett antal sätt att förse sig med kunskap om en arbetssökandes personliga lämplighet; referenser, intervju och ansökningshandlingar. Referenser och intervju anses vara de bästa sätten att inhämta kunskap medan ansökningshandlingar anses kunna ge en viss kunskap. Hade frågan varit gällande den arbetssökandes utbildning eller arbetslivserfarenhet hade det med all säkerhet värderingen av dessa tre sätt sett annorlunda ut.

Även om det förts diskussioner kring huruvida den fria anställningsrätten fortfarande är huvudregel i anställningssituationer<sup>85</sup> så kan man åtminstone se att AD lägger stor vikt vid arbetsgivarens påståenden om vilket intryck man fått av den arbetsökande. Så länge arbetsgivaren har genomfört rekryteringen på korrekt sätt och kan förklara arbetssättet som leder fram till besluten så anses dessa beslut som huvudregel vara korrekta. Det går nästan att anta att så länge man kan visa att det slutliga anställningsbeslutet inte beror på någon diskrimineringsgrund så anser man inte heller att diskriminering oavsett hur arbetet fram till detta beslut ser ut, med bakgrund av bland annat utgången i AD 2005 nr 69. Detta kan då vägas mot utgången i C-54/07 där ett uttalande om att en viss etnicitet önskades till tjänsten ansågs vara diskriminerande oavsett vem som faktiskt anställdes då uttalandet i sig kunde vara avskräckande för personer av ”fel” etnicitet. Visserligen är fallet från EU-domstolen något nyare än det från Arbetsdomstolen men mycket pekar på att den svenska diskrimineringslagstiftningen kan behöva ändras för att leva upp till utgången i C-54/07.

Sammanfattningsvis går det att se att mycket av ansvaret i anställningssituationen ligger på arbetsgivaren, även om det är på den arbetsökandes ansvar att presentera sådana kvalifikationer som arbetsgivaren ska ta hänsyn till så är det arbetsgivarens ansvar att se till att dessa kvalifikationer värderas korrekt. Ett ansvar man kan begära av en arbetsgivare speciellt med tanke på att de i de allra flesta fall är starkare parten i dylika situationer och dessutom borde kunna kräva som en följd av arbetsgivarens fria anställningsrätt.

---

<sup>85</sup> Danhard, artikel 2008, s. 34 ff.

# Käll- och litteraturförteckning

## LITTERATUR

Fransson, Susanne, *Lönediskriminering: en arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, Iustus, Diss. Göteborg : Univ., 2001, Uppsala, 2000

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010

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

Göransson, Håkan, Gabinus, Flemström, Stefan & Slorach, Martina, *Diskrimineringslagen*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2009

Hinn, Eskil & Aspegren, Lennart, *Offentlig arbetsrätt: en kommentar till lagreglerna om statlig och kommunal anställning*, 2., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2009

Källström, Kent & Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten*, 2. uppl., Iustus, Uppsala, 2009

Norberg, Per, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten: om hur olika marknadsbegrepp påverkar rättstillämpningen i lönediskrimineringsmål*, Iustus, Uppsala, 2007

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 4., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011

## ARTIKLAR

Danhard, Erik, *Juridiken vid rekrytering*, Ny Juridik, 2008, nr 3, s. 34 ff.

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Nu måste lagen ändras – den tillåter diskriminering*, Lag & Avtal, 2010, nr 8, s. 35

Rönmar, Mia, *Arbetsgivarens arbetsledningsrätt – från arbetsgivarprerogativ till krav på saklig grund*, Kapitel (s. 283-311) i bok: *Perspektiv på likabehandling och diskriminering: antologi utgiven av Ann Numhauser-Henning*, Juristförl., Lund, 2000

## OFFICIELLT TRYCK

FN-konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor (CEDAW), antagen 1979

ILO:s konvention nr 100 angående lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde

ILO:s konvention nr 111 angående diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning

Europeiska konventionen den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Fördraget den 25 mars 1957 om upprättandet av Europeiska gemenskapen

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

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

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

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

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 direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet

Regeringens proposition 2007/08:95 – *Ett starkare skydd mot diskriminering*

Lag (1982:80) om anställningsskydd

Lag (1994:260) om offentlig anställning

Diskrimineringslag (2008:567)

# Rättsfallsförteckning

## **EU-DOMSTOLEN**

Mål 165/82 - Domstolens dom den 8 november 1983 - Europeiska gemenskapernas kommission mot Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland.

Mål 248/83 - Domstolens dom den 21 maj 1985 - Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland.

Mål C-318/86 - Domstolens dom av den 30 juni 1988 – Europeiska gemenskapernas kommission mot Frankrike.

Mål C-54/07 - Domstolens dom (andra avdelningen) den 10 juli 2008 - Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding mot Firma Feryn NV.

## **HÖGSTA DOMSTOLEN**

NJA 2006 s. 170

NJA 2006 s. 179

## **ARBETSDOMSTOLEN**

AD 1981 nr 169

AD 1987 nr 51

AD 1987 nr 67

AD 1989 nr 40

AD 2002 nr 45

AD 2002 nr 128

AD 2003 nr 55

AD 2004 nr 44

AD 2005 nr 3

AD 2005 nr 69

AD 2005 nr 98

AD 2006 nr 96

AD 2006 nr 126

AD 2008 nr 47

AD 2009 nr 16

AD 2009 nr 87

AD 2010 nr 91