

Bristande tillgänglighet i arbetslivet

Vad innebär det och vilka skyldigheter har arbetsgivaren?

Jessica Backman

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH16

HT 2021

Handledare:

Andreas Inghammar



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning	6
1.2 Syfte	7
1.3 Avgränsning	7
1.4 Metod	8
1.5 Disposition	10
2. Diskriminering	11
2.1 Bakgrund till diskrimineringslagen	11
2.2 Diskrimineringsförbud i arbetslivet	13
2.2.1 Diskrimineringsformer	13
2.2.2 Påföljder och efterlevnad	14
2.3 Diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning	16
3. Bristande tillgänglighet	22
3.1 Missgynnande	23
3.2 Underlåtenhet att vidta åtgärder	24
3.3 Jämförbar situation	24
3.4 Skälighetsbedömning	26
3.4.1 Ekonomiska och praktiska förutsättningar	29
3.4.2 Omfattningen och varaktigheten av förhållandet	32
3.4.3 Andra omständigheter av betydelse	32
4. Sammanfattande analys	34
4.1 Ekonomiska och praktiska förutsättningar	36
4.2 Omfattningen och varaktigheten av förhållandet	37
4.3 Andra omständigheter av betydelse	38
5. Avslutande reflektion och slutsats	39
Källförteckning	41
Rättsfallsförteckning	43

Summary

The discrimination ground disability is different from the other discrimination grounds found in Swedish legislation. A disability could be a limitation in someone's ability to participate in working life, which an employer is obliged to try to eliminate. Using the legal dogmatic method, the prohibition of inadequate accessibility and the employer's obligation to take measures for accessibility for employees with a disability will be investigated and explained in this essay.

The prohibition of inadequate accessibility means that an employer has an obligation to take measures to enable an employee with disability to come into a comparable situation with that of persons without the same disability. These measures should be reasonable considering financial and practical conditions, the duration of the relationship and other circumstances of importance. What is considered reasonable varies from situation to situation but should not result in too great a burden for the employer or affect other employees in a negative way. Case law implies that expensive measures that affect the company usually are deemed unreasonable, however simple, individual measures may be deemed reasonable. Additionally, the employer has a great responsibility to investigate possible measures in dialogue with the person in question.

Sammanfattning

Diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning skiljer sig från de andra diskrimineringsgrunderna i svensk lagstiftning. En funktionsnedsättning kan innebära ett hinder i arbetet som arbetsgivaren har viss skyldighet att försöka undanröja. Genom användning av den rättsdogmatiska metoden kommer förbudet mot bristande tillgänglighet samt arbetsgivarens skyldighet att vidta åtgärder för arbetstagare med funktionsnedsättning att förklaras och utredas.

Förbudet mot bristande tillgänglighet innebär att arbetsgivare har en skyldighet att vidta åtgärder för att arbetstagare med funktionsnedsättning ska hamna i en jämförbar situation med personer utan samma funktionsnedsättning. Dessa åtgärder ska vara skäliga med hänsyn till ekonomiska och praktiska förutsättningar, varaktigheten och omfattningen av förhållandet samt andra omständigheter av betydelse. Vad som anses skäligt varierar därför från situation till situation men ska inte innebära en för stor börda för arbetsgivaren eller påverka andra arbetstagare negativt. Rättspraxis visar på att kostsamma anpassningar som påverkar företaget ofta ses som oskäliga, men att enklare, individuella anpassningar kan anses rimliga. Dessutom ligger ett stort ansvar på arbetsgivaren att göra en utredning och undersökning av möjliga åtgärder i dialog med personen i fråga.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AML	Arbetsmiljölagen (1977:1160)
CRPD	FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning
DiskL	Diskrimineringslag (2008:567)
Ds	Departementspromemoria
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FUDA	Lagen (1993:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder
FN	Förenta nationerna
SCB	Statistiska centralbyrån
SFS	Svensk författningssamling
Prop.	Proposition

1. Inledning

Diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning skiljer sig från de andra diskrimineringsgrunder som skyddas av svensk lagstiftning. Som den brittiska opinionsbildaren och forskaren Tom Shakespeare uttrycker det, så går det inte längre att säga att det finns någon skillnad mellan män och kvinnors förmågor på grund av deras biologiska skillnader, eller att någons etniska bakgrund skulle vara avgörande för den personens förutsättningar, om det inte vore på grund av fördomar eller andra sociala barriärer.¹ Funktionsnedsättning är däremot annorlunda då tillståndet faktiskt kan påverka och begränsa arbetsförmågan. Det kan noteras att personer med funktionsnedsättning med en nedsatt arbetsförmåga är underrepresenterade på arbetsmarknaden. Ungefär 16 procent, motsvarande 1 014 000 personer, av Sveriges befolkning i åldern 16–64 år har en funktionsnedsättning.² Av dessa uppger nästan hälften (42 %) att deras arbetsförmåga är nedsatt.³ Detta gör ämnet både komplext och intressant att fördjupa sig i.

Begreppet för personer med funktionsnedsättning som används i svensk lagstiftning har ändrats med tiden och senaste ändringen som gjordes var att ersätta ordet funktionshinder med ordet funktionsnedsättning, med anledning av att det ska vara mer neutralt.⁴ Begreppet används i FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (CRPD)⁵ samt är ett godtagbart begrepp ur en EU-rättslig synpunkt.⁶ I forskning och av funktionsrättsrörelsen används däremot som regel begreppet funktionsvariation då det anses vara mindre stigmatiserande än funktionsnedsättning. Funktionsvariation är emellertid mer omfattande i sin betydelse, och lämpar sig därför inte för att tydliggöra vem som omfattas av

¹ Shakespeare, Tom. *Disability right and wrongs revisited*, Hoboken: Taylor and Francis, 2013, s. 29.

² SCB, Situationen på arbetsmarknaden för personer med funktionsnedsättning, 2020, s. 5.

³ SCB, Situationen på arbetsmarknaden för personer med funktionsnedsättning, 2020, s. 12.

⁴ Prop. 2013/14:198 s. 48.

⁵ Se exempelvis artikel 1, FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.

⁶ Prop. 2013/14:198 s. 49.

diskrimineringslagen.⁷ I den här uppsatsen kommer därför begreppet funktionsnedsättning att användas. I vissa fall kan även begreppet funktionshinder eller handikapp användas då det finns ett syfte med att använda det specifika begreppet eller då det krävs för att förstå innebörden av begreppet eller hur det har utvecklats.

1.2 Syfte

Syftet med den här uppsatsen är att utreda vilka åtgärder arbetsgivaren är skyldig att vidta för arbetstagare med funktionsnedsättning. I diskrimineringslagstiftningen finns ett skydd mot diskriminering som innefattar att en person med funktionsnedsättning inte ska missgynnas på grund av att åtgärder för tillgänglighet inte har tagits. I den här uppsatsen ska begreppet bristande tillgänglighet förtydligas och redas ut för att få en större förståelse om arbetsgivarens ansvar och skyldigheter samt hur långt dessa sträcker sig.

- Vad utgör enligt diskrimineringsrätten förbudet mot bristande tillgänglighet och hur långt sträcker sig arbetsgivarens skyldighet att vidta anpassningsåtgärder för arbetstagare med funktionsnedsättning?

1.3 Avgränsning

För att avgränsa uppsatsen kommer fokus endast vara på diskriminering i arbetslivet och därmed kommer diskriminering inom till exempel utbildning, socialförsäkringssystemet eller värnplikten inte att behandlas i den här uppsatsen. För att utreda arbetsgivarens skyldighet att vidta anpassningsåtgärder för arbetstagare med funktionsnedsättning kommer den här uppsatsen endast att fokusera på diskrimineringsrätten och således utelämna annan lagstiftning som behandlar diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning.

⁷ Fransson, Susanne och Stüber, Eberhard. Diskrimineringslagen – en kommentar. 3:e upplagan, Stockholm: Norstedts Juridik, Stockholm, 2021, s. 131.

1.4 Metod

Metod kan påstås bestå av tre delar, eller tre huvudfrågor; vilka fall som utses, hur informationen samlas in och hur den sedan analyseras. Det är även dessa tre delar som innefattas i den rättsdogmatiska metoden.⁸ I den här uppsatsen kommer jag därför att använda mig av den rättsdogmatiska metoden, vilket även innebär att söka svar på frågor, i det här fallet uppsatsens frågeställning, i gällande rätt.⁹ Jag kommer således att göra en *de lege lata*-argumentation som betyder att beskriva rättsläget som det är utifrån de aktuella rättskällorna. Den rättsdogmatiska metoden inbegriper även att analysera lösningar på ett visst problem och vilka av dessa som är tillåtna.¹⁰ Vid urval av rättsfall har jag använt alla aktuella rättsfall från Arbetsdomstolen som behandlar ämnet bristande tillgänglighet eller skäliga stöd- och anpassningsåtgärder samt de mål i EU-domstolen gällande arbetslivsdirektivet och diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning som är av intresse för den här uppsatsen. Övriga rättsfall som tas upp i den här uppsatsen är de som på något sätt är relevanta för frågeställningen och som det hänvisas till via doktrin samt via propositioner och rättspraxis.

För att svara på frågeställningen och uppfylla syftet med den här uppsatsen kommer rekvisiten i olika rättsregler undersökas för att kunna definiera betydelsen av regeln. Rekvisit är de krav eller villkor som finns i en rättsregel och som behöver uppfyllas för att den ska vara tillämplig. För att kunna definiera betydelsen av rättsregeln behöver därmed rekvisiten först definieras och sedan ska innebörden av dem definieras med hjälp av aktuella rättskällor. Om regeln är en lag är lagens betydelse oftast viktigast. Om den däremot finns i en annan rättskälla kan den exakta ordalydelsen spela mer eller mindre roll. I den här uppsatsen kommer jag, utöver lagtext, att titta på förarbeten, rättspraxis och doktrin. I förarbeten kan ordalydelsen vara av stor vikt, men är inte lika noggrant som i lagtexten. Av rättspraxis bör man vara uppmärksam på att

⁸ Hjerstedt, Mattias. "Beskrivning av rättsdogmatisk metod", i Mannelqvist, Ruth, Ingmanson, Staffan & Ulander-Wänman, Carin (red.), *Festskrift till Örjan Edström*, Juridiska institutionen, Umeå universitet, Umeå, 2019, s. 167.

⁹ Lehrberg, Bert. *Praktisk juridisk metod*, 13:e upplagan, Uppsala: Iusté AB, 2021, s. 31.

¹⁰ Kleineman, Jan. "Rättsdogmatisk analys" i Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.). *Juridisk metodlära*, 2: a upplagan, Lund: Studentlitteratur, 2018, s. 36.

formuleringarna kan vara påverkade av fallet och kan därför behöva generaliseras för att användas i andra sammanhang. Omvänt kan sägas gälla för doktrinen, där formuleringar i stället kan behöva preciseras på grund av sina ibland vida och generella utformningar.¹¹ Primärkällor kommer att användas i största möjliga utsträckning i den här uppsatsen då dessa är de mest pålitliga.¹² Frågeställningen innebär att även utländsk och internationell rätt, i viss mån, kommer att studeras. I dessa fall kan sekundärkällor vara ett bra alternativ för att förstå den utländska rätten och där det i vissa fall även varit svårt att få fram primärkällor från dessa länder.¹³ Sekundärkällor har därför använts i den här uppsatsen för att hitta rätt primärkällor eller då primärkällan har varit svår att få tag i. Den doktrin som har använts i den här uppsatsen har använts i syfte att förklara, förtydliga eller komplettera information från de övriga rättskällorna.

I den här uppsatsen är det av intresse att även titta på EU-rättskällor då dessa gäller i Sverige.¹⁴ Diskrimineringslagen som den ser ut idag är delvis en implementering av EU-rättsliga direktiv.¹⁵ Dessa direktiv klassas enligt EU:s rättskällevärdslära som sekundärrätt och är rättsligt bindande för alla medlemsländer.¹⁶ De fördrag som gör direktiven möjliga klassas i sin tur som primärrätt och ska vara godkända av alla EU:s medlemsländer.¹⁷ Direktiven är rättsligt bindande, men inte direkt tillämpliga. Direktiven har som syfte att ett visst resultat, inom en utsatt tid, ska uppnås. Hur detta resultat uppnås och hur det ska genomföras är upp till medlemsländerna själva att bestämma. Detta gör att direktiven kan anpassas enligt den struktur och det rättssystem som de enskilda medlemsländerna nyttjar, samt anpassas efter de olika ländernas förutsättningar, så länge resultatet uppnås.¹⁸ Utöver direktiven brukar även internationella avtal som EU ingått med internationella organisationer, så som

¹¹ Lehrberg, 2021, s. 42 f.

¹² Bogdan, Michael. Komparativ rättskunskap. 2: a upplagan, Stockholm: Norstedts juridik, 2003, s. 41 f.

¹³ Bogdan, 2003, s.41 f.

¹⁴ Lehrberg, 2021, s. 107.

¹⁵ Prop. 2007/08:95 s. 2.

¹⁶ Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.). *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2:a, omarb. upplagan, Stockholm: Norstedts juridik AB, 2011, s. 42.

¹⁷ Hettne & Otken Eriksson, 2011, s. 41.

¹⁸ Hettne & Otken Eriksson, 2011, s. 178.

exempelvis FN, klassas som sekundärrätt.¹⁹ I den här uppsatsen är framförallt arbetslivsdirektivet och FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (CRPD) av betydelse och kommer att belysas ytterligare då de är en viktig del av diskrimineringsrätten. Även rättspraxis från EU-domstolen kommer att behandlas då det är en viktig rättskälla och vägledande för att tolka de EU-rättsliga bestämmelserna.²⁰ När EU-domstolen tolkat en bestämmelse kan den i praktiken klassas som bindande då den anses tolkas likadant även vid ett senare tillfälle. Det är däremot inte uteslutet att EU-domstolen tolkar en bestämmelse annorlunda om det finns skäl till det. Trots detta är benägenheten att följa domstolens prejudikat stor. Tyngden av prejudikaten kan variera beroende på om en bestämmelse har tolkats likadant vid ett flera tillfällen, då den anses öka, medan den minskar om bestämmelsen tolkats avvikande i andra fall. Har en bestämmelse således tolkats likadant vid flera tillfällen kan den anses bindande.²¹

1.5 Disposition

Uppsatsen kommer, efter detta kapitel, att behandla förbudet mot diskriminering. Mer ingående kommer bakgrunden till förbudet samt innehåll i relevant nationell och internationell lagstiftning att redogöras. Diskrimineringsgrunden och begreppet funktionsnedsättning kommer även att tas upp och utredas i detta kapitel då det är betydande för hur rätten tolkas. I kapitel tre kommer fokus att läggas på diskrimineringsförbudet bristande tillgänglighet och de rekvisit som finns i lagen kommer att belysas. Nästföljande kapitel, nummer fyra, kommer att bestå av ett analytiskt resonemang där frågeställningen står i fokus. I det sista kapitlet kommer slutligen en sammanfattning och slutsats att redovisas.

¹⁹ Hettne & Otken Eriksson, 2011, s. 42.

²⁰ Hettne & Otken Eriksson, 2011, s. 49.

²¹ Lehrberg, 2021, s. 200.

2. Diskriminering

För att förstå diskrimineringsrätten behöver såväl nationell som internationell rätt undersökas.²² I detta kapitel kommer därför den svenska diskrimineringslagstiftningen att belysas, tillsammans med EU-rätten och andra internationella åtaganden såsom FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter samt FN:s konventioner. För att ge en klar bild av diskrimineringsförbudet och hur det skyddar personer med funktionsnedsättning behöver även diskrimineringsgrunden och begreppet funktionsnedsättning förklaras och redas ut.

2.1 Bakgrund till diskrimineringslagen

I FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter är principen om icke-diskriminering en central punkt.²³ I artikel 1 i FN:s stadga uttrycks ändamålet med FN vara att arbeta med icke-diskriminering i form av allas mänskliga rättigheter och grundläggande friheter.²⁴ Vidare fastslås det i FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter att alla är födda fria med samma värde och rättigheter²⁵ samt att alla ska vara berättigade till alla rättigheter som tas upp i förklaringen utan åtskillnad av något slag.²⁶ Sverige har anslutit sig till alla centrala konventioner om mänskliga rättigheter²⁷ och år 2008 ratificerade Sverige FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (CRPD)²⁸ och den har även blivit godkänd av EU.²⁹ Konventionen innehåller bland annat förbud mot diskriminering på grund av funktionsnedsättning, bestämmelser om tillgänglighet samt definitioner till dessa begrepp.³⁰ Sverige är bundet folkrättsligt av FN:s konventioner. Med det menas att de inte är direkt tillämpliga som lag i Sverige, men att domstolar och myndigheter ska

²² Se avsnitt 1.4.

²³ FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter, s. 1.

²⁴ FN:s stadgar art. 1 p. 3.

²⁵ FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter, art. 1.

²⁶ FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter, art. 2.

²⁷ Prop. 2008/09:28 s. 7

²⁸ Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning och fakultativt protokoll till konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, SÖ 2008:26.

²⁹ Rådets beslut 2010/48/EG.

³⁰ Prop. 2013/14:198 s.19.

tillämpa svensk lag så att den stämmer överens så långt som möjligt med konventionerna och dess bestämmelser, även kallat fördragskonform tolkning.³¹

EU-rätten utgör en egen rättsordning vilken innefattar de grundläggande fördragen, internationella konventioner som EU antagit, lagstiftning, rättspraxis och allmänna rättsprinciper.³² Inom EU-rätten finns en allmän likabehandlingsprincip som bland annat innefattar icke-diskriminering på flera grunder, där funktionsnedsättning utgör en av dem.³³ Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen, eller förkortat EKMR) gäller som svensk lag sedan 1995 och innehåller ett förbud mot diskriminering. EKMR tar hänsyn till och bygger till viss del på FN:s konvention om mänskliga rättigheter.³⁴ I bestämmelsen räknas ett antal diskrimineringsgrunder upp, som till exempel kön, religion och hudfärg. Begreppet funktionsnedsättning nämns inte men antas omfattas av konventionen då uppräknningen av diskrimineringsgrunder inte är uttömmande.³⁵

Genom Amsterdamfördraget utökades möjligheten för EU att lagstifta om likabehandlingsfrågor då Europeiska rådet därmed fick behörighet att vidta åtgärder för att motverka diskriminering. Som ett resultat av detta antogs direktiv 2000/78/EG, även kallat arbetslivsdirektivet.³⁶ År 2009 trädde Lissabonfördraget i kraft och i och med det infördes i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) en bestämmelse som innebär att EU ska eftersträva att bekämpa diskriminering på grund av bland annat funktionsnedsättning i utformningen och genomförandet av sin politik och verksamhet. Genom Lissabonfördraget fick även Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna samma rättsliga värde som fördragen har.³⁷

³¹ Ds 2010:20 s.147.

³² Nyström, Birgitta. *EU och arbetsrätten*, 6:e upplagan, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2021, s. 33.

³³ Nyström, 2021, s. 195.

³⁴ Europeiska Konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, s. 5

³⁵ Fransson & Stüber, 2021, s. 27

³⁶ Nyström, 2021, s.196.

³⁷ Prop. 2013/14:198 s.22 f.

Den första lagen avseende diskriminering i arbetslivet på grund av funktionsnedsättning, lagen (1993:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder (FUDA), implementerades i Sverige år 1999. Innan FUDA implementerades i svensk lagstiftning kunde endast andra regleringar såsom arbetsmiljölagen (AML) åberopas gällande arbetsmiljö eller anpassning för personer med funktionsnedsättning.³⁸ När arbetslivsdirektivet ett år senare antogs uppfyllde FUDA till stor del detta nya ramverk, men enstaka ändringar genomfördes innan den nya diskrimineringslagen implementerades.³⁹ Diskrimineringslagen implementerades i svensk rätt år 2009 och ersatte därmed en rad andra lagar, däribland FUDA. En huvudtanke med diskrimineringslagen var att göra de olika reglerna enklare och mer enhetliga, då den samlade de olika diskrimineringsgrunderna i en och samma lag.⁴⁰

2.2 Diskrimineringsförbud i arbetslivet

I Diskrimineringslagen finns ett förbud mot diskriminering på grund av funktionsnedsättning från en arbetsgivare. Detta förbud skyddar de som är arbetstagare, är inhyrda på företaget eller utför praktik på arbetsplatsen. Förbudet skyddar dessutom de som söker arbete eller praktik.⁴¹ Förbudet mot diskriminering på grund av funktionsnedsättning innefattar direkt- och indirekt diskriminering, bristande tillgänglighet, trakasserier samt instruktioner att diskriminera.⁴²

2.2.1 Diskrimineringsformer

Direkt diskriminering på grund av funktionsnedsättning har inträffat när någon missgynnas och därmed har behandlats sämre än en annan person har behandlats, skulle ha behandlats eller har behandlats, i en jämförbar situation, och att behandlingen har ett samband med diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning.⁴³ För att

³⁸ Inghammar, Andreas. Funktionshindrad - med rätt till arbete?: en komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland, Juristförlaget, Diss. Lund: Lunds universitet, Lund, 2007, s. 279

³⁹ Inghammar, 2007, s. 280

⁴⁰ Göransson, Håkan Gabinus & Del Sante, Naiti. *Diskrimineringslagen: en lärobok*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2018, s. 26.

⁴¹ Diskrimineringslagen (2008:567), 2 kap. 1 §.

⁴² Diskrimineringslagen (2008:567), 1 kap. 4 §.

⁴³ Diskrimineringslagen (2008:567), 1 kap. 4 § 1 p.

diskriminering ska ha inträffat måste alltså personen ha varit i en jämförbar situation, med antingen en verklig person, exempelvis en kollega eller annan arbetssökande. Om detta inte finns kan en hypotetisk jämförelse i stället göras.⁴⁴ I AD 2011 nr 25 har parterna delade meningar om en person med funktionsnedsättning befunnit sig i en jämförbar situation. Arbetsdomstolen menar att funktionsnedsättningen inte ska påverka förmågan att utföra arbetet och de väsentliga arbetsuppgifterna för att det ska anses vara en jämförbar situation.⁴⁵ I flertalet av fallen befinner sig en person med funktionsnedsättning inte i en jämförbar situation med personer utan funktionsnedsättning och direkt diskriminering har således inte skett.⁴⁶ Indirekt diskriminering på grund av funktionsnedsättning har inträffat när en person missgynnas genom användningen av en bestämmelse, ett kriterium eller liknande som missgynnar personer med viss funktionsnedsättning, även fast bestämmelsen eller kriteriet i sig kan anses vara neutralt. Indirekt diskriminering har emellertid inte inträffat om det finns ett berättigat syfte för bestämmelsen eller kriteriet.⁴⁷ I DiskL finns även ett skydd mot bristande tillgänglighet,⁴⁸ vilket kommer förklaras mer ingående längre fram i den här uppsatsen. Utöver dessa nämnda former av diskriminering skyddar även den svenska lagen från trakasserier på grund av funktionsnedsättning samt instruktioner att diskriminera någon på någon av dessa former eller sätt.⁴⁹

2.2.2 Påföljder och efterlevnad

Ansvarig för att utöva tillsyn över att lagen följs är Diskrimineringsombudsmannen (DO) som i första hand ska få aktuella parter att frivilligt uppfylla lagens kriterier.⁵⁰ DO ska alltså i den mån det är möjligt sträva efter lösningar där en rättegång inte ska behövas.⁵¹ DO har också rätt att föra talan för en enskild person som ger tillstånd till det. Även en ideell förening, som inte är en arbetstagarorganisation har rätt att föra

⁴⁴ Göransson & Del Sante, 2018, s. 41.

⁴⁵ AD 2011 nr 25.

⁴⁶ Göransson & Del Sante, 2018, s. 42.

⁴⁷ Diskrimineringslagen (2008:567), 1 kap. 4 §, 2 p.

⁴⁸ Diskrimineringslagen (2008:567), 1 kap. 4 § 3 p.

⁴⁹ Diskrimineringslagen (2008:567), 1 kap. 4 § 4–6 p.

⁵⁰ Diskrimineringslagen (2008:567), 4 kap. 1 §.

⁵¹ Göransson & Del Sante, 2018, s. 175.

talans för en enskild person om de anses lämpliga för uppdraget.⁵² I arbetsrättsliga tvister är det arbetstagarorganisationerna som i första hand kan ta en tvist till domstol för sina medlemmars räkning,⁵³ de har så kallad primär talerätt.⁵⁴

Om diskriminering har fastställts är den som utfört diskrimineringen skyldig att betala diskrimineringsersättning till den som blivit utsatt för diskrimineringen.⁵⁵ Utöver detta ska en arbetsgivare som utsatt en arbetstagare eller arbetssökande för diskriminering ersätta denne för eventuell förlust som uppkommit. Denna bestämmelse är däremot inte tillämplig för diskriminering i form av bristande tillgänglighet. Den omfattar inte heller beslut gällande anställning eller befordran.⁵⁶ I takt med diskrimineringslagens utveckling har även skadeståndet utvecklats, och framför allt ökat. Detta kan vara en följd av EU-rättens krav på avskräckande konsekvenser samt att det ses som ett brott mot mänskliga rättigheter vilket ska ses som en allvarligare kränkning jämfört med exempelvis brott mot medbestämmandelagen eller anställningsskyddslagen. Skadeståndet bestäms utifrån graden av kränkningen och hänsyn tas även till om konsekvenserna för den diskriminerade har varit kännbara, om diskrimineringen exempelvis har lett till uppsägning har skadeståndet höjts jämfört med fall som inte haft liknande konsekvenser. Syftet med detta skadestånd är att den som blivit utsatt för diskrimineringen ska få upprättelse för kränkningen eller lidandet,⁵⁷ samt att det även ska verka preventivt och därmed avskräcka från diskriminering. Regeringen har i propositionen till den nya diskrimineringslagen uttryckt sig att ”*Det ska kosta att diskriminera*”.⁵⁸ Ersättning för den eventuella ekonomiska förlust som uppkommit kan exempelvis innefatta ersättning för förlust av lön, kostnader för sjukvård som har samband med diskrimineringen eller liknande. Den utsatta ska med andra ord vara i samma sits, ur ett ekonomiskt perspektiv, som innan skadan inträffade.⁵⁹ Dessutom

⁵² Diskrimineringslagen (2008:567), 6 kap. 2 §.

⁵³ Göransson & Del Sante, 2018, s.179

⁵⁴ Diskrimineringslagen (2008:567), 6 kap. 2 §.

⁵⁵ Diskrimineringslagen (2008:567), 5 kap. 1 § 1 st.

⁵⁶ Diskrimineringslagen (2008:567), 5 kap. 1 § 2 st.

⁵⁷ Fransson & Stüber, 2021, s. 545 f.

⁵⁸ Prop. 2007/08:95 s. 390.

⁵⁹ Fransson & Stüber, 2021, s. 558

ska, om diskrimineringen har skett via en bestämmelse i ett avtal, en ordningsregel eller liknande, den bestämmelsen anses ogiltig om det begärs av den som diskriminerats.⁶⁰

2.3 Diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning

Generellt sett har definitionen av begreppet funktionsnedsättning i ett rättssystem avgränsats till tre olika delar; ursprunget, varaktigheten och allvarlighetsgraden. Om ett tillstånd till exempel beror på ett avsiktligt beteende, kan det eventuellt inte uppfylla kriterierna för att vara en funktionsnedsättning. Likaså gäller om tillståndet inte är tillräckligt långvarigt eller tillräckligt allvarligt.⁶¹

I Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (CRPD) definieras funktionshinder och funktionsnedsättning som begrepp som utvecklas och kommer från:

*“samspel mellan personer med funktionsnedsättningar och hinder som är betingade av attityder och miljön, vilka motverkar deras fulla och verkliga deltagande i samhället på lika villkor som andra”.*⁶²

I arbetslivsdirektivet däremot, definieras begreppet inte i lagen, men har kommit fram genom rättspraxis i EU-domstolen där de i flertalet domar hänvisar till FN:s definition i konventionen om rättigheter för personer med funktionshinder, som år 2009 ratificerades av EU.⁶³ I Chacón Navas-fallet, som avgjordes innan konventionen ratificerades, ställs frågan till EU-domstolen om en person som blivit uppsagd på grund av sjukdom kan anses ha blivit utsatt för diskriminering på grund av

⁶⁰ Diskrimineringslagen (2008:567), 5 kap. 3 § 1 p.

⁶¹ Eidsvaag, Tine och Inghammar, Andreas. 2014. ”The Definition of ‘disability’ under EU Law and Its Impact on the Protection of Persons with Disabilities in Denmark, Norway and Sweden.” *European Journal of Social Law (EJSL)* 2014 (4): 241–59.

⁶² Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, Konventionsstaterna (c), s. 4.

⁶³ Göransson & Del Sante, 2018, s. 227.

funktionsnedsättning. EU-domstolen svarade att en sjukdom i sig inte är en funktionsnedsättning, men att en sjukdom kan falla under begreppet funktionsnedsättning om det uppfyller alla kriterier.⁶⁴ Domstolen definierade i Chacón Navas-fallet en funktionsnedsättning som:

*”en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador som hindrar den berörda personen att delta i arbetslivet”.*⁶⁵

I propositionen till den nya diskrimineringslagen hänvisas det till definitionen av funktionshinder från bland annat lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, som är densamma som återfinns i den idag aktuella diskrimineringslagen. Det hänvisas också till definitionen som EU-domstolen gjort och som stämmer överens med den svenska begreppsförklaringen.⁶⁶ I den svenska diskrimineringslagen definieras begreppet funktionsnedsättning som:

*“varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller en sjukdom fanns vid födelsen, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå”*⁶⁷

Frågan om sjukdom kan anses vara en funktionsnedsättning togs upp i Chacón Navas-fallet men förtydligades senare i de förenade HK-målen.⁶⁸ Fallet avser två arbetstagare där den ena led av smärtor vilket gjorde att hon endast kunde arbeta deltid och den andra varit med i en olycka och därefter fått en nedsatt arbetsförmåga och därför enbart kunde arbeta deltid. Frågan som ställs till EU-domstolen är om begreppet funktionsnedsättning ska omfatta även de som har begränsad arbetsförmåga. De frågar även om en obotlig sjukdom samt en övergående sjukdom ska falla in under begreppet funktionsnedsättning. EU-domstolen svarar i målet, med hänvisning till Chacón

⁶⁴ Mål C-13/05 Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades.

⁶⁵ Mål C-13/05 Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades, p. 43.

⁶⁶ Prop. 2007/08:95 s. 123.

⁶⁷ Diskrimineringslagen (2008:567), 1 kap. 5 §, 4 p.

⁶⁸ Mål C-335/11 och C-337/11 HK Danmark mot Dansk almennyttigt Boligselskab och Dansk Arbejdsgiverforening.

Navas-målet, att begreppet funktionsnedsättning ska omfatta tillståndet för en person som har en begränsad arbetsförmåga, eller inte kan arbeta alls på grund av fysiska, mentala eller psykiska skador och att tillståndet vara under en längre tid. Med det sagt menar domstolen att begreppet även omfattar både en obotlig och en behandlingsbar sjukdom, om den medför en begränsning som hindrar personens deltagande i arbetslivet under en längre tid. Således innefattas inte en sjukdom som inte medför en begränsning av arbetsförmågan, eller som inte anses pågå under längre tid, i begreppet.⁶⁹ Vad som menas med längre tid har inte framkommit via lagen eller förarbeten, Inghammar menar här att en varaktighet på ett år rimligtvis kan anses som en varaktig funktionsnedsättning,⁷⁰ även Fransson instämmer med detta.⁷¹ Även i engelsk lagstiftning uppges 12 månader vara gränsen för varaktighet för att det tillståndet ska klassas som en funktionsnedsättning,⁷² medan gränsen i tysk lagstiftning jämförelsevis är på sex månader.⁷³ I Daouidi-fallet belyser även EU-domstolen att om det vid tidpunkten för den diskriminerande handlingen inte finns några tydliga tecken eller omständigheter som visar på att tillståndet kommer upphöra snart, ska det anses som varaktigt.⁷⁴ Att det senare uppdragar sig att så inte var fallet spelar alltså ingen roll, det är tillståndet vid tidpunkten för handlingen som ska vara avgörande.

Huruvida fetma kan anses vara en funktionsnedsättning tas upp i EU-domstolen i Kaltoft-målet. Där ställs frågan om en arbetstagare som lider av fetma samt hävdar att detta var orsaken till att ha blivit uppsagd, därmed blivit utsatt för diskriminering. Domstolen hänvisar här till Chacón Navas-målet för definitionen av funktionsnedsättning, med fokus på kriteriet för hinder i arbetslivet. De menar att fetma kan falla under definitionen av funktionsnedsättning om den förorsakar en begränsning som hindrar arbetstagaren från att utföra sitt arbete på samma villkor som andra

⁶⁹ Mål C-335/11 och C-337/11 *HK Danmark mot Dansk almenntilgængelig Boligselskab og Dansk Arbejdsgiverforening*.

⁷⁰ Inghammar, 2007, s. 282.

⁷¹ Fransson & Stüber, 2021, s. 134.

⁷² Kidner, Richard. *Blackstone's Statutes on Employment Law 2016-2017*, 26:e upplagan, New York: Oxford University Press, 2016, s. 286.

⁷³ § 2 Sozialgesetzbuch (SGB) Neuntes Buch (IX).

⁷⁴ Mål C-395/15 *Mohamed Daouidi mot Bootes Plus SL*.

arbetstagare samt att denna begränsning består under en längre tid.⁷⁵ Domstolen förtydligar även att anledningen eller bakgrunden till funktionsnedsättningen inte har betydelse för tillämpningen av förbudet.⁷⁶ Med andra ord innebär det att hävda att en funktionsnedsättning beror på ett eventuellt självförvållat beteende inte påverkar bedömningen.

Att tillståndet måste utgöra ett hinder i arbetet enligt arbetslivsdirektivet förtydligas även i Z-målet. Kvinnan som i målet kallas för ”Z” saknar en livmoder och har därav använt sig av surrogatmoderskap för att skaffa barn. Kvinnan arbetar i Irland, men blev inte beviljad varken betald mammaledighet eller adoptionsledighet på grunderna att hon inte uppfyllde villkoren om att antingen ha varit gravid eller adopterat barnet enligt dåvarande lagstiftning. Frågan som ställdes till EU-domstolen var om det kunde anses vara diskriminering på grund av funktionsnedsättning att neka arbetstagaren betald ledighet då hon på grund av att hon inte kan föda barn, använt surrogatmoderskap. Domstolen menar att arbetstagarens tillstånd kan bidra till stort lidande, men för att det ska bedömas vara en funktionsnedsättning måste även hennes tillstånd begränsa hennes deltagande i arbetslivet. I det här fallet kommer domstolen fram till att detta inte utgör en funktionsnedsättning då det inte framkommit att tillståndet begränsat hennes möjligheter att utföra arbete och det faktum att hon inte kan få barn på traditionellt sätt inte heller kan anses begränsa hennes deltagande i arbetslivet.⁷⁷

Begreppet funktionsnedsättning ska tolkas extensivt, vilket innebär att fler än den som själv har en funktionsnedsättning kan innefattas.⁷⁸ I ett mål som tagits upp i EU-domstolen, det så kallade Coleman-målet, tas frågan upp om en förälder kan omfattas

⁷⁵ Mål C-354/13 *Fag og Arbejde (FOA) som för talan mot Karsten Kaltoft, mot Kommunens Landsforening (KL) som talan för Billund Kommune*, se även Mål C-270/16 *Carlos Enrique Ruiz Conejero mot Ferroservicios Auxiliares SA*.

⁷⁶ Mål C-354/13 *Fag og Arbejde (FOA) som för talan mot Karsten Kaltoft, mot Kommunens Landsforening (KL) som talan för Billund Kommune*.

⁷⁷ Mål C-363/12 *Z mot A Government Department and the Board of Management of a Community School*.

⁷⁸ Fransson & Stüber, 2021, s.136

av förbudet mot diskriminering när det är i samband med sitt barn som har en funktionsnedsättning, alltså om förbudet kan sträckas till att även kan skydda de som inte själva har en funktionsnedsättning. Bakgrunden till det här målet var Coleman som är förälder till ett barn med funktionsnedsättning och har på grund av det blivit sämre behandlad än hennes kollegor med barn som inte har en funktionsnedsättning. Hon har även blivit utsatt för trakasserier av arbetsgivaren med grund i att hennes barn har en funktionsnedsättning. EU-domstolen svarar att arbetslivsdirektivet ska tolkas så att förbudet mot diskriminering på grund av funktionsnedsättning inte enbart är begränsat till personen som har en funktionsnedsättning utan kan även sträckas till att omfatta även den som har ett barn med funktionsnedsättning.⁷⁹ Även personer som felaktigt förmodats ha en funktionsnedsättning och därför på något sätt blivit missgynnade, kan omfattas av förbudet.⁸⁰ I lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder omfattades inte en förmodad funktionsnedsättning av diskrimineringsförbudet,⁸¹ detta har dock ändrats med den nya diskrimineringslagen.⁸² Detta tas upp i AD 2018 nr 11 där en arbetstagarare som lider av fetma söker en vidareutbildning till kriminalvårdare. Arbetsdomstolen menar att i det här fallet, med hänvisning till Kaltoft-målet, utgör inte arbetstagararens fetma en funktionsnedsättning. Diskriminering skulle trots detta kunna ha skett om arbetsgivaren förmodade att hans fetma utgjorde en funktionsnedsättning.⁸³

Enligt EU-domstolens definition måste funktionsnedsättningen innefatta ett hinder i arbetsförmågan för att omfattas av diskrimineringsförbudet.⁸⁴ Ett sådant krav finns däremot inte enligt diskrimineringslagen eller CRPD. Det kan vara en person som tidigare har haft en funktionsnedsättning som blir diskriminerad på grund av att någon felbedömt arbetsförmågan, det kan också handla om en situation där arbetsförmågan förväntas att bli nedsatt på grund av en kronisk, progressiv sjukdom som till exempel

⁷⁹ Mål C-303/06 S. Coleman mot Attridge Law och Steve Law.

⁸⁰ Prop. 2007/08:95 s.123.

⁸¹ Prop. 1997/98:179 s. 34.

⁸² Prop. 2007/08:95 s. 123.

⁸³ AD 2018 nr 11.

⁸⁴ Mål C-13/05 Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades, se även Mål C-363/12 Z mot A Government Department and the Board of Management of a Community School.

HIV, MS eller cancer.⁸⁵ Ett exempel på detta kan hittas i AD 2005 nr 32 som handlar om en arbetstagare med MS som blir uppsagd. Om uppsägningen har ett samband med sjukdomen är tvistigt i målet, men då arbetsgivaren inte kunde visa på att uppsägningen inte hade någon koppling till sjukdomen bedömer AD att diskriminering på grund av funktionsnedsättning skett.⁸⁶ Skyddet mot diskriminering uppstår vid konstaterandet av sjukdom och kan således inträffa redan innan sjukdomen blir ett hinder i arbetet.⁸⁷ Den som har anlag för en sjukdom har dock inget skydd, endast på grund av anlaget, enligt diskrimineringslagen.⁸⁸ Någon tvist gällande begreppet funktionsnedsättning har ännu inte tagits upp i Arbetsdomstolen.⁸⁹ Tillstånd som av AD ansetts utgöra en funktionsnedsättning har bland annat varit födoämnesallergi,⁹⁰ sömnapné,⁹¹ kroniskt trötthetssyndrom,⁹² och diabetes.⁹³ I förarbetena till FUDA är regeringen tydliga med att graden av funktionsnedsättningens inte ska vara avgörande, utan funktionsnedsättningen i sig räcker för att omfattas av diskrimineringsförbudet.⁹⁴

För att sammanfatta den rättsliga definitionen av funktionsnedsättning ska det vara ett tillstånd, som pågår under längre tid, och som härstammar från fysiska, psykiska eller mentala skador som i sin tur begränsar en persons funktionsförmåga. Diskrimineringsförbudet är extensivt och omfattar inte bara de som har en funktionsnedsättning utan även de som felaktigt förmodats ha en funktionsnedsättning, förväntas få en funktionsnedsättning eller har en närstående med funktionsnedsättning.

⁸⁵ Prop. 1997/98:179 s. 33 f.

⁸⁶ AD 2005 nr 32.

⁸⁷ Prop. 1997/98:179 s. 33 f.

⁸⁸ Prop. 1997/98:179 s. 80.

⁸⁹ Fransson & Stüber, 2021, s.137.

⁹⁰ AD 2006 nr 97.

⁹¹ AD 2014 nr 26.

⁹² AD 2009 nr 60.

⁹³ AD 2003 nr 47.

⁹⁴ Prop. 1997/98:179 s. 33.

3. Bristande tillgänglighet

I arbetslivsdirektivet finns en bestämmelse som anger att arbetsgivaren ska vidta rimliga anpassningsåtgärder för att en person med funktionshinder ska kunna delta i arbetslivet, göra karriär eller utbilda sig.⁹⁵ Bestämmelsen är även i linje med FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning som innebär att medlemsstaterna ska identifiera och undanröja eventuella hinder mot tillgänglighet inom bland annat arbetslivet.⁹⁶ I Sverige har det funnits en liknande bestämmelse gällande krav på skäliga stöd- och anpassningsåtgärder.⁹⁷ Denna ersattes dock den 1 januari 2015 av ett skydd mot bristande tillgänglighet.⁹⁸ Det nya och utökade skyddet mot bristande tillgänglighet innebär att någon med funktionsnedsättning inte ska *missgynnas* på grund av att *åtgärder inte tagits* för att personen ska hamna i en *jämförbar situation* med de utan funktionsnedsättning. Vidare säger lagen att åtgärderna ska vara *skäliga*.⁹⁹ Dessa kriterier för skälighet kommer belysas mer längre fram i denna uppsats. Tidigare omfattades endast situationer avseende anställning av arbetssökande eller befordran av arbetstagare av skyddet, men det har sedan dess utvidgats och omfattar sedan 2006 även arbetstagare i alla situationer som nämns i diskrimineringslagen gällande direkt diskriminering.¹⁰⁰ Skyddet om bristande tillgänglighet omfattar däremot inte den som gör en förfrågan om arbete på ett företag.¹⁰¹ I lagen skiljer man här på de som gör en förfrågan om arbete och de som söker ett arbete. De som gör en förfrågan om arbete på eget initiativ ses ännu inte som arbetssökande.¹⁰² Diskrimineringsförbudet bristande tillgänglighet är av främjandekaraktär vilket innebär att en arbetsgivare kan göra sig skyldig till diskriminering om denne inte vidtar skäliga tillgänglighetsåtgärder. Detta betyder inte

⁹⁵ Direktiv 2000/78/EG, art. 5.

⁹⁶ FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, art. 9.

⁹⁷ Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, 6 §, sedan i diskrimineringslagen (2008:567), 2 kap. 1 §.

⁹⁸ Diskrimineringslagen (2008:567), 1 kap. 4 §, 3 p.

⁹⁹ Diskrimineringslagen (2008:567), 1 kap. 4 §, 3 p.

¹⁰⁰ Prop. 2005/06:207 s. 1.

¹⁰¹ Diskrimineringslagen (2008:567) 2 kap. 1 §.

¹⁰² Fransson & Stüber, 2021, s. 83.

att förbudet ska ses som en främjanderegulering med rätt till positiv särbehandling¹⁰³, till skillnad från exempelvis diskrimineringsgrunden kön.¹⁰⁴

I DiskL finns ingen definition av begreppet tillgänglighet. I propositionen för bristande tillgänglighet som en form av diskriminering anger regeringen att det inte finns ett behov av en definition i lagen då begreppen *tillgänglighet* samt *användbarhet* redan har en klar betydelse. En enkel förklaring till begreppen ska vara att *tillgänglighet* innebär att kunna ta sig till, och in i, en byggnad. *Användbarhet* å andra sidan innebär att kunna röra sig inne i byggnaden och möjligheten att ta del av information och använda inventarier. Några förbund och organisationer menar att det kan finnas ett syfte med att använda både begreppet tillgänglighet och användbarhet tillsammans. Regeringen fastställer dock att skillnader och gränsdragningen mellan de båda uttrycken kan undvikas om endast begreppet tillgänglighet används, och begreppet ska då täcka även användbarhet. En anledning till detta är exempelvis att motverka att förbudet ska tolkas som att en vara eller en tjänst skulle behöva anpassas.¹⁰⁵ Arbetsmiljöverket menar här att tillgänglighet ur ett brett perspektiv innefattar både användbarhet och tillgänglighet gällande information, tjänster, miljöer eller produkter för alla med funktionsnedsättning. Mer specifikt anser de att tillgänglighet i arbetsmiljöarbetet innebär att minimera hinder så att alla kan utföra sitt arbete på bästa sätt. Detta innefattar utöver den fysiska arbetsmiljön, även den psykiska, kognitiva och sociala arbetsmiljön och förhållanden.¹⁰⁶

3.1 Missgynnande

Ett av rekvisiten som ska uppfyllas för att diskriminering på grund av bristande tillgänglighet har skett är att någon med funktionsnedsättning ska ha missgynnats.¹⁰⁷ Ett missgynnande innebär att någon går miste om en förmån eller en förbättring eller

¹⁰³ Fransson & Stüber, 2021, s.160.

¹⁰⁴ Diskrimineringslagen (2008:567) 3 kap. 7 §.

¹⁰⁵ Prop. 2013/14:198 s. 55 f.

¹⁰⁶ Arbetsmiljöverket. Tillgänglig arbetsmiljö. 2019.

¹⁰⁷ Diskrimineringslagen (2008:567) 1 kap. 4 §, 3 p.

att de hamnar i ett sämre läge. Ett missgynnande kan även orsaka en nackdel eller en skada för en person. Exempel från arbetslivet där någon har missgynnats är om en arbetstagare inte får en löneökning eller blir befordrad. För en arbetssökande skulle ett missgynnande kunna vara att inte bli kallad till intervju. Missgynnandet kan bestå av en aktiv handling eller en underlåtenhet att utföra en handling.¹⁰⁸ Kort sammanfattat ska missgynnandet vara en negativ effekt för en person, som grundar sig i ett handlande eller en underlåtenhet att handla.

3.2 Underlåtenhet att vidta åtgärder

I förbudet mot bristande tillgänglighet är ett av rekvisiten att åtgärder för tillgänglighet inte vidtagits.¹⁰⁹ Detta kan innebära att inga åtgärder har vidtagits över huvud taget, eller att åtgärderna som vidtagits inte varit tillräckliga för att en person med funktionsnedsättning ska hamna i en jämförbar situation.¹¹⁰ Exempel från rättspraxis där en arbetsgivare underlåtit att vidta åtgärder går att finna i AD 2020 nr 13.¹¹¹ Fallet avser en arbetstagare med dyslexi som för att komma i en jämförbar situation med andra arbetstagare utan dyslexi skulle ha behövt ett särskilt program som underlättar för dyslektiker vid skrivande. Programmet ansågs vara en skälig anpassningsåtgärd, för att arbetstagaren med dyslexi skulle hamna i en jämförbar situation med andra anställda som inte har dyslexi. Arbetsgivaren vidtog däremot inte den åtgärden och erkände även till brott mot förbudet mot bristande tillgänglighet.¹¹²

3.3 Jämförbar situation

Likt skyddet för direkt diskriminering används även kriteriet jämförbar situation i förbudet mot bristande tillgänglighet. Förbudet mot bristande tillgänglighet i DiskL innebär ingen skillnad i sak från de tidigare kraven på att arbetsgivare ska vidta skäliga stöd- och anpassningsåtgärder för att någon med en funktionsnedsättning ska hamna i

¹⁰⁸ Prop. 2007/08:95 s. 486 f.

¹⁰⁹ Diskrimineringslagen (2008:567) 1 kap. 4 §, 3 p.

¹¹⁰ Prop. 2013/14:198 s. 63.

¹¹¹ AD 2020 nr 13.

¹¹² AD 2020 nr 13.

en jämförbar situation med någon utan funktionsnedsättning.¹¹³ Tidigare praxis avseende jämförbar situation har därmed betydelse även gällande bristande tillgänglighet eftersom kraven ska vara desamma.¹¹⁴ Som ovan nämnt befinner sig personer med funktionsnedsättning ofta inte i en direkt jämförbar situation med personer utan funktionsnedsättning.¹¹⁵ I propositionen för bristande tillgänglighet nämns detta som en av anledningarna till att lagföra skyddet. Syftet är att skäliga åtgärder ska vidtas för att en jämförbar situation ska kunna uppnås mellan en person med funktionsnedsättning och en person utan funktionsnedsättning. Vidare framgår det dock att alla inte kommer ha möjlighet att stödja sig mot den nya lagen. Saknar en person de sakliga kompetenser som krävs för att utföra arbetsuppgifterna kan personen inte heller kräva att skäliga anpassningsåtgärder vidtas, då en jämförbar situation är svårare att uppnå.¹¹⁶ Vid rekrytering bygger rekvisitet jämförbar situation på bedömningen av en individs meriter. Det kan vara en situation där den som har en funktionsnedsättning kan ha sämre förutsättningar än någon annan med liknande meriter, i fall där funktionsnedsättningen påverkar bedömningen.¹¹⁷ Den som har en funktionsnedsättning ska kunna utföra de arbetsuppgifter som anses vara mest väsentliga för att hamna i en jämförbar situation. Om en person med funktionsnedsättning inte kan utföra dessa uppgifter finns följaktligen ingen jämförbar situation.¹¹⁸ Exempel på detta har tagits upp i Arbetsdomstolen där en dövd arbetssökande blivit nekad arbete på grund av att han inte kunde utföra en av de mest väsentliga arbetsuppgifterna, vilket var att hantera en taltelefon. Då menade AD att det inte fanns skäliga åtgärder att vidta för att den arbetssökande skulle hamna i en jämförbar situation.¹¹⁹

¹¹³ Fransson & Stüber, 2021, s. 134 f.

¹¹⁴ Prop. 2013/14:198 s. 65.

¹¹⁵ Se avsnitt 2. 1.

¹¹⁶ Prop. 2013/14:198 s.63 f.

¹¹⁷ Fransson & Stüber, 2021, s. 134.

¹¹⁸ Fransson & Stüber, 2021, s. 81.

¹¹⁹ AD 2020 nr 3.

Inghammar menar att jämförelsen ska göras med en person som inte har en funktionsnedsättning,¹²⁰ även med stöd i EU-rätten är det klarlagt att det inte behöver vara en person med funktionsnedsättning som är jämförelsepersonen i fråga om bristande tillgänglighet.¹²¹ Det finns däremot fall där arbetsgivare har behandlat anställda med funktionsnedsättning olika. I ett fall som tagits upp i EU-domstolen har en arbetsgivare behandlat en grupp av arbetstagare, där samtliga av dessa har någon form av funktionsnedsättning, olika inom den gruppen. Frågan som ställs till EU-domstolen är ifall detta kan anses vara diskriminering. Domstolen uppger att diskriminering endast kan anses ha skett om missgynnandet har ett samband med funktionsnedsättningen. Domstolen menar dock att jämförelsen inte är begränsad till personer utan funktionsnedsättning utan kan även göras med andra personer som också har en funktionsnedsättning. De förtydligar även att det inte ska vara jämförelsepersonen som ska vara den avgörande faktorn, det avgörande ska vara att orsaken till missgynnandet beror på funktionsnedsättningen.¹²²

3.4 Skälighetsbedömning

I diskrimineringslagen finns en skrivelse som innebär att åtgärderna för bristande tillgänglighet ska vara skäliga sett till krav på tillgänglighet i lag och med hänsyn till ekonomiska och praktiska förutsättningar, omfattningen och varaktigheten av förhållandet mellan arbetsgivaren och den enskilde samt andra omständigheter som kan vara av betydelse.¹²³ Att åtgärderna ska vara proportionerliga för arbetsgivaren går även att hitta i arbetslivsdirektivet.¹²⁴ Tidigare rättspraxis och innebörd från begreppet skäliga stöd- och anpassningsåtgärder ska fortfarande vara tillämpliga,¹²⁵ den nya bestämmelsen ska därmed alltså inte påverka de åtgärder en arbetsgivare är skyldig att vidta för en arbetstagare eller arbetssökande med funktionsnedsättning, bedömningen för vad som anses skäligt ska bestå. I arbetsplatsdirektivet nämns att åtgärderna som

¹²⁰ Inghammar, 2007, s. 285.

¹²¹ Fransson & Stüber, 2021, s. 82.

¹²² Mål C-16/19 VL mot Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie.

¹²³ Diskrimineringslagen (2008:567) 1 kap. 4 §, 3 p.

¹²⁴ Direktiv 2000/78/EG, art 5.

¹²⁵ Se avsnitt 3.

vidtas ska vara lämpliga i den mening att de är praktiska och effektiva för att, med hänsyn till personer med funktionshinder, organisera arbetsplatsen. De ska däremot inte vara för betungande för arbetsgivaren. För att avgöra vad som anses vara för betungande ska hänsyn tas till de ekonomiska eller andra kostnader som de medför, storleken på organisationen och dess ekonomiska resurser samt om möjlighet finns att få statligt stöd.¹²⁶ Vad som menas med lämpliga kan enligt Waddington tolkas på tre olika sätt utifrån arbetslivsdirektivet, sett till hur de olika medlemsstaterna har tolkat direktivet i nationell lagstiftning. Det första är att åtgärden inte medför alltför stora kostnader eller andra stora svårigheter för arbetsgivaren. Det andra sättet är att tolka lämpliga åtgärder som de som anses vara effektiva i sitt sätt att tillgängliggöra för en person med funktionsnedsättning att utföra de mest nödvändiga arbetsuppgifter. Det tredje sättet är en kombination av de båda tidigare nämnda och innebär att åtgärderna ska vara både effektiva och att de samtidigt inte ska vara för kostsamma eller medföra stora svårigheter för arbetsgivaren.¹²⁷

Åtgärder en arbetsgivare kan behöva ta för att en arbetstagare med funktionsnedsättning ska hamna i en jämförbar situation som de som inte har samma funktionsnedsättning kan beröra den fysiska omgivningen såsom att anpassa lokaler eller tillhandahålla särskilda tekniska hjälpmedel eller arbetsredskap. Det kan även innefatta andra åtgärder som att anpassa arbetet i form av andra uppgifter, anpassade arbetstider eller metoder.¹²⁸ I arbetslivsdirektivet nämns det att åtgärderna även kan innefatta anpassning av arbetsfördelningen eller möjligheter till utbildning.¹²⁹ Om arbetsgivaren har flera alternativ för tillgänglighet att välja bland, där samtliga av dessa ger samma resultat, ska hänsyn tas till arbetsgivarens rätt att organisera arbetet och därmed är det upp till arbetsgivaren att välja bland de tillgängliga alternativen.¹³⁰ Vid bedömning av vilka åtgärder som är skäligen ska även arbetsmiljölagen

¹²⁶ Direktiv 2000/78/EG, skäl 20.

¹²⁷ Waddington, Lisa. "When It Is Reasonable for Europeans to be Confused: Understanding When a Disability Accommodation Is Reasonable from a Comparative Perspective," *Comparative Labor Law & Policy Journal* 29, 2008 (3):317-340, s. 338 f.

¹²⁸ Prop. 2007/08:95 s. 500 f.

¹²⁹ Direktiv 2000/78/EG, skäl 20.

¹³⁰ Prop. 2013/14:198 s. 72.

uppmärksammas samt annan relevant lagstiftning. De åtgärder som arbetsmiljölagen kräver att en arbetsgivare tar ska därmed i de flesta fall även anses skäliga enligt diskrimineringslagen.¹³¹ Det som skiljer arbetsmiljölagstiftningen och diskrimineringslagstiftningen åt är deras syfte och sanktioner. Förbudet mot diskriminering och den efterföljande diskrimineringsersättningen gäller i enskilda fall och kan sägas vara av tillbakablickad karaktär, det vill säga att det testas i efterhand om reglerna har följts eller inte. En arbetsgivare skulle därför kunna välja att inte vidta några tillgänglighetsåtgärder, trots att denne i en prövning har blivit dömd till påföljder. Det är endast vissa som skyddas av förbudet och en jämförelse måste göras med andra arbetstagare eller arbetssökande. Enligt arbetsmiljölagen är arbetsgivaren skyldig att vidta åtgärder för alla arbetstagare som är i behov av dem. Arbetsmiljölagstiftningen är till skillnad från diskrimineringslagen framåtsyftande, det vill säga att den avser vad arbetsgivaren ska göra och som påtryckningsmedel för detta kan vite utfärdas.¹³² DO som utövar tillsyn över diskrimineringslagen kan endast agera när något har inträffat, medan Arbetsmiljöverket som utövar tillsyn över arbetsmiljölagen kan fortlöpande utöva tillsyn och agera innan något har inträffat.¹³³

En arbetsgivare som uppfyller arbetsmiljölagens krav på tillgänglighetsåtgärder ska därmed enligt förbudet mot bristande tillgänglighet inte behöva vidta ytterligare åtgärder.¹³⁴ Innan bristande tillgänglighet infördes i diskrimineringslagen, gjorde arbetsdomstolen skälighetsbedömningar i flertalet fall och i samtliga av dessa ansågs åtgärderna vara oskäliga och ingen diskriminering hade därför skett.¹³⁵ Sedan den nya bestämmelsen trädde i kraft har hittills endast en dom varit fällande,¹³⁶ där arbetsgivaren själv erkände till brott mot förbudet mot bristande tillgänglighet.¹³⁷

¹³¹ Prop. 2013/14:198 s. 32

¹³² Prop. 2007/08:95 s. 154.

¹³³ Fransson & Stüber, 2021, s. 169.

¹³⁴ Prop. 2013/14:198 s. 65.

¹³⁵ Fransson & Stüber, 2021, s.165.

¹³⁶ Fransson & Stüber, 2021, s.168.

¹³⁷ AD 2020 nr 13.

3.4.1 Ekonomiska och praktiska förutsättningar

Vid skälighetsbedömning ska en organisations ekonomiska och praktiska förutsättningarna tas i beaktning.¹³⁸ Regeringen har uppgett att kostnaden för åtgärderna ska ställas i relation till företagets ekonomiska förutsättningar och situation.¹³⁹ Lagrådet påpekar i sitt remissvar till förarbetena till skyddet om bristande tillgänglighet att det inte bör vara accepterat att hänsyn tas till en organisations goda eller dåliga ekonomi, då det skulle kunna resultera till att de organisationer med sämre ekonomi kan nedprioritera tillgänglighetsåtgärder med hänvisning till deras ekonomiska situation. Regeringen menar att den ekonomiska aspekten är en oundviklig del i skälighetsbedömningen.¹⁴⁰ Om en arbetsgivare har möjlighet att få statligt bidrag för att täcka hela eller delar av kostnaden för att vidta tillgänglighetsåtgärder ska inte tas med i skälighetsbedömningen, då detta kan vara svårhanterat i praktiken och att få besked om bidrag är möjligt eller inte kan dröja. Om arbetsgivaren däremot vet med säkerhet att bidrag kan fås, ska detta tas med i bedömningen.¹⁴¹

I AD 2011 nr 25 nekades en arbetssökande praktik på ett vårdhem på grund av sin synskada. AD ansåg i det här fallet att en skälig åtgärd att vidta hade kunnat vara att köpa in ett hjälpmedel i form av ett förstoringsglas med tillhörande lampa vilket hade underlättat för den arbetssökande och gjort att han hade kunnat utföra fler uppgifter på arbetsplatsen, dock inte alla. För att han skulle kunna utföra sin praktik med alla de uppgifter som ingår i det dagliga arbetet skulle han hela tiden behöva gå bredvid någon annan. Detta ansågs dels vara för resurskrävande, trots att arbetsgivaren till viss del möjligen varit berättigad till ersättningen för den extra resursen, dels att den extra personalen skulle kunna ses som en integritetskränkning av de boende på vårdhemmet.¹⁴² I detta fall ansågs med andra ord de möjliga anpassningsåtgärderna

¹³⁸ Se avsnitt 3. 2.

¹³⁹ Prop. 1997/98:179 s.53.

¹⁴⁰ Prop. 2013/14:198 s. 67.

¹⁴¹ Prop. 1997/98: s. 53 f.

¹⁴² AD 2011 nr 25.

vara för kostsamma utifrån arbetsgivarens ekonomiska förutsättningar samt vara oskäligen ur ett praktiskt perspektiv med kravet på den extra personalen.

Arbetsdomstolen gjorde en likartad bedömning i AD 2010 nr 13 ett fall gällande en synskadad kvinna som sökt arbete hos Försäkringskassan. Där bedömde AD att de åtgärder som krävdes för att hon skulle hamna i en jämförbar situation var oskäligen. Motiveringen var dels att två personer behövdes för att utföra en persons arbete, dels att det krävdes att deras datasystem omprogrammerades vilket i sin tur skulle bidra till en kostnad om 20 000 arbetstimmar. Detta trots att Försäkringskassan vid den tidpunkten var en av Sveriges största arbetsgivare med stora ekonomiska resurser och förutsättningar samt en arbetsgivare som kan anses ha ett särskilt ansvar att främja anpassningsåtgärder för personer med funktionsnedsättning.¹⁴³ Domen överklagades till övervakningskommittén för FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning då kändans ombud, Unga Synskadade och Synskadades Riksförbund, ansåg att lagstiftningen i Sverige inte motsvarade FN konventionens krav för skäligen åtgärder. Kommittén svarade att något brott mot konventionen inte skett då staterna har ett visst utrymme för att själva bedöma vad som anses vara skäligen när det kommer till anpassningsåtgärder. De menar vidare att arbetsdomstolen gjort en rättvis och objektiv bedömning av situationen och att åtgärderna inte vara skäligen. Alla ledamöter var emellertid inte eniga, en tredjedel av ledamöterna i kommittén ställde sig kritiska till bedömningen.¹⁴⁴ En liknande skälighetsbedömning gjordes av AD i fallet AD 2017 nr 51, som även det överklagades till övervakningskommittén för FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.¹⁴⁵ Fallet avser en person som sökt en tjänst som lektor på en högskola. Personen i fråga var döv och högskolan gjorde därför bedömningen att tillgänglighetsåtgärderna skulle kräva årligen kostnader på ungefär en halv miljon kronor för tolktjänster. Högskolan bedömde, likt arbetsdomstolen, dessa kostnader att vara oskäligen då det skulle bli en återkommande kostnad och åtgärderna skulle inte gynna andra arbetstagare med funktionsnedsättning.

¹⁴³ AD 2010 nr 13.

¹⁴⁴ CRPD/C/12/D/5/2011 den 27 oktober 2014.

¹⁴⁵ CRPD/C/23/D/45/2018 den 23 september 2020.

Ingen diskriminering hade därmed skett enligt diskrimineringslagen.¹⁴⁶ När fallet sedan överklagades kom övervakningskommittén fram till att Sverige brutit mot konventionen. Grunderna för bedömningen var dels för att AD inte tog i beaktning vilken positiv inverkan en döv lektor skulle kunna ha för att främja inkludering och mångfald, dels för att man inte övervägde andra anpassningsåtgärder utöver tolktjänster och att dessa inte var i dialog med personen i fråga. Varken kändesidan, svarandesidan eller AD tog upp alternativa åtgärder utöver en tolk. Det faktum att den här dialogen saknades kom att påverka rättegången då inga åtgärder utöver teckenspråkstolkning togs hänsyn till. Kommittén rekommenderar därför att Sverige ska kompensera mannen samt vidta åtgärder som att till exempel utbilda anställda vid arbetsdomstolen om FN-konventionen för att försäkra sig om att detta inte händer igen.¹⁴⁷ Avgörandet är enligt Fransson & Stüber avgörande för svensk rättstillämpning och bör leda till en utredning om eventuella ändringar i diskrimineringslagen.¹⁴⁸ Inghammar & Sinander menar även att det inte bara är ett viktigt avgörande för den svenska rättstillämpningen utan att det även är ett avgörande som EU-domstolen kommer behöva rätta sig efter framöver.¹⁴⁹ Trots FN:s rekommendationer har Sverige valt att inte betala ersättning till lektorn. Detta på grund av att det, enligt regeringen, inte finns någon internationell skyldighet att kompensera kändesidan ekonomiskt. Regeringen tar även upp i svaret till FN-kommittén att de har gett ett förslag om införandet av en ny institution för mänskliga rättigheter vars syfte ska vara att övervaka, undersöka och rapportera hur de mänskliga rättigheterna efterföljs i Sverige. Utöver detta har även regeringen instruerat myndigheten för delaktighet att de ska informera arbetsgivare och andra berörda parter om deras ansvar att erbjuda tolktjänster samt annan support. Myndigheten har också genomfört ett kommunikationsinitiativ för att öka kunskapen och medvetenheten om FN-konventionen bland allmänheten.

¹⁴⁶ AD 2017 nr 51.

¹⁴⁷ CRPD/C/23/D/45/2018 den 23 september 2020.

¹⁴⁸ Fransson & Stüber, 2021, s.168.

¹⁴⁹ Inghammar, Andreas och Sinander, Erik. Möjliga anpassningsåtgärder borde ha utretts mer. *Lag & Avtal: arbetsrättslig tidskrift* 2020 (11), s. 34.

Regeringen menar vidare att de vidtagit rimliga åtgärder för att uppfylla kommitténs rekommendationer.¹⁵⁰

3.4.2 Omfattningen och varaktigheten av förhållandet

Vid bedömning av tillgänglighetsåtgärderna kan anställningens form samt varaktighet tas i beaktning.¹⁵¹ Det bedöms vara rimligt att kräva mer omfattande åtgärder av en arbetsgivare vid ett längre anställningsförhållande jämfört med en kortvarig eller begränsad kontakt.¹⁵² Exempelvis är arbetsgivarens skyldigheter mindre omfattande när det gäller yrkespraktik, praktik i grundskolan eller i gymnasiet jämfört med en anställning, då denna inte innefattar en lika nära avtalsrelation som en anställning och därutöver ofta pågår under en kortare tid.¹⁵³ I AD 2017 nr 51 tar AD upp det faktum att det kan ställas större krav på en arbetsgivare att vidta anpassningsåtgärder när det handlar om en tillsvidareanställning på heltid, där även arbetsgivaren i fråga var en högskola med en stor personalbudget.¹⁵⁴ Omfattningen av förhållandet var emellertid en av anledningarna till att AD i det här fallet ansåg åtgärderna vara oskäligen. Kostnaderna i fråga var inte av engångskaraktär utan skulle vara en årlig kostnad så länge personen var anställd på högskolan.¹⁵⁵

3.4.3 Andra omständigheter av betydelse

Enligt diskrimineringslagen kan även andra omständigheter av betydelse påverka skälighetsbedömningen.¹⁵⁶ Att denna benämning finns med i lagtexten uppges vara för att inte begränsa skälighetsbedömningen till de ekonomiska och praktiska förutsättningar samt omfattningen och varaktigheten av förhållandet. Ytterligare en anledning som berörs är att det skulle vara orimligt att lista alla betydande omständigheter för skälighetsbedömningen i lagen.¹⁵⁷ Omständigheter som varit av betydelse för skälighetsbedömningen har framkommit via rättsfall i Arbetsdomstolen.

¹⁵⁰ UDFMR2018/4/CRPD den 25 mars 2021.

¹⁵¹ Prop. 2013/14:198 s. 32.

¹⁵² Prop. 2013/14:198 s. 128.

¹⁵³ Prop. 2013/14:198 s. 74.

¹⁵⁴ AD 2017 nr 51.

¹⁵⁵ AD 2017 nr 51.

¹⁵⁶ Diskrimineringslagen (2008:567) 1 kap. 4 §, 3 p.

¹⁵⁷ Prop. 2013/14:198 s. 61 f.

Ett exempel på detta är rättsfall AD 2013 nr 78 där en bussförare som drabbats av hjärtinfarkt fått en nedsättning av sina kognitiva förmågor. Det ledde till att bussföraren fick ett försämrat arbetsminne och inte längre klarade av att planera och strukturera sina dagar och sitt arbete på samma sätt som tidigare. En skälig anpassningsåtgärd som tas upp i domstolen är att schemalägga bussföraren så att han inte längre behöver jobba tidiga morgnar, vilket han inte längre klarar av, och endast jobba halvtid. Konsekvenserna av de åtgärderna skulle bli försämrade arbetsförhållanden för hans kollegor och trots det hade det inte varit tillräckligt för att han skulle vara i en jämförbar situation med dem. Åtgärderna bedömdes därför som oskäliga.¹⁵⁸ Att andra arbetstagare får försämrade arbetsförhållanden till följd av att stöd- eller anpassningsåtgärder vidtas kan således förutsättas vara en av dessa betydande omständigheter och som gör åtgärderna till oskäliga. Detta belyses även i AD 2012 nr 51 där en arbetstagare på grund av sin funktionsnedsättning har problem med greppfunktionen i ena handen och därför inte klarar av vissa tyngre arbetsuppgifter. En betydande del av arbetet innefattade att plocka upp varor, en stor del av dessa varor klarade arbetstagaren inte av att greppa och de hjälpmedel som fanns att tillgå var inte tillräckliga. Arbetet skulle kunna ha anpassats såtillvida att varorna först sorterades, av andra arbetstagare, så att hon endast skulle behöva plocka upp de varor som hon klarade av. Detta fann emellertid AD vara en åtgärd som inte ansågs vara skälig.¹⁵⁹ Här har å ena sidan de ekonomiska och praktiska förutsättningarna tagits hänsyn till, i form av det extra arbetet för de övriga arbetstagarna, å andra sidan att det inte fanns tillräckliga hjälpmedel att tillgå för att försätta arbetstagaren i fråga i en jämförbar situation.

En viktig faktor som kan vara avgörande för skälighetsbedömningen är huruvida arbetsgivaren varit medveten om en arbetstagares eller arbetssökandes funktionsnedsättning och de begränsningar som den innebär. En funktionsnedsättning behöver inte alltid vara synlig och det kan därför finnas fall där arbetsgivaren inte är medveten om det. En arbetstagare bör därför informera arbetsgivaren om

¹⁵⁸ AD 2013 nr 78.

¹⁵⁹ AD 2012 nr 51.

funktionsnedsättningens eventuella begränsningar samt vilka stöd- och anpassningsåtgärder som denne anser kan vara lämpliga. Detta betyder inte att arbetsgivaren själv inte har något ansvar eller någon skyldighet att ta reda på den här informationen. Om en arbetsgivare är medveten om att en arbetstagare har en funktionsnedsättning bör den, i dialog med arbetstagaren, ta reda på vilka åtgärder som är möjliga.¹⁶⁰ Därmed kan konstateras att arbetsgivaren har ett ansvar att ta reda på vilka begränsningar en funktionsnedsättning kan medföra samt vilka åtgärder som finns att vidtas. För att kunna göra detta måste arbetsgivaren vara medveten om att arbetstagaren eller arbetssökanden har en funktionsnedsättning, där har således även denna ett ansvar att meddela detta.

4. Sammanfattande analys

Att arbetsgivare är skyldiga att vidta skäligen anpassningsåtgärder för att personer med funktionsnedsättning ska kunna delta i arbetslivet är ostridigt och är något som framgår av såväl nationell som internationell rätt. Något som skiljer EU-rätten från svensk diskrimineringsrätt och CRPD är definitionen av funktionsnedsättning. I EU-rätten måste tillståndet innebära ett hinder i arbetet. Detta gäller inte i diskrimineringslagen eller i CRPD.¹⁶¹ Den huvudsakliga anledningen till detta är att arbetslivsdirektivet endast omfattar arbetslivet medan både diskrimineringslagen och CRPD omfattar fler områden. Definitionen har en betydande påverkan på tillämpningen av förbudet mot bristande tillgänglighet då det endast är diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning som skyddas av förbudet. I Z-fallet ansågs inte arbetstagaren ha en funktionsnedsättning då hennes tillstånd inte medförde ett hinder i arbetet. Utifrån svensk rättspraxis kan bedömningen däremot göras att ett liknande tillstånd hade kunnat ses som en funktionsnedsättning enligt svensk lagstiftning och det hade i sin tur påverkat bedömningen om diskriminering har skett eller inte. Att en situation kan tolkas annorlunda utifrån svensk lagstiftning, EU-rätt och utifrån FN:s konventioner

¹⁶⁰ Prop. 2007/08:95 s. 153.

¹⁶¹ Se avsnitt 2.3.

bör också has i åtanke. Utöver Z-fallet är även AD 2017 nr 51 ett exempel på detta, då arbetsdomstolen samt regeringen gjort en annan bedömning av situationen än vad FN gjort. Detta trots att Sverige är folkrättsligt bundet av FN:s konventioner och svensk lag ska tillämpas så att den stämmer överens med konventionerna i största möjliga utsträckning.

Något som skulle kunna påverka hur arbetsgivaren ser på åtgärderna är införandet av förbudet mot bristande tillgänglighet i diskrimineringslagen. Valet att gå från skäliga stöd- och anpassningsåtgärder till åtgärder för tillgänglighet kan göra att arbetsgivare tolkar begreppet tillgänglighet annorlunda än begreppet stöd- och anpassningsåtgärder. Enligt förarbetena till förbudet mot bristande tillgänglighet uttrycks det att begreppen tillgänglighet och användarbarhet har en klar betydelse som inte behöver definieras. Det finns däremot en viss skillnad i innebörden av begreppen där tillgänglighet vanligen syftar till den fysiska aspekten såsom möjligheten att ha tillgång till byggnader eller lokaler. Stöd- och anpassningsåtgärder kan tänkas omfatta ett bredare område, men ska enligt förarbeten ha samma innebörd som förbudet mot bristande tillgänglighet. Hur domstolen uppfattar det ska alltså inte ha ändrats, men möjligheten finns att arbetsgivare eller arbetstagare tolkar det annorlunda och inte är medvetna om vilka skyldigheter respektive rättigheter bestämmelsen för med sig.¹⁶²

För att avgöra vilka åtgärder en arbetsgivare är skyldig att vidta behöver först en bedömning göras av vilka åtgärder som är möjliga, därefter kommer skälighetsbedömningen.¹⁶³ Vad som menas med en skälig anpassningsåtgärd bör ses utifrån de tre kategorierna som nämns i lagtexten; ekonomiska och praktiska förutsättningar, omfattningen och varaktigheten av förhållandet samt andra omständigheter av betydelse. För att vidare reda ut vilka åtgärder som utifrån dessa aspekter anses rimliga behöver förarbeten samt rättspraxis studeras då den informationen inte finns i lagtexten.

¹⁶² Se avsnitt 3.4.

¹⁶³ Se avsnitt 3.4.1.

4.1 Ekonomiska och praktiska förutsättningar

En arbetsgivares ekonomiska och praktiska förutsättningar har visat sig ha stor betydelse för skälighetsbedömningen i den rättspraxis som finns om ämnet. Dessa förutsättningar tas upp i diskrimineringslagen som en faktor att beakta vid skälighetsbedömningen av en åtgärd. I arbetslivsdirektivet nämns den ekonomiska aspekten som viktig vid skälighetsbedömningen, däremot nämns inte en arbetsgivares praktiska förutsättningar som en särskild omständighet att ta hänsyn till.

Trots att det varit skilda åsikter gällande hur ett företags ekonomiska förutsättningar ska påverka de åtgärder som anses skäligen, har det haft en betydande roll för Arbetsdomstolens bedömning. I AD 2011 nr 25, AD 2010 nr 13 samt AD 2017 nr 51 har domstolen bedömt att åtgärderna varit oskäligen ur en ekonomisk synpunkt. Detta trots att arbetsgivaren haft en god ekonomi eller eventuellt haft möjligt att få statliga bidrag. Kostnaden bör också ställas i relation till om flera kan få nytta av åtgärden. Exempelvis skulle en tolk, som i fallet AD 2017 nr 51, endast underlätta för lektorn som var döv och skulle inte kunna användas av andra personer med funktionsnedsättning då tjänsten endast kan användas av en person. Däremot skulle inköp av ett ordbehandlingsprogram, som i fallet AD 2020 nr 13, kanske komma att underlätta för fler personer med dyslexi då det inte är begränsat till en person. Att anpassa lokaler så att de blir mer tillgängliga och användbara för personer med funktionsnedsättning skulle också kunna vara ett exempel på när en åtgärd kan komma att gynna och nyttjas av fler personer och kostnaden skulle därmed kunna anses skäligen även vid ett högre belopp än om det endast hade gynnat en person. De praktiska förutsättningarna har också betydelse, vilket exempelvis belyses i AD 2011 nr 25 där det skulle krävas en extra person för att personen med funktionsnedsättning skulle kunna utföra de väsentliga arbetsuppgifterna och hamna i en jämförbar situation. Dels ansågs detta vara orimligt kostsamt, dels att det var svårt att genomföra ur ett praktiskt perspektiv och skulle kunna leda till en integritetskränkning av de boende på vårdhemmet.

En slutsats som går att dra ur detta är att de ekonomiska förutsättningarna är av betydelse, men att de inte behöver vara avgörande. Ett företag eller en organisation med god ekonomi är inte endast på grund av den aspekten tvungen att vidta åtgärder som i stor utsträckning påverkar deras ekonomi. Med utgångspunkt i den rättspraxis som finns är åtgärdens ekonomiska påverkan av minst lika stor betydelse som arbetsgivarens förutsättningar för att finansiera dessa. Det faktum att arbetsgivaren har utrymme för åtgärderna i sin budget behöver inte betyda att de anses skäliga. En gräns för vilken kostnad som anses skälig går inte att bestämma utifrån de rättskällor som finns tillgängliga, den bedömningen får göras från situation till situation. Det gör det dock svårt för arbetsgivare att själva dra den gränsen. Ser man till tidigare rättspraxis återkommer AD vid ett flertal tillfällen till att kostnaden inte ska ha en för stor påverkan på verksamheten. Detta skulle därför kunna vara något som företag och organisationer kan använda som ett riktmärke.

4.2 Omfattningen och varaktigheten av förhållandet

Omfattningen och varaktigheten av förhållandet mellan en arbetstagar och arbetsgivare har också betydelse i skälighetsbedömningen. Det är tydligt att ett högre krav på åtgärder kan ställas på en tillsvidareanställning jämfört med en praktik eller ett vikariat. Det kan också ses ur ett annat perspektiv där en längre anställningstid kan göra att åtgärderna anses bli alltför kostsamma. Detta påvisas i AD 2017 nr 51 där kostnaden för en tolk skulle bli för dyr eftersom det var en återkommande kostnad så länge personen var anställd som lektor. Hade lektorn i stället för en tillsvidareanställning sökt en tjänst i form av ett vikariat eller för enbart några föreläsningar, kanske kostnaden för en tolk hade ansetts skälig. Ska däremot ett dyrare program köpas in, eller en fysisk åtgärd vidtas, kan en längre anställningstid i stället göra att det anses vara skäligt, då det kan användas under en längre tid, jämfört med en kortare anställning eller ett vikariat. Detta skulle kunna vara en nackdel för personer med funktionsnedsättning som är i behov av åtgärder som innebär en återkommande kostnad, som i AD 2017 nr 51, då de kanske blir tilltänkta för kortare uppdrag men inte för heltidstjänster eftersom det skulle bli för kostsamt. Med utgångspunkt i detta är det svårt att dra en slutsats av vilken betydelse och påverkan som omfattningen och varaktigheten av förhållandet har

för skälighetsbedömningen, det är beroende av den aktuella situationen. Det som med säkerhet går att säga är att arbetsgivare har ett mer omfattande ansvar för att vidta tillgänglighetsåtgärder om det gäller en tillsvidareanställning än vid en kortare anställningsform.

4.3 Andra omständigheter av betydelse

Exempel på andra omständigheter som kan ha betydelse har framkommit via rättspraxis och har innefattat bland annat att andra kollegor skulle påverkas negativt om åtgärder vidtas för en arbetstagare med funktionsnedsättning, att det inte finns några tillgängliga hjälpmedel att vidta, eller att arbetsgivaren inte var medveten om funktionsnedsättningen eller dess begränsningar.¹⁶⁴ I förarbeten samt i rättspraxis tas anpassning av arbetstider upp som en lämplig åtgärd.¹⁶⁵ I exempelvis AD 2013 nr 79 anses det dock inte vara skäligt då det skulle påverka kollegorna negativt. Att anpassa arbetstiden kan vara något som passar vissa yrkesgrupper men som kan vara svårt att genomföra i praktiken i andra. Det går med andra ord inte att säga att en anpassningsåtgärd är skälig för alla, oavsett hur liten eller stor den är. Detta kan även jämföras med att endast de uppgifter som är mest väsentliga ska kunna utföras för att en arbetstagare ska anses vara i en jämförbar situation. Det skulle kunna innebära att en person med funktionsnedsättning som enbart kan utföra enklare arbetsuppgifter, inte skulle behöva utföra de tyngre eller svårare uppgifterna och att en större börda därmed läggs på övriga medarbetare. Detta testades i AD 2012 nr 51 och där ansågs det av AD att åtgärden var oskälig. Åtgärder som påverkar andra kollegor negativt har alltså en tendens att bedömas vara oskäliga.

Att olika åtgärder ska övervägas, i dialog med personen i fråga, är också viktigt och var något som FN kritiserade i AD 2017 nr 51 samt togs upp av FN-kommittén i överklagandet av AD 2010 nr 13. I det förstnämnda fallet kritiserades AD för att alternativa åtgärder inte tagits upp i rättsprocessen, medan de i det andra fallet ansåg

¹⁶⁴ Se avsnitt 3.4.3.

¹⁶⁵ Se avsnitt 3.4.

att AD gjort en rättvis bedömning av de åtgärder som fanns tillgängliga. Här belyses arbetsgivarens ansvar att undersöka inte bara om åtgärder behövs utan även vilka olika åtgärder som finns tillgängliga och av dessa vilka som är lämpliga. Om en åtgärd skulle anses vara oskälig, exempelvis på grund av kostnaden, kan därför arbetsgivaren behöva undersöka andra möjliga åtgärder. Regeringen ansåg däremot inte att utredningen brast i det här fallet, så hur ett liknande fall skulle kunna dömas i framtiden är med det sagt inte helt tydligt.

5. Avslutande reflektion och slutsats

För att svara på frågeställningen i den här uppsatsen innebär förbudet mot bristande tillgänglighet att personer med funktionsnedsättning ska hamna i jämförbar situation med personer utan samma funktionsnedsättning. Det som gör förbudet mot bristande tillgänglighet till en komplex bestämmelse är att personer med funktionsnedsättning inte alltid kan hamna i en jämförbar situation med arbetstagare som inte har samma funktionsnedsättning. En person med funktionsnedsättning är ofta, men inte alltid, begränsad i sin arbetsförmåga. Att AD ofta bedömer att åtgärderna anses vara oskäliga gör att förbudet i praktiken inte skyddar alla arbetstagare eller arbets sökande med funktionsnedsättning, utan endast de som med enklare, individuella anpassningar kan hamna i en jämförbar situation med andra arbetstagare utan samma funktionsnedsättning.

Vidare kan arbetsgivarens ansvar för att motverka bristande tillgänglighet sägas ha en stark koppling till skälighetsbedömningen. En skälighetsbedömning går inte att definiera utan är situationsberoende och kan bero på flera olika faktorer. Gemensamt för dessa olika faktorer är att det inte ska resultera i en för stor börda för arbetsgivaren ur ett ekonomiskt eller praktiskt perspektiv samt att det inte ska påverka andra arbetstagare negativt. Det är rimligt att skälighetsbedömningen inte är definierbar då olika arbetsgivare har olika möjligheter och förutsättningar. En kostnad som anses rimlig för en arbetsgivare kan vara för kostsam för en annan. Det är även av intresse att påpeka att det hittills endast finns en fällande dom, vilket skulle kunna vara en

indikation på att skälighetsbedömningen ofta bedöms med fördel till arbetsgivaren och att de åtgärder som en person med funktionsnedsättning ofta är beroende av ligger utanför arbetsgivarens skyldighet. Det skulle även kunna vara en fingervisning om att förbudet inte är tillräckligt tydligt formulerat. En arbetstagare med funktionsnedsättning som är i behov av åtgärder som i det vardagliga språket inte ses som en tillgänglighetsåtgärd, utan ses mer som en anpassning av arbetet eller ett stöd, kanske inte är medveten om sina rättigheter. Det bör dock poängteras att detta inte betyder att arbetsgivaren saknar skyldigheter, ett stort ansvar kan sägas ligga på arbetsgivaren att undersöka och utreda om åtgärder behövs och i så fall vilka åtgärder som är lämpliga utifrån den aktuella situationen. En bedömning får sedan göras från arbetsgivarens sida om dessa åtgärder innebär en orimlig börda sett utifrån företagets förutsättningar i relation till anställningsförhållandet och vilka som kan komma att påverkas, både positivt och negativt, av åtgärderna.

Källförteckning

Offentligt tryck

Europeiska unionen

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

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

Rådets beslut 2010/48/EG av den 26 november 2009 om ingående från Europeiska gemenskapens sida av Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.

Förenta nationerna

FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.

FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter.

Sverige

Ds 2010:20 *Bortom fagert tal – om bristande tillgänglighet som diskriminering.*

Prop. 1997/98:179 *Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder.*

Prop. 2005/06:207 *Skäliga stöd- och anpassningsåtgärder för arbetstagare med funktionshinder.*

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

Prop. 2008/09:28 *Mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättning.*

Prop. 2013/14:198 *Bristande tillgänglighet som en form av diskriminering.*

SÖ 2008:26, *Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning och fakultativt protokoll till konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning*,

UDFMR2018/4/CRPD den 25 mars 2021.

Litteratur

Bogdan, Michael. *Komparativ rättskunskap*. 2:a upplagan, Stockholm: Norstedts juridik, 2003.

Eidsvaag, Tine och Inghammar, Andreas. The Definition of 'disability' under EU Law and Its Impact on the Protection of Persons with Disabilities in Denmark, Norway and Sweden. *European Journal of Social Law (EJSL)* 2014 (4): 241–59.
<https://www.jurisquare.be/en/journal/ejsl/2014-4/the-definition-of-disability-under-eu-law-and-its-impact-on-the-protection-of-persons-with-disabil/>.

Fransson, Susanne och Stüber, Eberhard. *Diskrimineringslagen – en kommentar*. 3:e upplagan, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2021.

Göransson, Håkan Gabinus & Del Sante, Naiti. *Diskrimineringslagen: en lärobok*. Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2018.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.). *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2:a, omarb. upplagan, Stockholm: Norstedts juridik AB, 2011.

Hjerstedt, Mattias. ”Beskrivning av rättsdogmatisk metod”, i Mannelqvist, Ruth, Ingmanson, Staffan & Ulander-Wänman, Carin (red.), *Festskrift till Örjan Edström*, Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet, 2019.

Inghammar, Andreas. *Funktionshindrad - med rätt till arbete?: en komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland*, Juristförlaget, Diss. Lund: Lunds universitet, Lund, 2007.

Inghammar, Andreas och Sinander, Erik. Möjliga anpassningsåtgärder borde ha utretts mer. *Lag & Avtal: arbetsrättslig tidskrift* 2020 (11), 34.

Kidner, Richard. *Blackstone's Statutes on Employment Law 2016-2017*, 26: e upplagan, New York: Oxford University Press, 2016.

Lehrberg, Bert. *Praktisk juridisk metod*, 13:e upplagan, Uppsala: Iusté AB, 2021.

Nyström, Birgitta. *EU och arbetsrätten*, 6:e upplagan, Stockholm: Norstedts Juridik AB, 2021.

Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.). *Juridisk metodlära*, 2: a upplagan, Lund: Studentlitteratur, 2018.

Shakespeare, Tom. *Disability right and wrongs revisited*, Hoboken: Taylor and Francis, 2013.

Waddington, Lisa. "When It Is Reasonable for Europeans to be Confused: Understanding When a Disability Accommodation Is Reasonable from a Comparative Perspective," *Comparative Labor Law & Policy Journal* 29, 2008 (3): 317-340.

Internetkällor

Arbetsmiljöverket. *Tillgänglig arbetsmiljö*. 2019.
<https://www.av.se/arbetsmiljoarbete-och-inspektioner/en-tillganglig-arbetsmiljo/>
(Hämtad 2021-11-09).

SCB, *Situationen på arbetsmarknaden för personer med funktionsnedsättning 2020*. 2021.
<https://www.scb.se/hitta-statistik/statistik-efter-amne/arbetsmarknad/funktionsnedsattning/situationen-pa-arbetsmarknaden-for-personer-med-funktionsnedsattning/pong/publikationer/situationen-pa-arbetsmarknaden-for-personer-med-funktionsnedsattning-2020/> (Hämtad 2021-11-23).

Rättsfallsförteckning

Sverige

Arbetsdomstolen

AD 2003 nr 47.

AD 2005 nr 32.

AD 2006 nr 97.

AD 2009 nr 60.

AD 2010 nr 13.

AD 2011 nr 25.

AD 2012 nr 51.

AD 2013 nr 78.

AD 2014 nr 26.

AD 2017 nr 51.

AD 2018 nr 11.

AD 2020 nr 3.

AD 2020 nr 13.

Europeiska unionen

EU-domstolen

Mål C-13/05 *Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA*, REG 2006 I-06467.

Mål C-303/06, *S. Coleman mot Attridge Law och Steve Law*, REG 2008 I-5603.

Mål C-335/11 och C-337/11 *HK Danmark mot Dansk almennyttigt Boligselskab och Dansk Arbejdsgiverforening*, EU:C:2013:222.

Mål C-363/12, *Z mot A Government Department and the Board of Management of a Community School*, EU:C2014:159.

Mål C-354/13 *Fag og Arbejde (FOA) som för talan mot Karsten Kaltoft, mot Kommunens Landsforening (KL) som talan för Billund Kommune*,
ECLI:EU:C:2014:2463.

Mål C-395/15 *Mohamed Daouidi mot Bootes Plus SL*, ECLI:EU:C:2016:917.

Mål C-270/16 *Carlos Enrique Ruiz Conejero mot Ferroses Servicios Auxiliares SA*,
ECLI:EU:C:2018:17.

Mål C-16/19 *VL mot Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie*, ECLI:EU:C:2021:64.

FN-kommittén för rättigheter för personer med funktionsnedsättning

CRPD/C/12/D/5/2011 den 27 oktober 2014.

CRPD/C/23/D/45/2018 den 23 september 2020.