

Förbudet mot diskriminering av personer med funktionsnedsättning i arbetslivet

*Vilket ansvar har arbetsgivaren att motverka diskriminering och
hur långt sträcker sig skyldigheten att vidta stöd- och
anpassningsåtgärder?*

Amanda Persson & Linnea Grosen

Kandidatuppsats i Handelsrätt

HARH16

HT 2022

Handledare:

Andreas Inghammar



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

1. Inledning	5
1.1 Syfte och frågeställningar	6
1.2 Avgränsningar	6
1.3 Metod	7
2. Funktionsnedsättning som diskrimineringsgrund	10
2.1 Diskrimineringslagstiftning på internationell nivå	12
2.1.1 Förenta nationerna	12
2.1.2 Europeiska unionen	13
2.2 Diskrimineringslagstiftning på nationell nivå	14
2.2.1 Diskrimineringslag	15
3. Arbetsgivarens förebyggande ansvar	16
3.1 Aktiva åtgärder i diskrimineringslagstiftning	17
3.2 Arbetsanpassning i annan reglering	18
4. Förbud mot diskriminering i arbetslivet	19
4.1 Direkt diskriminering	19
4.1.1 Missgynnande	20
4.1.2 Jämförbar situation	21
4.1.3 Orsakssamband	22
4.2 Indirekt diskriminering	23
4.2.1 Särskilt missgynnande	24
4.2.2 Jämförbar situation	24
4.2.3 Intresseavvägning	25
4.3 Bristande tillgänglighet	26
4.3.1 Missgynnande	28
4.3.2 Underlåtenhet att vidta åtgärder	28
4.3.3 Jämförbar situation	29
4.3.4 Skälighetsbedömning	31
4.4 Övriga typer av diskriminering	35
5. Sammanfattande analys	35
5.1 Diskrimineringsförbudets omfattning och arbetsgivarens ansvar	36
5.2 Arbetsgivarens ansvar att införa skäliga stöd- och anpassningsåtgärder	37
6. Avslutande reflektion och slutsats	40
Källförteckning	42

Abstract

A person with a disability may encounter various obstacles in working life, for example in the form of limitations due to reduced working ability. To some extent, the employer has an obligation to remove such obstacles to prevent the occurrence of discrimination in the workplace. Based on the legal dogmatic method, this essay consequently aims to explain the extent of the prohibition of discrimination, and to investigate the employer's responsibility to counteract discrimination. The prohibition against lack of accessibility and the extent of the employer's obligation to take measures are then analyzed.

The prohibition of discrimination against persons with disabilities is comprehensive and applies to all forms of discrimination. The employer must, through active actions and work adaptation, take into account the employee's individual work ability. The employer also has an obligation to take measures so that persons with disabilities end up in a comparable situation to those without such disabilities. Liability is limited to measures that are considered reasonable in consideration of certain circumstances. These must not entail a disproportionate burden on the employer, or disregard the needs of the business. The assessment must be made in each individual case. This consequently affects the extent of discrimination protection, and access to work for people with disabilities. The employee who, despite the measures taken, lacks the conditions to carry out essential work for the employer, is therefore not covered by the discrimination act's protection. This means that parts of the social group are still excluded from the labor market and its regulations.

Sammanfattning

En person med funktionsnedsättning kan stöta på olika hinder i arbetslivet, exempelvis i form av begränsningar på grund av nedsatt arbetsförmåga. I viss mån har arbetsgivaren en skyldighet att undanröja sådana hinder för att förhindra förekomsten av diskriminering på arbetsplatsen. Utifrån den rättsdogmatiska metoden syftar denna uppsats följaktligen till att redogöra för diskrimineringsförbudets omfattning och att utreda arbetsgivarens ansvar att motverka diskriminering. Närmare analyseras förbudet mot bristande tillgänglighet och omfattningen av arbetsgivarens skyldighet att vidta stöd- och anpassningsåtgärder.

Diskrimineringsförbudet av personer med funktionsnedsättning är omfattande och gäller samtliga diskrimineringsformer. Arbetsgivaren ska genom aktiva åtgärder och arbetsanpassning ta hänsyn till arbetstagarens individuella arbetsförmåga. Arbetsgivaren har vidare en skyldighet att vidta stöd- och anpassningsåtgärder för att personer med funktionsnedsättning ska hamna i en jämförbar situation med de utan sådan nedsättning. Ansvar begränsas till åtgärder som anses vara skäliga i hänsyn till en rad olika omständigheter. Dessa får inte innebära en oproportionerlig börda för arbetsgivaren, eller bortse från verksamhetens behov. Skälighetsbedömningen måste göras i varje enskilt fall. Detta påverkar följaktligen diskrimineringsskyddets omfattning, och tillgången till arbete för personer med funktionsnedsättning. Den arbetstagare som trots vidtagna åtgärder saknar förutsättningar att genomföra väsentligt arbete för arbetsgivaren, omfattas således inte av diskrimineringslagens skydd. Detta innebär att delar av samhällsgruppen fortfarande exkluderas från arbetsmarknaden och dess regleringar.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AFS	Arbetsmiljöverkets författningssamling
AML	Arbetsmiljölagen (1977:1160)
CRPD	Förenta nationernas konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning
DL	Diskrimineringslag (2008:567)
DO	Diskrimineringsombudsmannen
Ds	Departementsserien
EG	Europeiska gemenskaperna
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN	Förenta nationerna
FUDA	Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder (1999:132)
Prop	Proposition
RF	Regeringsformen
SCB	Statistiska centralbyrån (Statistikmyndigheten)
SOU	Statens offentliga utredningar
SÖ	Sveriges internationella överenskommelser

1. Inledning

Idag har arbete och sysselsättning ett betydande värde för livets sociala och ekonomiska sammanhang. Detta gör anställningsbarheten till en avgörande faktor för möjligheten att utveckla livet i den riktning som den enskilde önskar. För åtskilliga personer med funktionsnedsättning finns det alltså en upplevelse av utanförskap i arbetslivet och ett flertal personer deltar inte i den utsträckning de själva önskar. Detta beror till stor del på dagens arbetsmarknadsregleringar av olika anledningar inte lämnar tillräckliga förutsättningar till detta.¹

Enligt SCB:s undersökning *Situationen på arbetsmarknaden för personer med funktionsnedsättning*, har cirka 18 procent av alla personer i den svenska arbetskraften² någon form av funktionsnedsättning. Av dessa uppger 42 procent att funktionsnedsättningen påverkar deras arbetsförmåga på ett negativt sätt.³ Ståhl och Anderzén beskriver arbetsförmåga som ett relativt begrepp, och menar att arbetsförmågan kan ha en föränderlig karaktär. Om arbetsgivaren är villig att förändra och anpassa arbetet till den specifika arbetstagaren kan arbetsförmågan följaktligen förbättras.⁴

Begränsningar på grund av nedsatt arbetsförmåga är en av de faktorer som kan försvåra inträdet på arbetsmarknaden.⁵ Idag ligger arbetsmarknadsdeltagandet bland personer med funktionsnedsättning runt 79 procent, medan resterande 21 procent aldrig har varit arbetssökande eller haft ett arbete. Det finns alltså en grupp personer med funktionsnedsättning som inte alls representeras eller har möjlighet att delta i arbetslivet.⁶

På grund av de olika begränsningar som kan utgöra hinder i arbetslivet för personer med funktionsnedsättning, omfattas de av ett rättsligt diskrimineringskydd för att inte behandlas sämre än andra. Arbetstagaren har således rätt att ställa krav på vissa åtgärder för tillgänglighet på arbetsplatsen, och arbetsgivaren har ett visst ansvar att genomföra dessa.⁷ Av

¹ Andreas Inghammar, *Funktionshindrad - med rätt till arbete?: en komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland*, (Lund, Juristförlaget, Lunds universitet, 2007), s. 17.

² Arbetskraften definieras som alla sysselsatta eller arbetslösa personer mellan 16-64 år som är folkbokförda i Sverige.

³ SCB, *Situationen på arbetsmarknaden för personer med funktionsnedsättning 2021*, (SCB: Solna) [Situationen på arbetsmarknaden för personer med funktionsnedsättning 2021](#) (Hämtad 2022-11-15) s. 5.

⁴ Berth Danermark & Susanna Larsson Tholén, (red.), *Arbetsliv för alla: funktionsnedsättning och arbete*, (Malmö: Gleerups, 2016) s. 39.

⁵ Arbetsförmedlingen, "Funktionsnedsättning, få stöd så här", *Arbetsförmedlingen*, [Funktionsnedsättning, få stöd så här - Arbetsförmedlingen](#) (Hämtad 2022-12-09).

⁶ SCB, *Situationen på arbetsmarknaden för personer med funktionsnedsättning 2021*, s. 6.

⁷ Diskrimineringsombudsmannen, "Bristande tillgänglighet", *Diskrimineringsombudsmannen*, senast uppdaterad 11 oktober 2022, (Hämtad 2022-12-01) [Bristande tillgänglighet är en form av diskriminering | DO](#).

de personer med nedsatt arbetsförmåga som är sysselsatta på arbetsmarknaden, har 49 procent behov av särskild anpassning för att utföra sitt arbete. Utav dessa har cirka 80 procent fått den anpassning som krävs. För resterande 20 procent har stöd uteblivit.⁸ Vem som har rätt till tillgänglighetsåtgärder, och i vilka fall arbetsgivaren är skyldig att vidta sådana för att motverka diskriminering, blir således intressant i detta sammanhang.

1.1 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att undersöka de rådande rättsregler och rättsliga funktioner som reglerar förbudet mot diskriminering av personer med funktionsnedsättning i arbetslivet. Vidare utreds arbetsgivarens ansvar att vidta åtgärder för att motverka detta ur ett arbetsrättsligt perspektiv. Närmare analyseras diskrimineringsformen bristande tillgänglighet, samt vad som anses vara skäliga krav på stöd- och anpassningsåtgärder för arbetsgivaren för att skapa en djupare förståelse för skyldighetens omfattning, och hur detta följaktligen begränsar tillgången till arbete för personer med funktionsnedsättning. Med utgångspunkt i den rättsdogmatiska metoden kommer uppsatsen genom den gällande rätten redogöra för, och analysera de olika begrepp och bestämmelser som är relevanta för att besvara följande frågeställningar.

- Vad omfattar enligt diskrimineringsrätten förbudet mot diskriminering av personer med funktionsnedsättning i arbetslivet och vilka skyldigheter har arbetsgivaren att motverka detta?
- Hur långt sträcker sig arbetsgivarens skyldighet att vidta stöd- och anpassningsåtgärder för att motverka diskriminering av personer med funktionsnedsättning på grund av bristande tillgänglighet?

1.2 Avgränsningar

Denna uppsats ämnar att behandla diskriminering av personer med funktionsnedsättning i arbetslivet, vilket innebär att övriga samhällsområden och resterande diskrimineringsgrunder inte kommer att beröras eller redogöras för. I uppsatsen kommer begreppet funktionsnedsättning användas i linje med definitionen i rådande diskrimineringslagstiftning,

⁸ SCB, *Situationen på arbetsmarknaden för personer med funktionsnedsättning 2021*, s. 6.

med undantag för citering och de sammanhang där annan formulering skulle ha en avgörande betydelse i kontexten. Funktionsnedsättning kommer att analyseras utifrån internationell och nationell diskrimineringslagstiftning med tillhörande propositioner, praxis och övriga rättsligt bindande akter. Andra typer av lagstiftning, som det utökade skyddet mot uppsägning av personer med funktionsnedsättning i Lag (1982:80) om anställningsskydd, kommer inte att beröras. Vidare kommer arbetsgivarens ansvar avgränsas till det förebyggande ansvaret för att motverka diskriminering och ansvaret i förhållande till de olika diskrimineringsstyperna. Aktiva åtgärder, arbetsmiljölagerstiftning, instruktioner att diskriminera och trakasserier redogörs för, i syfte att skapa en helhetsbild av arbetsgivarens skyldigheter, men kommer inte utgöra ett eget område för analys. Arbetsgivarens efterliggande ansvar, i form av påföljder och rehabiliteringsansvar, samt annan typ av reglering från myndigheter som arbetsförmedlingen och försäkringskassan kommer medvetet utelämnas på grund av uppsatsens begränsade omfång.

1.3 Metod

Juridisk metod används för att identifiera, sortera och göra lämpliga avgränsningar av rättsinformation. Syftet är att skapa ett juridiskt underbyggt svar på en rättsvetenskaplig frågeställning.⁹ Rättskällevärdet behandlar vidare vilka rättskällor som *ska*, *bör* och *får* beaktas, och bestämmer rättskällornas hierarki.¹⁰ Primära källor som lagar och föreskrifter har högst rättsligt värde.¹¹ Därefter följer sekundära källor som förarbeten och prejudikat. Doktrin och övrig juridisk litteratur har vidare lägst rättsligt värde som juridiska argument.¹² Bogdan poängterar dock att det kan vara fördelaktigt att läsa sådana juridiska texter, för att skapa en helhetsbild av rättsläget.¹³ Sekundära källor bör således beaktas som ett komplement till primära källor för att skapa en nyanserad förståelse av rättsfrågan. För att den aktuella rättsfrågan ska besvaras på ett adekvat sätt bör det därför finnas ett samspel mellan dessa rättskällor.¹⁴

⁹ Claes Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 2 uppl. (Stockholm: Norstedts Juridik, 2007) s. 37-39.

¹⁰ Aleksander Peczenik, *Juridikens teori och metod*, (Göteborg: Norstedts Juridik, 1995) s. 35.

¹¹ Michael Bogdan, *Komparativ rättskunskap*, 2. uppl. (Stockholm: Norstedts juridik, 2003) s. 41.

¹² Peczenik, *Juridikens teori och metod*, s. 35.

¹³ Bogdan, *Komparativ rättskunskap*, s. 42.

¹⁴ Jan Melander & Joel Samuelsson, *Tolkning och tillämpning*, (Uppsala: Iustus förlag, 2003), s. 50-51, 155-156.

Den rättsdogmatiska metoden är en juridisk metod för tolkning och systematisering av gällande rätt.¹⁵ Metoden utgår i övervägande fall från en konkret frågeställning¹⁶ i syfte att rekonstruera eller att lösa ett rättsligt problem genom analys av allmänt accepterade rättsregler. Svaren söks således i förarbeten, lagstiftning, rättspraxis och juridisk doktrin.¹⁷ Metoden kan beskrivas som en tolkningslära, där uppgiften är att fastställa den generella regel som berör rättstvisten i fråga. Vidare bör regelns relevans och tillämplighet undersökas.¹⁸ I den rättsdogmatiska metoden analyseras rätten i första hand *de lege lata*, vilket innebär att klargöra gällande rätt, men man kan också inom ramen för rättsdogmatiken argumentera för hur rätten borde vara, *de lege ferenda*.¹⁹

I enlighet med ovan beskriven metod kommer diskrimineringsförbudet av personer med funktionsnedsättning, och arbetsgivarens ansvar att motverka diskriminering, tolkas genom gällande rätt. Uppsatsens frågeställning är både internationellt och nationellt präglad. Den EU-rätt som berör ämnet kommer således att analyseras. Främst kommer detta göras i förhållande till den nationella rättens tolkning och tillämpning av rättsakterna. Således utreds EU-rättens påverkan på den svenska diskrimineringsrätten.

I enlighet med den EU-rättsliga metoden ska Europeiska unionens rättsordning betraktas som uppdelad i två delar, där fördrag, stadgarna och allmänna rättsprinciper utgör det som kallas primärrätt. Dessa är direkt bindande för medlemsländerna. Sekundärrätten består av förordningar, direktiv och andra beslut. I rättshierarkin står EU-rätten över den svenska rätten. EU kan därför bestämma vilka lagregler som ska implementeras i svensk rätt genom direkt effekt, vid eventuell rättslig konflikt. De kan också utföra direktiv som medlemsländerna har en viss tid på sig att införa i den nationella rätten.²⁰ EU:s konventioner och stadgar om mänskliga rättigheter, samt direktiv om rättigheter för personer med funktionsnedsättning blir därför aktuella för uppsatsen och kommer tas hänsyn till för att öka förståelsen för *hur*, och *varför* den nationella rätten utvecklats i viss riktning.

¹⁵ Maria Nääv & Mauro Zamboni, *Juridisk metodlära*, 2 uppl. (Lund: Studentlitteratur, 2018) s. 22-24. Se även Frantzeska Papadopoulou & Björn Skarp, *Juridikens nycklar: introduktion till rättsliga sammanhang, metoder och verktyg*, 2 uppl. (Stockholm: Norstedts Juridik, 2021) s. 159.

¹⁶ Nääv & Zamboni, *Juridisk metodlära*, s. 23.

¹⁷ Nääv & Zamboni, *Juridisk metodlära*, s. 21.

¹⁸ Nääv & Zamboni, *Juridisk metodlära*, s. 30.

¹⁹ Papadopoulou & Skarp, *Juridikens nycklar*, s. 159.

²⁰ Nääv & Zamboni, *Juridisk metodlära*, s. 111-117.

EU-domstolens praxis har vidare ett högt rättsligt värde, och ska således betraktas som gällande rätt.²¹ Från EU-domstolen kommer de rättsfall som är relevanta för att besvara frågeställningen att presenteras. Dessa bidrar med en ökad förståelse för den berörda EU-rättens syfte, samt hur den bör tolkas och ibland skiljer sig från den nationella bedömningen. Vidare kommer material från FN behandlas för att redogöra för de övriga internationella åtaganden som Sverige har ingått och är bundna av. FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning (CRPD) är därför värdefull för tolkningen av den egna rätten. Det kommer även redogöras för den kritik FN-kommittén riktat åt Arbetsdomstolen i fråga om skälighetsbedömning, för att analysera hur Sveriges diskrimineringsrätt betraktas internationellt, och i vilken mån medlemsnationen anses uppfylla sina åtaganden.

I första hand kommer primärkällor användas och den lagstiftning som reglerar området kommer att analyseras. Övervägande kommer diskrimineringslagen (2008:567) utgöra grunden för rättslig analys, då denna reglerar diskrimineringsförbudet i den nationella rätten. Även arbetsmiljölagen (1977:1160) kommer att redogöras för i syfte att skapa en mer omfattande förståelse av arbetsgivarens ansvar att vidta åtgärder för att motverka diskriminering, tillsammans med arbetsmiljöverkets AFS (2020:5) om arbetsanpassning. Som komplement till lagstiftning kommer ett flertal förarbeten, propositioner och offentliga utredningar därefter granskas. Dessa nyanserar i flera fall lagstiftningens syfte och motiv, samt hur lagstiftaren avsett att detta skulle tolkas.

Vidare kommer samtliga rättsfall gällande diskriminering på grund av funktionsnedsättning i arbetslivet och deras betydelse för praxis analyseras. Arbetsdomstolens avgöranden ska betraktas som prejudikat och har således en stor betydelse för tolkningen och den faktiska tillämpningen av den gällande diskrimineringslagstiftningens bestämmelser, samt hur dessa ska tolkas vid en rättstvist. Dessa är sökta direkt ur Arbetsdomstolens register. Även sekundärkällor som lagkommentarer, doktrin och annan juridisk litteratur kommer att användas i den mån det bidrar till en mer nyanserad förståelse av berörda rättskällor. Vidare nämns avhandlingen *“Funktionshindrad - med rätt till arbete?”* samt artiklar som *“FN: Anpassningar borde ha utretts mer av Södertörn”* m.fl. att framföra viss kritik eller jämförelse av betydelse, för att på ett adekvat sätt besvara frågeställningen.

²¹ Nääv & Zamboni, *Juridisk metodlära*, s. 116.

2. Funktionsnedsättning som diskrimineringsgrund

I FN:s Konvention (CRPD) om rättigheter för personer med funktionsnedsättning definieras funktionsnedsättningar som varaktiga fysiska, psykiska, intellektuella eller sensoriska nedsättningar.²² Vidare beskrivs att *“funktionshinder härrör 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”*.²³

Vidare regleras vem som omfattas av diskrimineringsgrunden genom EU-rätten. Direktiv (2000/78/EG) om inrättande av en allmän ram för likabehandling, förbjuder diskriminering av personer med funktionsnedsättning i arbetslivet, men ger ingen vidare definition av begreppet.²⁴ Definitionen behandlas istället genom vägledande praxis från EU-rätten.²⁵ I fallet *Z* fastställdes att en funktionsnedsättning måste medföra nedsatt arbetsförmåga för att omfattas av det EU-rättsliga skyddet mot diskriminering i arbetslivet. Fallet berörde huruvida en kvinna utsatts för diskriminering på grund av att hon saknade livmoder. Domstolen kom till följd av unionens ratificering av FN-konventionen, fram till att funktionsnedsättningsbegreppet enligt direktiv 2000/78/EG ska förstås som *“en begränsning till följd av varaktiga fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare”*.²⁶ Domstolen bedömde att kvinnans avsaknad av livmoder innebar en begränsning till följd av fysiska skador, men inte kunde anses utgöra en funktionsnedsättning med hänsyn till att tillståndet inte ansågs leda till nedsatt arbetsförmåga. Trots att tillståndet var permanent, ansågs det alltså inte påverka kvinnan i form av arbetsrelaterade begränsningar.²⁷

I andra fall har frågan om huruvida sjukdom är en typ av funktionsnedsättning behandlats i EU-domstolen. I målet *Chacón Navas* fastslogs att sjukdom inte ska likställas med funktionsnedsättning enligt direktivets bestämmelser.²⁸ Sjukdom *kan* däremot medföra en funktionsnedsättning. Det blir tydligt genom de två målen rörande *HK*, där omfattande och

²² SÖ 2008:26 *Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning och fakultativt protokoll till konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning*, Artikel 1.

²³ SÖ 2008:26, s. 1.

²⁴ Direktiv 2000/78/EG.

²⁵ Inghammar, *Funktionshindrad - med rätt till arbete?*, s. 276.

²⁶ Mål C-363/12 *Z. mot A Government department, The Board of management of a community school*.

²⁷ Mål C-363/12 *Z. mot A Government department, The Board of management of a community school*.

²⁸ Mål C-13/05 *Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA*.

kroniska ryggsproblem ansågs utgöra funktionsnedsättning, på grund av att de bidrog till nedsatt arbetsförmåga för arbetstagaren.²⁹ Vidare har andra fall av fysiska tillstånd tagits upp i EU-domstolen. I fallet *Kaltoft* begärde den danska domstolen ett förhandsavgörande då en man blivit uppsagd från sitt jobb på grund av fetma. Domstolen kom fram till att fetma inte är eller kommer att bli en diskrimineringsgrund, men att det kan utgöra en funktionsnedsättning under de omständigheter den medför nedsatt arbetsförmåga. EU-domstolen tog inte ställning i det enskilda fallet, utan lät den danska domstolen bedöma huruvida sådana kriterier var uppfyllda.³⁰ Även Arbetsdomstolen har prövat liknande fall.³¹

I svensk rätt definieras funktionsnedsättning i 1 kap 5 § 4 p Diskrimineringslagen som “*varaktiga fysiska, psykiska och begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller sjukdom fanns vid födelsen, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå*”.³² Före 2015 användes begreppet funktionshinder i svensk diskrimineringslagstiftning. Idag används begreppet funktionsnedsättning istället.³³ I Regeringsformen används dock fortfarande begreppet funktionshinder, men lagens definition omfattar i diskrimineringslagstiftning även funktionsnedsättningar.³⁴

Diskrimineringslagens skydd tar inte hänsyn till graden av funktionsnedsättning, eller om denna medför nedsatt arbetsförmåga, utan bara förekomsten av den. Det innebär att alla personer med funktionsnedsättning är omfattade av lagens bestämmelser. I proposition 2007/08:95 framgår dock kravet på varaktighet. Sådant tillstånd som är av övergående natur omfattas således inte.³⁵ Frågan om varaktighet har även behandlats av EU-domstolen. I fallet *Daouidi* bedömdes frågan om huruvida en tillfälligt arbetsoförmögen person kunde anses ha en funktionsnedsättning. Domstolen bedömde att ett sådant tillfälligt tillstånd, där personen i framtiden kan tänkas åter bli förmögen, inte kan anses vara en funktionsnedsättning.³⁶ Sjukdom ska inte heller alltid ses som en funktionsnedsättning enligt svensk diskrimineringslagstiftning. I de fall en sjukdom innebär att personen får bestående men bör

²⁹ Mål C-335/11 och C-337/11 *HK Danmark mot Dansk almennyttigt Boligselskab och Dansk Arbejdsgiverforening*.

³⁰ Mål C-354/13 *Fag og Arbejde (FOA) som för talan för Karsten Kaltoft mot Kommunernes Landsforening (KL) som för talan för Billund Kommune*. Se även Mål C-617/10 *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson* om att det inte är möjligt att ta in fler diskrimineringsgrunder än de som finns i direktivet.

³¹ AD 2018 nr 11.

³² SFS 2008:567 *Diskrimineringslag*, 1 kap 5 § 4 p.

³³ Prop. 2013/14:198 *Bristande tillgänglighet som en form av diskriminering*, s. 50.

³⁴ SFS (1974:152) *Kungörelse om beslutad ny regeringsform*, 1 §.

³⁵ Prop. 2007/08:95 s. 122-123.

³⁶ C-395/15 *Mohamed Daouidi mot Bootes Plus SL, Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal*, se även C-13/05 för tillfällig arbetsoförmåga.

den omfattas inom diskrimineringsgrunden. Funktionsnedsättningen kan, men måste inte i sådana fall innebära att personen har nedsatt arbetsförmåga.³⁷ Ett fall som berörde sjukdom var AD 2020 nr 9, där Arbetsdomstolen slog fast att kronisk astma utgjorde en funktionsnedsättning. Detta eftersom astman ledde till sjukskrivningar i vissa perioder såsom vid viss väderlek.³⁸ Allergi kan också utgöra funktionsnedsättning, vilket visas i AD 2006 nr 97.³⁹

2.1 Diskrimineringslagstiftning på internationell nivå

Genom ett antal FN-konventioner har förbud mot diskriminering på grund funktionsnedsättning införts. Denna grupp har därigenom fått fler rättigheter, bland annat på arbetsmarknaden. Konventionerna är bindande för den svenska staten, men kan inte tillämpas som lag. Domstolen ska istället tillämpa svensk lag på så sätt att den inte bryter mot konventionens bestämmelser.⁴⁰ Efter inträdet i EU 1995 röstades ett flertal diskrimineringslagar som grundar sig i de EU-direktiv igenom.⁴¹ Senare kom diskriminering att omfatta fler grunder och sektorer. Efterhand som dessa infördes, påverkade de också medlemsländernas lagstiftning.⁴²

2.1.1 Förenta nationerna

FN har utfärdat ett flertal konventioner gällande mänskliga rättigheter. Den första konventionen som berörde diskriminering var 1966 års FN-konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Den uppmanar till förebyggande åtgärder för att motverka kränkningar av människors rättigheter.⁴³ 2006 antogs sedan FN-konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning CRPD. Konventionen syftar till att främja, skydda och säkerställa mänskliga rättigheter och friheter för personer med funktionsnedsättning.⁴⁴ Genom

³⁷ Håkan Gabinus Göransson & Naiti Del Sante, *Diskrimineringslagen: en lärobok*, (Stockholm: Norstedts juridik, 2018) s. 36.

³⁸ AD 2020 nr 9.

³⁹ AD 2006 nr 97.

⁴⁰ Ds 2008:23 *FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning* s. 20-21.

⁴¹ Regeringskansliet, "Regeringens arbete på EU-nivå", *Regeringskansliet*, senast uppdaterad 14 augusti 2017, (Hämtad 2022-11-16) [Regeringens arbete på EU-nivå](#).

⁴² Europeiska unionens byrå för mänskliga rättigheter, *En handbok i europeisk diskrimineringsrätt* (Luxemburg: Europeiska unionens publikationsbyrå, 2011) [En handbok i europeisk diskrimineringsrätt](#) s. 3.

⁴³ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 23.

⁴⁴ SÖ 2008:26, Artikel 1.

artikel 5 förbjuds all typ av diskriminering av personer med funktionsnedsättning, och det fastställs vidare att dessa personer ska garanteras rättsligt skydd.⁴⁵

I artikel 27 finns konventionens regleringar kring arbete och sysselsättning. Medlemsstaterna ska enligt denna arbeta för att personer med funktionsnedsättning ska ha samma villkor till arbete som resterande på arbetsmarknaden, genom att vidta ett antal åtgärder och lagstiftning. Bland annat innebär kravet att förbjuda diskriminering i alla former av yrkesverksamhet. Vidare ska staterna säkerställa att det erbjuds skälig anpassning för dessa personer för att främja möjligheterna att ingå eller bibehålla en anställning.⁴⁶ I artikel 2 definieras skälig anpassning som *“nödvändiga och ändamålsenliga ändringar och anpassningar, som inte innebär en oproportionerlig eller omotiverad börda när så behövs i ett enskilt fall för att säkerställa att personer med funktionsnedsättning på lika villkor som andra kan åtnjuta eller utöva alla mänskliga rättigheter och grundläggande friheter.”*⁴⁷

2014 kritiserades Sverige av FN, då de menade att konventionen inte implementerats tillräckligt. Bland annat i fråga om tillgänglig miljö och anpassningsåtgärder. Av att miljön förändras menar FN att man kan minska eller eliminera de hinder som en funktionsnedsättning medför. Kommittén uttryckte oro över den ökade arbetslösheten för personer med funktionsnedsättning i landet.⁴⁸

2.1.2 Europeiska unionen

EU har ratificerat FN konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, och EU:s regelverk ligger således i linje med denna. Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och dess förbud mot diskriminering tillämpas vidare som lag i Sverige.⁴⁹ Dock berörs inte funktionsnedsättning i relation till detta.⁵⁰

⁴⁵ SÖ 2008:26, Artikel 5.

⁴⁶ SÖ 2008:26, Artikel 27.

⁴⁷ SÖ 2008:26, Artikel 27.

⁴⁸ Publikationen *Sammanfattande slutsatser avseende Sveriges första rapport*, av kommittén för rättigheter för personer med funktionsnedsättning CRPD/C/SWE/CO/1, s. 1-10.

⁴⁹ SFS 1994:1219. *Lag om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*. 1 §.

⁵⁰ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna, Artikel 14.

I artikel 19 FEUF⁵¹ beskrivs funktionsnedsättning som en av diskrimineringsgrunderna.⁵² Det är vidare i artikel 21 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, som det stadgas att diskriminering på grund av funktionsnedsättning är förbjudet.⁵³ Vidare berörs diskrimineringsgrunden i artikel 26, där unionen erkänner rätten för personer med funktionsnedsättning att få ta del av åtgärder för att säkerställa deras integrering i samhället.⁵⁴

Mot bakgrund av artikel 13 i Amsterdamfördraget, framförde kommissionen förslag om ett diskrimineringsdirektiv som omfattar funktionsnedsättning. Detta ledde till framkomsten av EU:s direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet. I direktivet stadgas att direkt eller indirekt diskriminering och trakasserier av arbetstagare eller arbetssökande med funktionsnedsättning är förbjudet.⁵⁵ I skäl för införandet framgår att EU vill motverka diskriminering av personer med funktionsnedsättning och vidta åtgärder för deras inkludering i samhället. Dessutom lyfter de fram betydelsen av åtgärder för att underlätta för personer med funktionsnedsättning på arbetet. I artikel 5 stadgas att arbetsgivaren ska vidta rimliga anpassningsåtgärder för att möjliggöra tillträde, deltagande och karriär i arbetslivet för dessa personer. Dock endast i den mån åtgärderna kan anses rimliga, och inte utgör en oproportionerlig börda för arbetsgivaren.⁵⁶

2.2 Diskrimineringslagstiftning på nationell nivå

Ett skydd mot diskriminering finns i den svenska grundlagen, närmare bestämt i regeringsformens 1 kap 2 § 5 st. Där står att diskriminering på grund av funktionshinder ska motverkas av det allmänna.⁵⁷

Påtryckningar från Sveriges handikapporganisationer hade i sin tur stor betydelse för den lagstiftning som sedan skulle stiftas för att motverka diskriminering av personer med funktionsnedsättning.⁵⁸ Flera förslag presenterades, bland dessa betänkandet av 1989 års handikapputredning⁵⁹ som ledde till införandet av Lag (1999:132) om förbud mot

⁵¹ F.d. Artikel 13 FEG.

⁵² Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, Artikel 19.

⁵³ EU:s stadga om de grundläggande mänskliga rättigheterna, Artikel 21.

⁵⁴ EU:s stadga om de grundläggande mänskliga rättigheterna, Artikel 26.

⁵⁵ Direktiv 2000/78/EG, Artikel 2.2a och 2.2b.

⁵⁶ Direktiv 2000/78/EG Artikel 5.

⁵⁷ SFS 1974:152, 1 kap 2 § 5 st.

⁵⁸ Filippa Swanstein & Karin Henrikz, *Diskrimineringslagen: från princip till praktik*, 4 uppl. (Lund: Studentlitteratur, 2021) s. 122.

⁵⁹ SOU 1992:52 *Ett samhälle för alla*, s. 3.

diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder.⁶⁰ Motivet bakom FUDA var att ge personer med funktionsnedsättning samma rättigheter och möjligheter som andra på arbetsmarknaden. Man menar i propositionen att denna diskrimineringsgrund var unik eftersom den till skillnad från andra grunder kunde påverka arbetsförmågan. Det slogs därför fast att det behövdes en lag för att kompensera för detta genom att ge arbetsgivaren en skyldighet att vidta stöd- och anpassningsåtgärder.⁶¹ Diskrimineringslagen trädde i kraft 1 januari 2009 vilket slog samman flera diskrimineringslagar till en.⁶² Meningen med att slå ihop lagarna till en var att stärka skyddet och göra diskrimineringsrätten lättare att överskåda.⁶³

2.2.1 Diskrimineringslag

Diskrimineringslagen är enligt 1 kap 3 § en tvingande lag som omfattar diskriminering i form av direkt och indirekt diskriminering, bristande tillgänglighet, trakasserier och sexuella trakasserier samt instruktioner att diskriminera.⁶⁴ Ett felaktigt antagande om en person kopplat till någon av diskrimineringsgrunderna som leder till en diskriminerande handling omfattas också av förbudet.⁶⁵ Dessa diskrimineringsgrunder kommer att behandlas ytterligare i kapitel 4.

Lagens ändamål är att motverka diskriminering och att främja lika rättigheter.⁶⁶ Diskrimineringsförbudet i arbetslivet regleras i 2 kap 1-4 §§ DL. Enligt kapitlets första paragraf, får en arbetsgivare inte diskriminera någon som *“är arbetstagare, gör en förfrågan om eller söker arbete, söker eller fullgör praktik, eller står till förfogande för att utföra eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft.”*⁶⁷ Alla arbetstagare omfattas av lagens skydd under hela anställningstiden, och även vid anställningens ingående. Det görs inget undantag för olika anställningstyper eller speciella anställningsförhållanden.⁶⁸

Förbudet görs vidare gällande för samtliga arbetsgivare oavsett företagets storlek.⁶⁹ Arbetsgivaren är ett rättssubjekt och enligt praxis kan en arbetsgivare därför vara en fysisk

⁶⁰ SFS 1999:132 *Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder*, 1 §.

⁶¹ Prop. 1997/98:179 *Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder* s. 17.

⁶² Göransson & Del Sante, *Diskrimineringslagen: en lärobok*, s. 27-28.

⁶³ Göransson & Del Sante, *Diskrimineringslagen: en lärobok*, s. 26-27.

⁶⁴ SFS 2008:567, 1 kap 3 §.

⁶⁵ Prop. 2007/08:98 s. 123, s. 489.

⁶⁶ SFS 2008:567, 1 kap 1 §.

⁶⁷ SFS 2008:567, 2 kap 1 §. Se även AD 2011 nr 25 om diskriminering vid förfrågan om praktik.

⁶⁸ AD 1984 nr 141.

⁶⁹ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 43.

eller juridisk person. Denna ska vara den anställdas motpart i ett anställningsförhållande. Som arbetsgivare räknas även den som i arbetsgivarens ställe har rätt att fatta beslut om arbetstagare.⁷⁰ Det finns dock några undantag från diskrimineringsförbudet av personer med funktionsnedsättning. Enligt 2 kap 2 § 1 p DL hindrar förbudet inte “*särbehandling som föranleds av en egenskap som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna om, vid beslut om anställning, befordran eller utbildning för befordran, egenskapen på grund av arbetets natur eller det sammanhang där arbetet utförs utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav som har ett berättigat syfte och kravet är lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet*”.⁷¹ Bestämmelsen gäller vid anställning, befordran och utbildning för befordran, men inte i övriga situationer.⁷² För att ett yrkeskrav ska utgöra ett legitimt undantag från diskrimineringslagen, krävs ett berättigat syfte. Det innebär att kravet är verkligt och att det är lämpligt och nödvändigt för att uppnå sitt ursprungliga syfte.⁷³

Vidare finns ett krav för arbetsgivaren att arbeta med aktiva åtgärder för att motverka diskriminering på arbetsplatsen.⁷⁴ Detta kommer att beröras mer ingående i kapitel 3.

3. Arbetsgivarens förebyggande ansvar

För att personer med funktionsnedsättning som medför nedsatt arbetsförmåga ska kunna delta i arbetslivet på lika villkor som personer utan sådan nedsättning, krävs det stöttning från arbetsgivaren. Enligt gällande rätt har arbetsgivaren en skyldighet att vidta vissa förebyggande åtgärder för att motverka förekomsten av diskriminering på arbetsplatsen. Kravet på aktiva åtgärder skapades för att främja jämställdhet. Vidare utvecklades begreppet till att bli en del av diskrimineringslagstiftningen och bidra till att förändra de strukturer som leder till diskriminering.⁷⁵ Arbetsgivaren har även en skyldighet att arbeta med arbetsmiljön enligt arbetsmiljölagens bestämmelser, exempelvis genom individuell arbetsanpassning.⁷⁶

⁷⁰ Mats Glavå & Mikael Hansson, *Arbetsrätt*, 4 uppl. (Lund: Studentlitteratur, 2020), s. 87. Se även Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 155.

⁷¹ SFS 2008:567, 2 kap 2 § 1 p.

⁷² Prop. 2008/07:95, s. 502.

⁷³ Swanstein & Henrikz, *Diskrimineringslagen: från princip till praktik*, s. 127.

⁷⁴ SFS 2008:567, 3 kap 1 §.

⁷⁵ SFS 1979:1118 *Lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet*, 6 §.

⁷⁶ SFS 1977:1160 *Arbetsmiljölagen*, 3 kap 2a §.

3.1 Aktiva åtgärder i diskrimineringslagstiftning

Alla diskrimineringsgrunder omfattas sedan 2017 av kravet på aktiva åtgärder.⁷⁷ Enligt 3 kap 1 § DL är aktiva åtgärder ett *“förebyggande och främjande arbete för att inom en verksamhet motverka diskriminering och på annat sätt verka för lika rättigheter”*⁷⁸. För personer med funktionsnedsättning innebär arbetet med aktiva åtgärder en ökad möjlighet till arbetsmarknadsintegration.⁷⁹ Dessa åtgärder kan vidare beskrivas som subventioner eller incitament riktade till arbetsgivare.⁸⁰ Arbetet med aktiva åtgärder innebär enligt 3 kap 2 § DL att bedriva ett förebyggande och främjande arbete, och att vidare undersöka vilka risker och repressalier samt andra hinder som kan utgöra diskriminering i verksamheten. Orsakerna till dessa hinder och risker ska analyseras, och förebyggande och främjande åtgärder som anses vara skäliga, ska införas. Detta arbete ska genomföras fortlöpande.⁸¹

Arbetet med aktiva åtgärder bör vara en del av arbetsmiljöarbetet på arbetsplatsen.⁸² Arbetsgivaren är enligt 3 kap 4 § DL skyldig att arbeta med aktiva åtgärder. Arbetet ska omfatta; *“ 1. arbetsförhållanden, 2. bestämmelser och praxis om löner och andra anställningsvillkor, 3. rekrytering och befordran, 4. utbildning och övrig kompetensutveckling, och 5. möjligheter att förena förvärvsarbete med föräldraskap.”*⁸³. Enligt 3 kap 4 § 1 p har arbetsgivaren ett ansvar att arbeta med arbetsförhållanden. Detta arbete ska utformas så att alla befintliga och framtida arbetstagare kan utföra arbetet på ett likvärdigt sätt.⁸⁴ Både social, fysisk och organisatorisk arbetsmiljö är en del av arbetsförhållandena på arbetsplatsen. Därtill räknas även arbetstidens förläggning.⁸⁵

Gällande funktionsnedsättning ska arbetsgivare ta hänsyn till både den fysiska och psykosociala arbetsmiljön. Om problem i den fysiska arbetsmiljön uppstår, ska det finnas beredskap för detta.⁸⁶ Åtgärderna ska bedömas utifrån den aktuella arbetsgivaren och dennes situation. Hänsyn ska tas till arbetsgivarens resurser, kostnader och andra omständigheter.⁸⁷ Arbetsgivaren ska även anta aktiva åtgärder gällande rekrytering och befordran enligt 3 kap 5

⁷⁷ Prop. 2015/16:135 *Ett övergripande ramverk för aktiva åtgärder i syfte att främja lika rättigheter och möjligheter* s. 1.

⁷⁸ SFS 2008:567, 3 kap 1 §.

⁷⁹ Inghammar, *Funktionshindrad - med rätt till arbete?*, s. 63.

⁸⁰ Inghammar, *Funktionshindrad - med rätt till arbete?*, s. 63.

⁸¹ SFS 2008:567, 3 kap 2 §.

⁸² Prop. 2015/16:135 s. 37.

⁸³ SFS 2008:567, 3 kap 4 §.

⁸⁴ SFS 2008:567, 3 kap 4 § 1 p.

⁸⁵ Prop. 2015/16:135 s. 41.

⁸⁶ Prop. 2015/16:135 s. 42.

⁸⁷ Prop. 2007/08:95 s. 330.

§ 3 p DL för att förhindra att diskriminering förekommer i dessa sammanhang. Detta ska genomföras genom bestämmelser, förhållningssätt och riktlinjer. Främst ska detta göras genom att reglera hur rekrytering eller befordran på arbetsplatsen genomförs.⁸⁸

Arbetsstagaren och arbetsgivaren ska samarbeta kring utförandet av de aktiva åtgärderna.⁸⁹ Arbetsgivaren har vidare enligt 3 kap 13 § DL ett ansvar för att dokumentera arbetet.⁹⁰ Dokumentationen ska innehålla redogörelser och redovisningar, för att göra det löpande arbetet och de aktiva åtgärderna mer effektiva. Arbetsgivaren kan således använda dokumentationskravet som ett hjälpmedel för att se till att lagens krav på aktiva åtgärder uppfylls.⁹¹

3.2 Arbetsanpassning i annan reglering

Arbetsmiljölagen (1977:1160) behandlar också regler om arbetsanpassning. I 2 kap 1 § 2 st AML, står det att *“arbetsförhållandena skall anpassas till människors olika förutsättningar i fysiskt och psykiskt avseende”*⁹². Dessa kan vara både generellt och individuellt utformade. Vidare ska arbetsgivaren enligt 3 kap 3 § 2 st *“anpassa arbetsförhållandena eller vidta annan lämplig åtgärd ta hänsyn till arbetstagarens särskilda förutsättningar för arbetet. Vid arbetets planläggning och anordnande skall beaktas att människors förutsättningar att utföra arbetsuppgifter är olika.”*⁹³. Detta innebär att varje individs behov måste tas i beaktning.⁹⁴

Utöver AML finns ett flertal föreskrifter som kompletterar arbetsmiljölagstiftningen. Föreskrifterna är juridiskt bindande och tillämpliga för arbetsgivaren. AFS 2020:5 om arbetsanpassning reglerar de verksamheter där en arbetstagare utför arbete för arbetsgivarens räkning och hur dessa ska förhålla sig till behovet av arbetsanpassning utöver de åtgärder som redan tagits genom det generella arbetsmiljöarbetet. Den avser vidare att föreskriva arbetsgivarens organisering av arbetsanpassning, och tillvägagångssätt för att anpassa arbetsmiljön utifrån individuella arbetstagare. Arbetsanpassning kan enligt föreskriften beskrivas som en individuell åtgärd i den fysiska, organisatoriska eller sociala arbetsmiljön.

⁸⁸ Prop. 2015/16:135 s. 44.

⁸⁹ SFS 2008:567, 3 kap 11 §.

⁹⁰ I SOU 2020:79 diskuteras att DO behöver mer resurser för tillsynen av de aktiva åtgärderna och att tillsynen ska skärpas. Även att DO i större utsträckning bör samarbeta med Arbetsmiljöverket.

⁹¹ Prop. 2015/16:135 s. 57.

⁹² SFS 1977:1160, 2 kap 1 § 2 st.

⁹³ SFS 1977:1160, 3 kap 3 § 2 st.

⁹⁴ Prop. 2013/14:198 s. 39.

Åtgärden verkar förebyggande med syftet att arbetstagaren ska kunna utföra sina arbetsuppgifter. Arbetstagaren ska i sådana fall arbetsanpassning kan anses lämpligt ges möjlighet att medverka i utformningen av denna.⁹⁵

4. Förbud mot diskriminering i arbetslivet

Diskrimineringslagen förbjuder som tidigare nämnt sex olika typer av diskriminering.⁹⁶ Dessa kommer att redogöras för i följande avsnitt. Eftersom att direkt och indirekt diskriminering, samt bristande tillgänglighet är de tre former av diskriminering som berör diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning mest, kommer dessa av naturliga skäl ges mer utrymme än resterande typer.

Bevisbördan för diskrimineringsmål är enligt 6 kap 3 § DL uppdelad i två delar. Den första bevisbördan ligger på den käre, som måste visa på anledning att tro att denna har blivit diskriminerad av svarande.⁹⁷ Det finns en så kallad *presumptionsregel*. Om det kan presumeras att diskriminering skett, övergår bevisbördan till den svarande som i sin tur måste visa på att diskriminering inte förekommit. Bevisbördan blir därför tyngre för den svarande.⁹⁸ Även i EU-rätten är bevisbördan delad enligt samma princip vilket stadgas i 2000/78/EG.⁹⁹

4.1 Direkt diskriminering

Enligt direktiv 2000/78/EG förekommer direkt diskriminering vid de tillfällen en person med funktionsnedsättning behandlas mindre förmånligt än en annan person.¹⁰⁰ Direkt diskriminering definieras enligt 1 kap 4 § DL som “*att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation om missgynnandet har samband med ... funktionsnedsättning*”.¹⁰¹ Formuleringen innehåller tre rekvisit som därmed måste vara uppfyllda för att direkt diskriminering ska vara tillämplig: missgynnande, jämförbar situation och orsakssamband.¹⁰² Samtliga måste vara uppfyllda för att direkt diskriminering ska förekomma.¹⁰³

⁹⁵ AFS 2020:5 *Arbetsanpassning*, s. 7-8.

⁹⁶ SFS 2008:567, 1 kap 4 §.

⁹⁷ Tommy Iseskog, *Juridisk metod tillämpad inom arbetsrätten*, 2 uppl. (Stockholm: IJK förlag, 2020) s. 69.

⁹⁸ Göransson & Del Sante, *Diskrimineringslagen: en lärobok*, s. 45.

⁹⁹ Inghammar, *Funktionshindrad - med rätt till arbete?*, s. 278.

¹⁰⁰ Direktiv 2000/78/EG Artikel 2.2a.

¹⁰¹ SFS 2008:567, 1 kap 4 §.

¹⁰² Göransson & Del Sante, *Diskrimineringslagen: en lärobok*, s. 39.

¹⁰³ SFS 2008:567, 1 kap 4 § p 1.

4.1.1 Missgynnande

Missgynnande innebär att en person på grund av någons handling eller beslut blir sämre behandlad än någon annan.¹⁰⁴ I de fall en sådan handling leder till en negativ följd, kan missgynnande av denna person förekomma.¹⁰⁵ I diskrimineringslagen stadgas det att en person *"missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats."*¹⁰⁶

Enligt den svenska diskrimineringsrätten förutsätter förbudet mot direkt diskriminering att en verklig individ, arbetsökande eller arbetstagare blivit missgynnad.¹⁰⁷ Detta skiljer sig från EU-rätten, där begreppet är tämligen utvidgat. Det har genom rättspraxis från EU-domstolen tydliggjorts att missgynnandet inte behöver vara direkt riktat mot en identifierbar person, utan gällande även i de fall en fiktiv person missgynnats.¹⁰⁸ Detta betyder att sådan handling som missgynnar en grupp på grund av funktionsnedsättning, utan att en identifierbar person kommer till skada, kan räknas som direkt diskriminering. Sverige är bundna av EU:s rättsakter, vilket innebär att de i den nationella rätten idag är tvungna att införa sanktioner i fall där en fiktiv person utsätts för missgynnande, och således direkt diskriminering. För att Sverige vidare ska förmå möta de EU-rättsliga krav om tillämpning av missgynnande av fiktiva personer i domstol krävs enligt Fransson och Stüber lagändring inom diskrimineringsrätten.¹⁰⁹ Ämnet var under utredning år 2021, med förslag om lagändringar med start år 2024.¹¹⁰

Arbetsdomstolen har uttalat sig om missgynnande i förhållande till funktionsnedsättning av en verklig skadelidande i ett antal fall. I AD 2003 nr 47 nekades en diabetiker nattarbete. Anledningen till detta var att man ansåg det mer riskfyllt för en diabetiker att arbeta natt. Domstolen kom fram till att riskerna inte var högre för en diabetiker jämfört med andra utan diabetes i arbetet som driftoperatör. Arbetstagaren blev missgynnad av bolaget som dömdes för direkt diskriminering.¹¹¹ I AD 2005 nr 32 missgynnades en person med MS genom

¹⁰⁴ Göransson & Del Sante, *Diskrimineringslagen: en lärobok*, s. 40.

¹⁰⁵ Susanne Fransson & Eberhard Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 3 uppl. (Stockholm: Norstedts Juridik, 2021), s. 76.

¹⁰⁶ Diskrimineringslagen (2008:567), 1 kap 4 §.

¹⁰⁷ Prop. 2007/08:95, s. 487.

¹⁰⁸ Se C-81/12 och C-54/07.

¹⁰⁹ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 65.

¹¹⁰ Se *Tilläggsdirektiv till Utredningen om en effektiv och ändamålsenlig tillsyn över diskrimineringslagen 2020:102*.

Förslaget skapades för att öka skyddet mot diskriminering då en grupp skyddad av diskrimineringsförbudet missgynnas och handlar om i vilken mån det behövs vidare åtgärder för att stärka skyddet mot diskriminering i de fall en identifierbar skadelidande saknas.

¹¹¹ AD 2003 nr 47.

uppsägning på grund av sin funktionsnedsättning. Domstolen fann att uppsägningen var konstruerad för att säga upp den specifika arbetstagaren, och att personen således blivit direkt diskriminerad genom missgynnandet.¹¹²

4.1.2 Jämförbar situation

När någon missgynnas krävs det att personen är i en jämförbar situation med någon annan för att denna ska omfattas av diskrimineringslagens skydd mot direkt diskriminering.¹¹³ Den person som blivit missgynnad kan enligt förarbeten till diskrimineringslagen jämföras med personer i nutid, dåtid och framtid.¹¹⁴ Eftersom att lagen som tidigare nämnt stadgar att personer kan missgynnas utifrån hur en person skulle ha behandlats, är det möjligt att använda en hypotetisk jämförelseperson.¹¹⁵

För att en missgynnad person ska befinna sig i en jämförbar situation krävs det att både denna och jämförelsepersonen befinner sig i likartade situationer och har likvärdiga meriter.¹¹⁶ I arbetslivet får detta bland annat betydelse för arbetssökande. Det krävs, i fall av upplevt missgynnande, att båda parterna har liknande och tillräckliga kvalifikationer för arbetet för att jämförbar situation ska uppfyllas. Skiljer sig meriterna åt, kan det således inte vara fråga om direkt diskriminering.¹¹⁷

I AD 2006 nr 97 uppkommer frågan om huruvida jämförbar situation uppfyllts. Fallet berör en missionär från Svenska kyrkan som på grund av sin födoämnesallergi inte fått åka på mission till Brasilien på grund av hälsorisk. Domstolen framhåller att allergin, som är att jämföra med en funktionsnedsättning i detta fall, inte påverkar mannens sakliga förutsättningar för arbetet och att han därmed bör anses vara i en jämförbar situation med andra arbetstagare utan allergi på arbetsplatsen. Genom att välja bort honom har Svenska kyrkan därmed missgynnat arbetstagaren på grund av hans funktionsnedsättning, och direkt diskriminering har förekommit.¹¹⁸ I andra fall som AD 2012 nr 51, gällande en arbetstagare som sagts upp från sin tjänst i en matvarubutik, kunde jämförbar situation inte uppfyllas. Fallet berörde en anställd, som inte kunde anses vara i jämförbar situation med andra

¹¹² AD 2005 nr 32.

¹¹³ Göransson & Del Sante, *Diskrimineringslagen: en lärobok*, s. 40-41.

¹¹⁴ Prop. 2007/08:95, s. 101.

¹¹⁵ Glavå & Hansson, *Arbetsrätt*, s. 249.

¹¹⁶ Prop. 2007/08:95, s. 487.

¹¹⁷ Göransson & Del Sante, *Diskrimineringslagen: en lärobok*, s. 40-41.

¹¹⁸ AD 2006 nr 97.

arbetstagare eftersom denna inte längre kunde utföra arbete av betydelse på grund av funktionsnedsättning i form av nedsatt greppförmåga. Trots att åtgärderna vidtogs från arbetsgivarens sida, kunde en jämförbar situation inte uppfyllas.¹¹⁹

När det gäller funktionsnedsättning innebär en jämförbar situation enligt rättspraxis främst att båda parter kan utföra de väsentligaste arbetsuppgifterna i arbetsbeskrivningen. Förmår den med funktionsnedsättning inte göra detta kan ingen jämförbar situation anses föreligga.¹²⁰ Detta innebär att en del personer med funktionsnedsättning aldrig kommer att omfattas av lagens skydd mot direkt diskriminering, i förhållande till vissa arbeten, då de inte kan anses ha sakliga förutsättningar. En person med grav synnedsättning kan således aldrig anses vara i en jämförbar situation som annan arbetstagare i fråga om taxi-arbete, eftersom det saknas förmåga att utföra de mest väsentliga arbetsuppgifterna.¹²¹

4.1.3 Orsakssamband

För att direkt diskriminering ska kunna utdömas enligt lagens bestämmelser, måste missgynnandet i den jämförbara situationen ha samröre med någon av de sju diskrimineringsgrunderna. Om den missgynnade personen således har en funktionsnedsättning, är i en jämförbar situation och det kan fastställas att det finns ett orsakssamband är personen utsatt för direkt diskriminering.¹²² I de fall missgynnandet skett medvetet, anses orsakssambandet vara starkt. Det krävs dock inte att arbetsgivaren avsiktligt missgynnat en person för att det ska råda ett orsakssamband. Inte heller är det tvunget att diskrimineringsgrunden är den enda anledningen till missgynnandet, utan bara att det varit en del av den. Det kan således finnas ett flertal faktorer som påverkar. Det ska sålunda finnas ett samband mellan en diskrimineringsgrund och missgynnandet, trots att det inte finns en diskriminerande avsikt med handlingen.¹²³

I de fall någon missgynnats i närtid till att funktionsnedsättning blir känt för arbetsgivaren, kan ett orsakssamband finnas. I AD 2005 nr 32 beskriver arbetsdomstolen att fyra månader mellan arbetsgivarens kännedom om arbetstagarens funktionsnedsättning och uppsägning av denna person, ansågs ge anledning till antagande om att missgynnande i samband med

¹¹⁹ AD 2012 nr 51.

¹²⁰ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 8. Se även AD 2003 nr 47.

¹²¹ Prop. 1997/98:179, s. 41.

¹²² Göransson & Del Sante, *Diskrimineringslagen: en lärobok*, s. 43-44.

¹²³ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 83-84.

diskrimineringsgrund förekommit.¹²⁴ Orsakssamband gäller även i de sammanhang en person blivit missgynnad i anknytning till någon annans funktionsnedsättning.¹²⁵ Detta går i linje med EU:s bestämmelser om indirekt orsakssamband. I fallet *Coleman* ansåg EU-domstolen att en mamma blivit direkt diskriminerad genom uppsägning som grundade sig i hennes ansvar att vårda sitt barn med omfattande funktionsnedsättning. Domstolen menade att företaget sagt upp henne på grund av sonens tillstånd, och att hon därför blivit missgynnad på grund av funktionsnedsättning, med hänvisning till arbetslivsdirektivet.¹²⁶ Orsakssambandet gäller vidare i de fall en person blivit felaktigt förmodad att tillhöra en viss diskrimineringsgrupp.¹²⁷

4.2 Indirekt diskriminering

Enligt direktiv 2000/78/EG anses indirekt diskriminering föreligga vid de tillfällen en person med funktionsnedsättning missgynnas jämfört med andra personer, genom en tillsynes neutral regel eller bestämmelse.¹²⁸ Definitionen av indirekt diskriminering i 1 kap 4 § 2 p DL lyder följande “*att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med ...viss funktionsnedsättning*”¹²⁹. Det finns vidare tre rekvisit som måste vara uppfyllda för att indirekt diskriminering ska föreligga; missgynnande, jämförbar situation och intresseavvägning. I definitionen finns även ett undantag till bestämmelsen som innebär att vissa bestämmelser, kriterier eller förfaringssätt kan rättfärdigas. Denna måste kunna motiveras genom att det finns ett berättigat syfte och att bestämmelsen är lämplig och nödvändig för att uppnå detta syfte.¹³⁰

4.2.1 Särskilt missgynnande

Ett särskilt missgynnande innebär att någon på grund av ett beslut eller handling utsätts för en nackdel eller annan negativ konsekvens. Missgynnandet vid indirekt diskriminering sker vidare genom en bestämmelse, kriterium eller förfaringssätt.¹³¹ Bestämmelsen kan framstå som neutral men innebära att den missgynnar en eller flera diskrimineringsgrupper i sin

¹²⁴ Prop. 2007/08:95, s. 488-489.

¹²⁵ Prop. 2007/08:95, s. 489.

¹²⁶ C-303/06 *Sharon Coleman mot Attridge Law, Steve Law*.

¹²⁷ Prop. 2007/08:95, s. 489.

¹²⁸ Direktiv 2000/78/EG, Artikel 2.2b.

¹²⁹ SFS 2008:567, 1 kap 4 § 2 p.

¹³⁰ SFS 2008:567, 1 kap 4 § 2 p.

¹³¹ SFS 2008:567, 1 kap 4 § 2 p.

tillämpning. Att bestämmelsen innebär att man behandlar en grupp sämre kan därför vara svårare att bevisa jämfört med missgynnandet i direkt diskriminering. Det krävs en bedömning av huruvida bestämmelsen är lämplig eller nödvändig för att uppfylla ett berättigat syfte. I de fall en arbetsgivare kan motivera denna bestämmelse, kan indirekt diskriminering inte göras gällande.¹³²

4.2.2 Jämförbar situation

Det måste ske en jämförelse mellan den grupp som anses vara missgynnad och en annan grupp för att avgöra om en jämförbar situation har uppstått. Effekten av det tillämpade kravet måste studeras mellan de två grupperna, för att ta reda på om kravet innebär att en viss grupp inte har samma förutsättningar att uppfylla kravet som den andra.¹³³ För att fastställa om det är en jämförbar situation, måste det gällande indirekt diskriminering finnas en faktisk jämförelseperson.¹³⁴ Fransson och Stüber menar att det inte är möjligt att jämföra den påverkan kravet får på en fiktiv grupp för att bevisa att indirekt diskriminering har förelegat.¹³⁵

Gällande funktionsnedsättning kan jämförelsen bli vidare komplicerad och frågan om huruvida en jämförelse bör göras med personer utan funktionsnedsättning eller utan den aktuella funktionsnedsättningen blir central. Inghammar menar att det är betydelsefullt att fastställa vilken som kan anses vara en adekvat referensgrupp och tycker att man bör använda den grupp med sådan funktionsnedsättning som är aktuell i de individuella fallet, istället för funktionsnedsättning i allmänhet.¹³⁶

I AD 2020 nr 3 ansågs en döv person som sökt arbete som receptionist men nekats på grund av yrkeskrav, inte vara i jämförbar situation med övriga arbetssökande.¹³⁷ I de fall bestämmelsen i enlighet med arbetsdomstolens praxis innebär att en person med nedsatt hörsel missgynnas torde referensgruppen således utgöras av personer utan nedsatt hörsel. Övriga former av diskriminering bör uteslutas från jämförelsen. I EU-domstolen har vidare i fallet *VL* från Polen slagit fast att jämförelsen inte behöver göras med personer utan

¹³² Göransson & Del Sante, *Diskrimineringslagen: en lärobok*, s. 46.

¹³³ Prop. 2007/08:95. s. 490–491.

¹³⁴ Prop. 2007/08:95. s. 491.

¹³⁵ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 89-90.

¹³⁶ Inghammar, *Funktionshindrad - med rätt till arbete?*, s. 289.

¹³⁷ AD 2020 nr 3.

funktionsnedsättning.¹³⁸ Målet gällde lönetillägg för arbetstagare med funktionsnedsättning. Domstolen enades om att de grupper som behandlades olika i förhållande till varandra och som ansågs vara jämförbara var arbetstagare med funktionsnedsättningar, och arbetstagare med särskilt synliga funktionsnedsättningar.¹³⁹

4.2.3 Intresseavvägning

För att avgöra om en bestämmelse är indirekt diskriminerande görs en intresseavvägning gällande huruvida bestämmelsen missgynnar en grupp och i vilken utsträckning. I intresseavvägningen avgörs om syftet med bestämmelsen är menat att diskriminera eller om syftet är av sådant slag att det är godtagbart. För att ett syfte skall kunna rättfärdigas måste också den metod som används vara lämplig och nödvändig för att uppnå detta. Är metoden överflödigt är den inte godkänd och syftet kan inte anses berättigat.¹⁴⁰ Intresseavvägningen består av två delar. Den person som hävdar indirekt diskriminering är skyldig att framföra den rättsfakta som berör missgynnandet, och den jämförbara situationen. Svaranden, i de flesta fall arbetsgivaren, har vidare bevisbörda för att påvisa att bestämmelsen är lämplig och nödvändig för att uppnå syftet. Kan det inte göras gällande att det finns saklig grund för bestämmelsen anses indirekt diskriminering föreligga.¹⁴¹ Frågan om ett bestämmelse, kriterium eller förfaringssätt är missgynnande eller tillåtet avgörs genom ett proportionalitetstest. Proportionalitetsprincipen är en EU-rättslig princip som prövar ett fall utifrån om det finns ett berättigat syfte med bestämmelsen samt om det är lämpligt och nödvändigt i den aktuella situationen.¹⁴² Ett berättigat syfte måste vara viktigt och objektivt sett godtagbart.¹⁴³

I AD 2018 nr 42 bedömdes huruvida ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning var lämpligt och nödvändigt för syftet eller om bestämmelsen genom sin tillämpning utgjort indirekt diskriminering av personer med funktionsnedsättning. Arbetstagaren hade vid tre tillfällen nekats anställning hos ett bemanningsbolag på grund av att hon inte ansågs uppfylla kravet. Kvinnan hade sjukersättning på 50% vilket inte ansågs utgöra annan huvudsaklig sysselsättning. Domstolen menade att ett sådant krav, genom vilket personer med

¹³⁸ Mål C-16/19 *VL mot Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie*.

¹³⁹ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 92.

¹⁴⁰ Göransson & Del Sante, *Diskrimineringslagen: en lärobok*, s. 47-50.

¹⁴¹ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 99.

¹⁴² Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 90-91.

¹⁴³ Prop. 2007/08:95, s. 491.

funktionsnedsättning med viss sjukersättning nekas arbete, ska anses vara indirekt diskriminerande. Bolaget kunde inte visa på att kravet hade ett lämpligt och nödvändigt syfte.¹⁴⁴ Frågan berördes även i AD 2006 nr 97 där domstolen ansåg att Svenska kyrkans krav på särskilt försäkringsskydd utan restriktioner för utstationerade präster inte utgjorde ett lämpligt eller nödvändigt krav i förhållande till den arbetssökande prästens allergi. Kravet ansågs enligt domstolen utgöra ett missgynnande för personer med funktionsnedsättning i förhållande till andra arbetstagare utan sådan nedsättning, och kunde således inte anses ha ett berättigat syfte.¹⁴⁵

I det senaste fallet, AD 2020 nr 13, behandlades frågan om indirekt diskriminering då en operatör vid polismyndigheten fick sin provanställning avbruten på grund av att hon inte uppfyllt det språkkrav som ställts på tjänsten. Detta på grund av sin funktionsnedsättning i form av dyslexi. De huvudsakliga arbetsuppgifterna var att anteckna anmälningar. Domstolen framhåller att språkkravet onekligen kan missgynna den som har dyslexi, men finner att kravet hade ett berättigat syfte och var lämpligt och nödvändigt för arbetet. Bland annat eftersom samtalen var kopplade till rättssäkerheten.¹⁴⁶

4.3 Bristande tillgänglighet

FN har i CRPD uttalat sig om tillgänglighet med kravet att samhället ska anpassas till personer med funktionsnedsättning och deras behov. I EU:s direktiv 2000/78/EG framställs vidare krav på åtgärder för att underlätta för personer med funktionsnedsättning. Enligt direktivet ska arbetsgivaren vidta rimliga anpassningsåtgärder.¹⁴⁷ Dessa åtgärder finns till för att möjliggöra tillträde, karriär och utbildning i arbetslivet för personer med funktionsnedsättning.¹⁴⁸

Under flera år var diskussionen om en ny diskrimineringsgrund i form av bristande tillgänglighet på agendan i Sverige. I FUDA fanns krav på skäliga stöd- och anpassningsåtgärder men dessa ansågs inte längre vara tillräckliga. Genom propositionen 2005/06:207 gavs således ett förslag på utökade skyldigheter att genomföra sådana

¹⁴⁴ AD 2018 nr 42.

¹⁴⁵ AD 2006 nr 97.

¹⁴⁶ AD 2020 nr 13.

¹⁴⁷ Inghammar, *Funktionshindrad - med rätt till arbete?*, s. 277.

¹⁴⁸ Direktiv 2000/78/EG s. 7.

åtgärder.¹⁴⁹ Efter införandet av dagens diskrimineringslag framfördes ytterligare förarbeten. I Ds 2010:20 förs förslag om att införa denna nya form av diskriminering för ett mer inkluderat samhälle fram. Det föreslogs alltså en ytterligare utvidgning av rättigheterna till åtgärder för att förstärka diskrimineringsförbudet.¹⁵⁰ Genom proposition 2013/14:198 infördes slutligen bristande tillgänglighet som en ny diskrimineringsform. Lagändringen trädde i kraft under januari 2015. De tidigare reglerna om stöd- och anpassningsåtgärder som fanns i diskrimineringslagen ersattes vid denna tidpunkt av förbudet mot bristande tillgänglighet.¹⁵¹

Bristande tillgänglighet definieras i 1 kap 4 § 3 p DL som *“att en person med en funktionsnedsättning missgynnas genom att sådana åtgärder för tillgänglighet inte har vidtagits för att den personen ska komma i en jämförbar situation med personer utan denna funktionsnedsättning som är skäliga utifrån krav på tillgänglighet i lag och annan författning, och med hänsyn till de ekonomiska och praktiska förutsättningarna, varaktigheten och omfattningen av förhållandet eller kontakten mellan verksamhetsutövaren och den enskilde, samt andra omständigheter av betydelse”*¹⁵².

Bristande tillgänglighet bygger på de tre rekvisiten: missgynnande, underlåtenhet och jämförbar situation. När ett mål i bristande tillgänglighet prövas skall först potentiella åtgärder utredas, sedan ska skäligheten för dessa prövas.¹⁵³ Diskriminering i form av bristande tillgänglighet tillämpas vidare på hela diskrimineringslagens område med undantag för förfrågan om arbete.¹⁵⁴ Innan diskrimineringsgrunden bristande tillgänglighet infördes innebar underlåtenhet att genomföra skäliga stöd- och anpassningsåtgärder direkt diskriminering.¹⁵⁵

4.3.1 Missgynnande

Missgynnande innebär i enlighet med tidigare nämnd definition att en person hamnar i en sämre position än någon annan på grund av en viss handling. Av propositionen framgår även att detta innebär en negativ effekt för arbetstagaren.¹⁵⁶ Missgynnandet ska i förhållande till bristande tillgänglighet vidare grunda sig i en underlåtenhet att vidta de

¹⁴⁹ Prop. 2005/06:207 s. 1.

¹⁵⁰ Ds 2010:20 *Bortom fagert tal – om bristande tillgänglighet som diskriminering*, s. 57, 135.

¹⁵¹ Prop. 2013/14:198 s. 1.

¹⁵² SFS 2008:567, 1 kap 4 § 3 p.

¹⁵³ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 94.

¹⁵⁴ SFS 2008:567, 2 kap 1 § 2 st.

¹⁵⁵ Se bla. AD 2010 nr 13.

¹⁵⁶ Prop. 2013/14:198 s. 125.

tillgänglighetsåtgärder som är nödvändiga med hänsyn till en person med funktionsnedsättning. Ett missgynnande kan även inträffa vid de tillfällen en arbetsgivare infört åtgärder som inte ansetts vara tillräckliga.¹⁵⁷ En person med funktionsnedsättning som anser sig vara missgynnad på grund av att arbetsgivaren underlåtit sig eller inte vidtagit tillräckliga tillgänglighetsåtgärder, kan således vara utsatt för diskriminering i form av bristande tillgänglighet.

4.3.2 Underlåtenhet att vidta åtgärder

Underlåtelse innebär att arbetsgivaren har underlåtit att vidta tillgänglighetsåtgärder på ett sådant sätt att det missgynnar en person med funktionsnedsättning genom att inte försätta denna person i en jämförbar situation. Underlåtelse att vidta åtgärder görs även gällande i de fall en åtgärd genomförts men denna har inte varit tillräcklig.¹⁵⁸

AD 2017 nr 51 berör målet mellan en döv lektor och Södertörns högskola. Tvistigt är deras beslut att inte anställa honom. Lektorn var utifrån meriter bäst lämpad för arbetet vilket ledde till att arbetsgivaren utförde en utredning för att undersöka vilka tillgänglighetsåtgärder som skulle kunna sätta lektorn i en jämförbar situation med resterande arbetssökande. Alternativet var att anställa en tolk. Arbetsgivaren bedömde åtgärderna vara för ekonomiskt omfattande och ansåg vidare att lektorn inte hade de sakliga förutsättningar att utföra arbetet som krävdes för anställning på högskolan. Domstolen bedömde vidare att arbetsgivarens beslut inte utgjort underlåtelse att vidta åtgärder, eftersom en utredning genomförts. Tillgänglighetsåtgärden ansågs inte vara skäligen, och bristande tillgänglighet ansågs därför inte ha förekommit i denna situation.¹⁵⁹

FN har genom CRPD-kommittén kritiserat utfallet av domen. De anser att Arbetsdomstolen torde bedömt fallet som diskriminering på grund av bristande tillgänglighet, och att Sverige brutit mot konventionen. De menar att arbetsgivaren borde ha genomfört ett mer omfattande utredningsarbete för att tillgodose kravet på tillgänglighetsåtgärder. Kritiken grundar sig i att domen försvagar funktionsnedsattas rätt till anpassningsåtgärder på arbetsplatsen. Även diskrimineringsombudsmannen kritiserades på grund av att andra möjliga åtgärder, utöver

¹⁵⁷ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 96-97.

¹⁵⁸ Prop. 2013/14:198 s. 125. AD 2020 nr 13 om att inte köpa in ett datorprogram utgjorde underlåtenhet.

¹⁵⁹ AD 2017 nr 51.

tolken, inte utreddes.¹⁶⁰ Sinander och Inghammar menar att högskolan borde utrett vilka ytterligare anpassningsåtgärder som kunnat utföras för att möjliggöra lektorns anställning. Här anser de att diskrimineringsombudsmannen borde kritiserat den bristande utredningen av detta. De betonar även att detta beslut av FN kommittén kan komma att påverka domar i framtiden, både i Sverige men också på EU-nivå.¹⁶¹ Kommittén anser slutligen att Sverige bör kompensera lektorn för den felaktiga domen och att åtgärder bör genomföras för att förhindra att liknande situationer sker i framtiden. De poängterar slutligen att tjänstemän i Arbetsdomstolen bör utbildas i FN-konventionerna.¹⁶²

Även i AD 2020 nr 13 bedömdes huruvida bristande tillgänglighet hade förelegat på grund av underlåtenhet att vidta åtgärder. I detta fall hade polismyndigheten avbrutit en provanställning eftersom den anställda hade dyslexi och därmed inte kunde utföra arbetsuppgifterna. Det var av största vikt att kvinnan, som satt i telefon och tog emot samtal, kunde anteckna det som sades och sedan skicka vidare informationen. Detta blev problematiskt eftersom ingen förstod hennes anteckningar och informationen gick förlorad. Det visade sig att myndigheten hade underlåtit att köpa in en programvara för personer med dyslexi som i hög grad förenklat arbetet för kvinnan. Programmet hade varit skäligt att köpa in eftersom kostnaden inte var så stor och därför dömdes myndigheten för bristande tillgänglighet.¹⁶³

4.3.3 Jämförbar situation

För att rekvisitet en jämförbar situation ska kunna uppnås måste en jämförelse av den aktuella situationen mellan en person med funktionsnedsättning och en person utan denna nedsättning i liknande situation genomföras.¹⁶⁴ Jämförelsen ska göras med hänsyn till det aktuella fallet och funktionsnedsättningen.¹⁶⁵ Det är ovanligt att en person med funktionsnedsättning som medför nedsatt arbetsförmåga befinner sig i en jämförbar situation med en person utan liknande nedsättning. För att en jämförbar situation följaktligen ska kunna uppfyllas, krävs att skäliga åtgärder införs. Dessa ska syfta till att reducera det hinder den nedsatta förmågan utgör för den specifika individen.¹⁶⁶ Arbetsgivaren är skyldig att införa sådana

¹⁶⁰ Yttrande av Kommittén för rättigheter för personer med funktionsnedsättning CRPD/C/23/D/45/2018.

¹⁶¹ Andreas Inghammar & Erik Sinander, "FN: Anpassningar borde ha utretts mer av Södertörn", *Lag & Avtal*, (Oktober 2020).

¹⁶² CRPD/C/23/D/45/2018.

¹⁶³ AD 2020 nr 13.

¹⁶⁴ Prop. 2013/14:198, s. 63.

¹⁶⁵ Se ytterligare definition under avsnitt 4.1.2 och 4.2.2.

¹⁶⁶ Prop. 2013/14:198, s. 63.

tillgänglighetsåtgärder. Den jämförbara situationen påverkas vidare av jämförelsepersonernas skillnader. Dessa ska inte vara oproportionerligt stora.¹⁶⁷

När man bedömer om en person med funktionsnedsättning är i en jämförbar situation med en annan är det grundläggande att personen kan utföra de mest väsentliga arbetsuppgifterna för tjänsten. Om detta inte kan uppfyllas kan personen inte komma i en jämförbar situation med en annan utan nedsättning.¹⁶⁸ För att utföra de väsentligaste arbetsuppgifterna måste en person med funktionsnedsättning ha sakliga förutsättningar. Vid de tillfällen tillgänglighetsåtgärder vidtas och vidare bidrar till att en person med funktionsnedsättning kan utföra det mest väsentliga av arbetet, ska jämförbar situation anses vara uppfylld.¹⁶⁹ Motsatsvis kan en person som trots tillgänglighetsåtgärder inte kan utföra detta arbetet, inte sättas i en jämförbar situation. Enligt Fransson & Stüber är det inte rimligt att jämföra två personer i förhållande till bristande tillgänglighet om en av personerna inte besitter den kompetens som krävs för arbetet. Båda måste ha liknande meriter för det aktuella arbetet.¹⁷⁰ En hypotetisk person får i fall av bristande tillgänglighet användas om det inte finns en jämförelseperson att tillgå.¹⁷¹

I AD 2011 nr 25 behandlades frågan om huruvida en person med synskada utsatts för diskriminering i form av bristande tillgänglighet då denna nekats praktikplats utan att några tillgänglighetsåtgärder vidtagits. Arbetsdomstolen menade att den synskadade personen inte kunde anses vara i en jämförbar situation. Detta på grund av att de åtgärder som ansågs vara skäliga inte medförde att personen kunde utföra arbete av betydelse. Personen hade dessutom behov av ledsagning av annan anställd vilket innebar att de ekonomiska förhållandena ansågs vara oskäligen. Domstolen bedömde således att personen inte utsatts för diskriminering. Vidare kom detta fall att innebära vägledande praxis kring att inte behöva vidta anpassningsåtgärder vid praktik.¹⁷² Vidare exempel på detta finns i AD 2014 nr 26 där en man med sömnapné inte längre ansågs kunna utföra arbete av betydelse på grund av sitt tillstånd.¹⁷³ Inte heller i AD 2022 nr 34 ansågs en MS-sjuk administratör längre kunna utföra arbete av betydelse trots de många anpassningsåtgärder som arbetsgivaren vidtagit.¹⁷⁴

¹⁶⁷ Prop. 2013/14:198, s. 64.

¹⁶⁸ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 81.

¹⁶⁹ Prop. 2013/14:198, s. 500.

¹⁷⁰ Prop. 2013/14:198 s. 126.

¹⁷¹ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 81.

¹⁷² AD 2011 nr 25.

¹⁷³ AD 2014 nr 26.

¹⁷⁴ AD 2022 nr 34.

Arbetstagaren kunde i dessa fall inte anses vara i en jämförbar situation, och därför ansågs uppsägningarna inte vara diskriminerande.

4.3.4 Skälighetsbedömning

Skälighetsbedömningen ska grundas i typen av funktionsnedsättning, vilka åtgärder som kan anses vara skäligen i förhållande till arbetstagarens krav på likabehandling och kostnader för att genomföra detta i det enskilda fallet. Avgörande blir således huruvida den förväntade effekten av varaktigheten och omfattningen samt arbetsgivarens ekonomiska och praktiska förutsättningarna är skäligen i förhållande till genomförandet av dessa åtgärder. Även andra omständigheter av betydelse ska tas hänsyn till.¹⁷⁵ I propositionen till diskrimineringslagen beskrivs att sista punkten öppnar upp för andra typer av åtgärder i syfte att inte begränsa bestämmelsen till att bara inkludera vissa omständigheter i skälighetsbedömningen.¹⁷⁶ Bedömningen av vad som kan anses vara skäligen ska ske genom lagens krav och regleringar och med hänsyn till de ovan nämnda förhållandena.¹⁷⁷

I proposition 2013/14:198 exemplifieras olika typer av åtgärder som anses vara skäligen att utföra.¹⁷⁸ Bedömningen ska göras utifrån varje enskilt fall och det bör därför inte finnas några generella riktlinjer. Skäligheten för genomförandet av stöd- och anpassningsåtgärder avgör skyldighetens omfattning.¹⁷⁹ Arbetsgivarens fysiska åtgärdsansvar handlar i synnerhet om att implementera tekniska hjälpmedel, arbetsredskap och att förändra arbetsmiljön i den mån som är skäligen. Detta krav är begränsat till lokalen som utgör arbetsplatsen, vilket enligt förarbetena även syftar till angränsande lokaler, såsom matsal och samlingslokaler.¹⁸⁰ I fråga om arbetsorganisering kan åtgärder som arbetstakt, arbetsfördelning eller arbetstid vara lämpligen.¹⁸¹

Ett av de förhållanden som bör tas hänsyn till vid skälighetsbedömning är de *ekonomiska och praktiska förutsättningarna* för arbetsgivaren. Både kostnaden för de aktuella åtgärder som det är fråga om i det specifika fallet, och arbetsgivarens ekonomiska situation bör tas hänsyn till. Det bör sedan göras en jämförelse av dessa två faktorer för att avgöra i vilken mån

¹⁷⁵ Prop. 2013/14:198 s. 66-69.

¹⁷⁶ Prop. 2013/14:198 s. 61.

¹⁷⁷ SFS 2008:567, 1 kap 4 § p 3.

¹⁷⁸ Prop. 2013/14:198 s. 92, 99.

¹⁷⁹ Prop. 2013/14:198 s. 64.

¹⁸⁰ Prop. 2007/08:95, s. 147-148.

¹⁸¹ Prop. 2007/08:95, s. 500-501.

anpassningen är skälig.¹⁸² I de fall arbetsgivaren saknar ekonomiska förutsättningar för att införa en åtgärd kan denna inte anses vara skälig i förhållande till de ekonomiska behoven.¹⁸³

AD 2010 nr 13 bedömde frågan om Försäkringskassan diskriminerat en arbetssökande med allvarlig synskada genom nekad anställning. Genom utredningen av möjliga åtgärder för att sätta personen i jämförbar situation ansåg arbetsgivaren att åtgärderna var för omfattande. Dessa innehöll bland annat utredning av en ytterligare anställning på grund av funktionsnedsättningen och kostnader för cirka 20 000 timmars arbete. Domstolen instämde med arbetsgivarens åsikt om att dessa åtgärder var oskäliga ur ett ekonomiskt perspektiv. Personen ansågs således inte de sakliga förutsättningar som ansågs aktuella för tjänsten. Därför var det inte heller skäligt att av Försäkringskassan genomföra de åtgärder som behövdes för att den synskadade skulle hamna i jämförbar situation som andra anställda.¹⁸⁴ Käranden begärde i fallet ett avgörande från CRPD med inställningen att den svenska lagen inte följer konventionens krav på skäliga åtgärder. FN kommittén menade att de bundna staterna lämnas ett visst ansvar att själva göra en bedömning av skäligheten och att detta beslut byggde på objektiva grunder.¹⁸⁵ En liknande skälighetsbedömning gjordes i AD 2017 nr 51. Denna överklagades också till CRPD, fast med utfallet att Sverige brutit mot konventionen.¹⁸⁶ Oskäliga ekonomiska kostnader berörs även i fallet AD 2011 nr 25.¹⁸⁷

Utöver de ekonomiska förhållanden som präglar verksamheten påverkar även de praktiska förutsättningarna en skälighetsbedömning. Det som utgör för stora förändringar på arbetsplatsen kan därför anses vara oskäliga och arbetsgivarens intressen måste därför vägas mot de intresse som en person med funktionsnedsättning har inför arbetsintegration.¹⁸⁸ I AD 2012 nr 51, blev en arbetstagare uppsagd på grund av sin funktionsnedsättning som medförde nedsatt arbetsförmåga. Personen hade försvagad greppförmåga och kunde inte lyfta tyngre saker, vilket påverkade hans förmåga att utföra alla arbetsuppgifter av betydelse. Den enda åtgärd som fanns tillgänglig, i brist på lämpliga tekniska hjälpmedel, ansågs vara att omorganisera arbetsuppgifterna för ett flertal arbetstagare. Detta ansåg domstolen utgöra en oskälig praktisk åtgärd för arbetsgivaren.¹⁸⁹ Vidare måste åtgärderna vara praktiskt

¹⁸² Prop. 2007/08:95, s. 67.

¹⁸³ Prop. 2007/08:95, s. 67.

¹⁸⁴ AD 2010 nr 13.

¹⁸⁵ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 94-95.

¹⁸⁶ Se avsnitt 4.3.2.

¹⁸⁷ Se avsnitt 4.3.3.

¹⁸⁸ Prop. 2013/14:198, s. 67.

¹⁸⁹ AD 2012 nr 51.

genomförbara. Det får inte föreligga några praktiska eller rättsliga hinder för att genomföra åtgärden. En arbetsgivares skyldighet att vidta åtgärder kan exempelvis inskränkas av att arbetsplatsen utgörs av en hyrd lokal som inte tillåter att utföra förändringar av den faktiska miljön.¹⁹⁰

Ett annat fall där domstolen ansåg att anpassningsåtgärderna var för påtagliga för bolaget för att det skulle anses skäligt var i AD 2013 nr 78. Fallet berörde en busschaufför som drabbats av hjärtinfarkt vilket hade stor påverkan på hans kognitiva arbetsförmåga när han skulle återgå i arbete. En anpassningsåtgärd som utreddes var att förlägga hans arbetstider så att han inte behövde jobba tidigt på morgonen eller sent på kvällen. Det konstaterades att åtgärderna som krävdes var alldeles för omfattande för att bolaget skulle kunna genomföra dem då det bland annat skulle påverka andra förare negativt. De ansågs alltså vara oskäligen med hänsyn till att de påverkade verksamhetens praktiska utformning.¹⁹¹

Varaktighet och omfattning bör vidare tas i beaktning gällande förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Beroende på anställningens längd och omfattning kan skälighetsbedömningen variera. Åtgärderna av ett kortvarigt arbete kan således skilja sig från den bedömning som görs i de fall en anställning är av längre karaktär.¹⁹² I AD 2017 nr 51 görs det gällande att en arbetsgivare har större krav på anpassningsåtgärder vid tillsvidareanställning och heltidsarbete än i de fall arbetstagaren är anställd genom en tidsbegränsad anställning eller färre timmar. I Södertörns fall skulle åtgärden i form av tolk innebära en årligt återkommande kostnad, vilket var en av anledningarna till att denna åtgärd ansågs vara oskäligen. Detta trots att arbetsgivaren hade en relativt stor personalbudget. Hade det istället varit fråga om att anställa lektorn för ett tiotal gästföreläsningar, skulle den å andra sidan möjligen anses skälig.¹⁹³

I ett EU mål tycks skyldigheterna att vidta anpassningsåtgärder för arbetsgivaren vara mer utvidgade än i den nationella rätten. I fallet XXXX fastställer domstolen att arbetsgivaren är skyldig att omplacera en arbetstagare med funktionsnedsättning även om denne är provanställd. Detta om det visar sig att arbetstagaren inte har de sakliga förutsättningar som krävs för att utföra det väsentliga arbetet. Finns en annan lämplig anställning ska personen

¹⁹⁰ Prop. 2013/14:198, s. 68.

¹⁹¹ AD 2013 nr 78.

¹⁹² Prop. 2013/14:198, s. 67.

¹⁹³ AD 2017 nr 51.

omplaceras dit såvida detta inte är en oproportionerlig börda för arbetsgivaren.¹⁹⁴ Att arbetsgivarens ansvar att införa skäligen anpassningsåtgärder dras så långt som till utanför den ursprungliga tjänsten genom omplacering till annan tjänst, samt att dettas ska anses skäligt redan vid provanställning, är ännu inget som bedömts i den nationella domstolen. Enligt domen skulle arbetsgivaren dock, i fall av liknande fråga, vara tvungen att utreda omplaceringsmöjligheterna för att fullgöra skyldigheten till skäligen anpassningsåtgärder, trots att arbetstagaren inte kan utföra de väsentliga arbetsuppgifterna tillhörande den tjänst denna sökt. Detta ger utvidgad bild av skälighetens omfattning i den nationella rätten och att betydelsen av förhållandets varaktighet och omfattning nedtonas. Denna anpassningsåtgärd sträcker sig vidare utanför den ursprungliga anställningen, och skyddet för personer med funktionsnedsättning som är provanställda stärks av det.

Andra omständigheter av betydelse bör också räknas in i skälighetsbedömningen. Dessa omständigheter syftar till de förhållanden som kan göra skillnad och ha betydelse för personer med funktionsnedsättning. Det ska enligt skälighetsbedömningen göras ett avvägande kring huruvida dessa ska reduceras och förhindras.¹⁹⁵ Det har exempelvis i de två tidigare nämnda fallen, AD 2013 nr 78 och AD 2012 nr 51, ansetts vara oskäligt att omorganisera arbetet på så sätt att det drabbar andra arbetstagare negativt.¹⁹⁶

Huruvida arbetsgivaren har varit medveten om funktionsnedsättningen kan också påverka skälighetsbedömningen och i sin tur de begränsningar som den innebär. Arbetsgivaren har genom olika bestämmelser ansvar att hålla sig uppdaterad om sina arbetstagares information, men arbetstagaren har i detta fall också ett ansvar att informera sin arbetsgivare, eftersom funktionsnedsättningar inte alltid är synliga. Dessa parter bör tillsammans utreda vilka tillämpningsåtgärder som är lämpliga.¹⁹⁷ I vissa fall kan det vara så att den anställde inte vill att anpassningsåtgärder ska införas. I AD 2015 nr 57 var detta fallet. Personen ville inte erkänna sina funktionsnedsättningar för cheferna och därav kunde inga anpassningsåtgärder genomföras. Domstolen menar att ett sådant ansvar kan inte läggas på arbetsgivaren när den anställda inte vill berätta eller vara behjälplig i fråga om sin funktionsnedsättning. Därav konstaterades att bolaget inte diskriminerat arbetstagaren.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Mål C-485/20 XXXX mot HR Rail SA.

¹⁹⁵ Prop. 2013/14:198, s. 69.

¹⁹⁶ AD 2013 nr 78 och AD 2012 nr 51.

¹⁹⁷ Prop. 2007/08:95 s. 153.

¹⁹⁸ AD 2015 nr 57.

4.4 Övriga typer av diskriminering

Trakasserier och sexuella trakasserier är typer av diskriminering som innebär att en persons värdighet kränks. Sexuella trakasserier sticker ut då den inte kräver någon koppling till diskrimineringsgrunderna för att vara diskriminerande. För att utgöra trakasserier skall kränkningen personen utsätts för vara av viss grad, alltså inte för obetydlig. Personen måste psykiskt eller fysiskt skadas av diskrimineringen.¹⁹⁹ Instruktioner att diskriminera är vidare en form av diskriminering som är baserad på EU-direktiv och ska ses som en kompletterande del till de övriga typerna av diskriminering. Instruktioner att diskriminera innebär att en person i auktoritär eller på annat sätt överordnad ställning säger till någon i en underordnad ställning att diskriminera en annan.²⁰⁰

5. Sammanfattande analys

Diskrimineringsförbudet för personer med funktionsnedsättning är omfattande, och det är arbetsgivarens ansvar att motverka att diskriminering uppstår. Arbetsgivaren har enligt regleringar i diskrimineringslagen och arbetsmiljölagen skyldigheter att utföra ett aktivt arbete för att främja delaktighet för personer med funktionsnedsättning i arbetslivet. Det blir genom granskning av gällande rätt tydligt att en bedömning om huruvida en handling är diskriminerande eller ej, måste göras i varje enskilt fall. Det finns inget allmänt eller generellt sätt att tillämpa bestämmelserna på. I varje situation bör det således göras en bedömning för huruvida rekvisiten för diskriminering är uppfyllda. Arbetsgivarens ansvar att motverka diskriminering påverkas utav dessa faktorer. Arbetsgivarens skyldighet att vidta stöd- och anpassningsåtgärder begränsas av en skälighetsbedömning.

5.1 Diskrimineringsförbudets omfattning och arbetsgivarens ansvar

Definitionen av funktionsnedsättning skiljer sig mellan CRPD, EU-rätt och svensk diskrimineringslagstiftning. Funktionsnedsättningen måste enligt EU-rätt innebära ett hinder i arbetet. Detta grundar sig i att arbetslivsdirektivet endast omfattar arbetslivet och inte resterande delar av samhället. Den svenska diskrimineringslagen och CRPD omfattar båda bredare samhällsområden än direktivet. Definitionen påverkar i sin tur tillämpningen av

¹⁹⁹ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 100-101.

²⁰⁰ Fransson & Stüber, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, s. 105-106.

diskrimineringsförbudet bristande tillgänglighet för diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning. I EU-fallet Z ansågs arbetstagaren inte ha en funktionsnedsättning eftersom att det inte utgjorde någon nedsatt arbetsförmåga eller hinder i arbetet. Samma fall hade möjligtvis bedömts som funktionsnedsättning enligt svensk lagstiftning eftersom kravet på nedsatt arbetsförmåga inte finns. En bedömning av ett fall som berör diskriminering av funktionsnedsättning kan alltså skilja sig mellan EU, FN och svensk lag trots att Sverige är bunden av sådana överordnade regleringar. Den internationella och den nationella lagstiftningens olikheter påverkar således bedömningen av om diskriminering förekommit.

Både internationell och nationell rätt förpliktar arbetsgivaren att motverka diskriminering av arbetstagare med funktionsnedsättning genom olika typer av åtgärder. Arbetsgivarens skyldighet att motverka diskriminering utgörs exempelvis av de aktiva åtgärderna. Skyddet av diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning i svensk rätt har under senare år utökats då en ny form av diskriminering införts och förbudet har kommit att gälla fler områden. Skärpta regleringar kan därför ge intrycket av att diskriminering på grund av funktionsnedsättning inte bör förekomma i särskilt stor utsträckning. Men det finns begränsningar gällande både förbudet och skälighetsbedömningen som innebär att alla personer med funktionsnedsättning inte får lika möjligheter till att arbeta. En avvägning måste göras i varje enskilt fall, som tar hänsyn till båda parter i förhållandet.

Både direkt och indirekt diskriminering omfattar de handlingar som görs mot en person med funktionsnedsättning. För att diskriminering ska föreligga måste de rekvisit som uppställs i lagens bestämmelser uppfyllas. Rekvisiten jämförbar situation och intresseavvägning utgör begränsningar av förbudets omfattning. Exempel på dessa situationer är tillstånd som inte utgör en funktionsnedsättning enligt lagens mening, såsom fetma, men som innebär en nedsatt arbetsförmåga och leder till uppsägning. Detta såg vi i Kaltoft-fallet i EU-domstolen. Det kan även vara i de fall där jämförbar situation inte anses föreligga för att den funktionsnedsatta inte kan utföra arbete av betydelse, som i AD 2014 nr 26. Även om detta kan anses skäligt innebär det att diskrimineringslagen inte är fullt inkluderande. Undantaget i den indirekta diskrimineringen utgör även den en exkluderande del. Det innebär att om kravet kan anses nödvändigt och berättigat för syftet så är det inte diskriminerande, även om det utan undantaget hade ansetts diskriminerande. Dessa slutsatser innebär att diskrimineringskyddet har flera begränsningar i sin utformning. Arbetsgivare kan alltså undkomma sina tillkortakommanden genom undantag i bestämmelserna.

Både i AML och DL stadgas det att arbetstagare med funktionsnedsättning har rätt att ta del av de olika alternativ som är relevanta som anpassningsåtgärd för dem själva. Arbetsgivaren har i detta fall ett ansvar att utreda åtgärden, samt andra möjliga anpassningar av arbetet och kostnaden för detta. Arbetsgivaren har uppfyllt sin skyldighet när skäliga åtgärder utretts.

5.2 Arbetsgivarens ansvar att införa skäliga stöd- och anpassningsåtgärder

Arbetsgivare är skyldiga att vidta åtgärder för att motverka bristande tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning på arbetsplatsen. Skyddet är menat för att en person med funktionsnedsättning skall ha möjlighet att få samma förutsättningar på arbetet. Detta är dock endast en skyldighet om det kan anses skäligt för arbetsgivaren. I fall där endast en liten tillämpning av arbetet kan anses behövas, såsom i AD 2020 nr 13, är det skäligt för arbetsgivaren att utföra detta. Är åtgärden för krävande kan den inte anses skälig för arbetsgivaren och ingen diskriminering har skett. Detta såg vi i AD 2017 nr 51. Däremot höll FN inte med Sveriges bedömning utan ansåg att en tolk varit en skälig åtgärd. Eftersom FN tyckte att denna omfattande åtgärd var skälig kan man tolka det som att FN:s anpassningskrav är mer långtgående än de svenska. FN är villiga att gå ett steg längre för att inkludera alla i arbetslivet. Slutsatsen som kan dras av detta är att de olika aktörerna har olika uppfattning om hur omfattande diskrimineringsförbudet gällande funktionsnedsättning ska vara.

I arbetsmiljölagen framgår det också att arbetsgivaren endast har skyldighet att införa rimliga anpassningsåtgärder. Båda lagstiftningarna avser anpassningsåtgärder i förhållande till arbetstagarens arbetsförmåga. I arbetsmiljölagen beskrivs relevanta tekniska hjälpmedel vara ett sätt för arbetsgivaren att anpassa arbetet, och att arbeta med både innehåll och organisatoriska faktorer. Diskrimineringslagen framhåller inte vilka typer av anpassningsåtgärder som kan anses vara skäliga utan detta går istället att finna i praxis utifrån den specifika situationens förutsättningar.

De ekonomiska och praktiska förutsättningarna påverkar i hög grad skälighetsbedömningen. Detta framgår främst genom praxis. Enligt propositioner till diskrimineringslagen ska arbetsgivaren inte behöva genomgå ekonomiskt lidande för att anpassa arbetet för en person

med funktionsnedsättning. I de fall tillgänglighetsåtgärder går att genomföra med mindre kostsamma ekonomiska medel kan de i större mån anses vara skäliga. I de fall en person har en funktionsnedsättning som leder till omfattande nedsättning av arbetsförmågan och utgör en stor ekonomisk börda för arbetsgivaren kan denna i högre grad anses vara oskälig. Arbetsgivaren måste fullgjort sina utredningsskyldigheter i förhållande till tillgänglighetsåtgärder för att kunna hävda att åtgärden är oskälig. Den ekonomiska bördan har således en central roll i införandet av åtgärder mot bristande tillgänglighet enligt diskrimineringslagens bestämmelser. Vad som krävs för att införa en anpassningsåtgärd påverkar i högre grad skälighetsbedömningen än vilken typ av funktionsnedsättning arbetstagaren har.

En annan del av skälighetsbedömningen består av omfattningen och varaktigheten av förhållandet som gäller mellan arbetsgivare och arbetstagare. Gällande den som är tillsvidareanställd kan högre krav ställas än den som har en tidsbegränsad anställning. Ett kostsamt inköp av hjälpmedel, eller en omfattande åtgärd som fysiskt förändrar arbetsmiljön kan anses vara skäligt då den kommer att vara användbar under hela anställningen. Motsatt kan det i högre grad anses vara ekonomiskt oskäligt att genomföra en anpassningsåtgärd för en person med tillsvidareanställning då detta innebär en hög kostnad för arbetsgivaren under en längre tid. Detta blir tydligt genom AD 2017 nr 51 där lektorns behov av tolk för en tillsvidareanställning ansågs oskäligt. Om lektorn var anställd för ett fåtal föreläsningar eller begränsad tid hade det potentiellt varit en skälig kostnad. Omfattningen och varaktigheten av förhållandet skiljer sig och kan ha olika betydelse i olika situationer vilket gör det svårt att dra en generell slutsats över dess betydelse i skälighetsbedömningen. Men en arbetsgivares ansvar verkar sträcka sig längre i de fall det rör sig om en tillsvidareanställning än en kortare tidsbegränsad anställning utifrån praxis.

Andra omständigheter av betydelse som kan påverka skälighetsbedömningen framkommer av rättspraxis. I AD 2013 nr 78 ansågs det inte skäligt att vidta åtgärder som skulle innebära sämre arbetsförhållande för den funktionsnedsatta arbetstagarens kollegor. Att åtgärden skulle innebära något negativt för kollegorna ansågs således vara en omständighet av betydelse för skäligheten. Även AD 2012 nr 15 visar på att det inte ansågs skäligt att arbetstagaren som på grund av sin funktionsnedsättning med nedsatt arbetsförmåga skulle få andra arbetsuppgifter än övriga arbetstagare. Detta eftersom åtgärder skulle att innebära ett missgynnande av de andra arbetstagarna genom förändrade arbetstider och en högre arbetsbörda. Arbetsdomstolen

ansåg i detta fall att det inte kunde vara skäligt att kräva detta av arbetsgivaren då det skulle kräva en omorganisering av hela butiken. Utifrån dessa rättsfall kan det alltså vara av betydelse för skälighetsbedömningen att arbetstagarens kollegor inte påverkas negativt av åtgärden för att den ska anses vara skälig.

I AD 2012 nr 15 berörs även vad som anses vara skäligt i de fall det inte finns något tillgängligt hjälpmedel att tillgå. Har arbetsgivaren undersökt åtgärder för att reducera funktionsnedsättningens inverkan på arbetsförmågan utan resultat ska arbetsgivaren, enligt Arbetsdomstolen, anses ha uppfyllt skyldigheten att införa anpassningsåtgärder. Om det inte finns några tillgängliga åtgärder exempelvis i form av hjälpmedel, arbetstidsförändringar eller arbetsplatsutformning ska arbetsgivaren alltså anses fullgjort sina skyldigheter. Arbetstagaren har inte kunnat komma i en jämförbar situation med andra arbetstagare på arbetsplatsen utan funktionsnedsättning. Det är dock av stor vikt att arbetsgivaren har övervägt alla olika åtgärder som går att tillgå. Detta ska ske i samverkan med den specifika arbetstagaren.

I AD 2010 nr 13 ansågs Arbetsdomstolen gjort en bedömning i linje med gällande rätt enligt FN. Detta genom att undersöka de åtgärder som varit tillgängliga och lämpliga i förhållande till det specifika fallet. Skillnaden här är att man har undersökt flera olika åtgärder istället för att fixera sig på endast en. Åtgärderna ansågs i detta fall vara oskäligen och FN höll med. I AD 2017 nr 51 som åter blir aktuellt kritiserades Arbetsdomstolen och DO av FN-kommittén som menade att parterna inte beaktade andra möjliga tillgänglighetsåtgärder. Istället fokuserar man endast på att kostnaden för en tolk var oskälig, vilket inte är tillräckligt. Alla möjliga åtgärder borde uttömts och frånvaron av utredning till alternativa anpassningsåtgärder är undermålig menar FN. Det blir härigenom tydligt att det förekommer meningsskiljaktigheter gällande hur den internationella rätten bör tolkas i det nationella rättsväsendet. Man kan tänka sig att Sverige efter FN:s kritik kommer att se över praxis gällande vilka anpassningsåtgärder som kan anses skäliga, men någon större förändring kan inte förväntas eftersom man i AD 2020 nr 3 åter ansåg en tolk vara en oskälig anpassningsåtgärd.

6. Avslutande reflektion och slutsats

Genom analysen blir det tydligt att gällande diskrimineringslagstiftning har avsikten att skydda personer med funktionsnedsättning, men inte når hela vägen fram då många faller

utanför rättssystemet. Lagen misslyckas med att spegla verklighetens behov av skydd för denna grupp i samhället. I de fall en arbetstagare har sådan nedsatt arbetsförmåga att det saknas sakliga förutsättningar och denna inte kan sättas i en jämförbar situation med en person utan funktionsnedsättning, kommer denna inte omfattas eller skyddas av diskrimineringsförbudets bestämmelser. Skyddet gäller således inte alla arbetstagare med funktionsnedsättning på en arbetsplats utan endast dem som ryms inom denna ram. Arbetsgivarens intresse är i första hand att bedriva en fungerande verksamhet. Att införa stöd- och anpassningsåtgärder blir därför sekundärt i förhållande till det övergripande målet för verksamheten. Lagens bestämmelser måste således anpassas till verkligheten genom en intresseavvägning. Arbetsmarknadens olika intressen och balansen mellan dessa påverkar således vad som anses vara en rimlig åtgärd och vad som för arbetsgivaren inte är en hållbar lösning.

Alla kommer därför inte att inkluderas, även om det politiska målet är att alla ska få bidra. I teorin är det en fin tanke att alla ska dra sitt strå till stacken, men i praktiken är detta inte en möjlig lösning. Verkligheten hinner ikapp och det är endast till en viss gräns möjligt att anpassa verksamheter till individer med särskilda behov. Efter denna gräns kan det inte vara logiskt försvarbart att värdera ett arbetes betydelse för en individ över samhällets uppbyggnad. En skälighetsbedömning är nödvändig för att avväga när det inte längre kan anses vara rimligt att göra dessa åtgärder. Detta leder till att den grupp som många gånger, både i det sociala och i det ekonomiska blir exkluderad, fortsätter att bli exkluderad även i arbetslivet. Kanske är det dessa människor som behöver inkluderas mest som fortsätter lida av vårt vinstdrivande samhälle.

Källförteckning

Offentligt tryck

FN

FN:s Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.

[Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning](#)

EU

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

[Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna](#)

EU:s stadga om de grundläggande mänskliga rättigheterna.

[Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna](#)

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

[FÖRDRAGET OM EUROPEISKA UNIONENS FUNKTIONSSÄTT \(KONSOLIDERAD VERSION\)](#)

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

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

Sverige

Ds 2008:23 *FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning.*

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

Prop. 2015/16:135 *Ett övergripande ramverk för aktiva åtgärder i syfte att främja lika rättigheter och möjligheter.*

SOU 1992:52 *Ett samhälle för alla*.

SOU 2020:79 *Effektivare tillsyn över diskrimineringslagen – aktiva åtgärder och det skollagsreglerade området*.

AFS 2020:5 *Arbetsanpassning*.

SÖ 2008:26 *Konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning och fakultativt protokoll till konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning*.
New York den 13 december 2006.

Litteratur

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

Danermark, Berth & Larsson Tholén, Susanna (red.), *Arbetsliv för alla: funktionsnedsättning och arbete*, Malmö: Gleerup, 2016.

Europeiska unionens byrå för mänskliga rättigheter, *En handbok i europeisk diskrimineringsrätt* (Luxemburg: Europeiska unionens publikationsbyrå, 2011) [En handbok i europeisk diskrimineringsrätt](#).

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 3 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 2021.

Glavå, Mats & Hansson, Mikael, *Arbetsrätt*, 4 uppl. Lund: Studentlitteratur, 2020.

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

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

Inghammar, Andreas & Sinander, Erik, “FN: Anpassningar borde ha utretts mer av Södertörn”, *Lag & Avtal*, (2020), [FN: Anpassningar borde ha utretts mer av Södertörn | Lag & Avtal](#).

Ileskog, Tommy, *Juridisk metod tillämpad inom arbetsrätten*, 2 uppl. Stockholm: IJK förlag, 2020.

Melander, Jan & Samuelsson, Joel, *Tolkning och tillämpning*, Uppsala: Iustus förlag, 2003.

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 2 uppl. Lund: Studentlitteratur, 2018.

Papadopoulou, Frantzeska & Skarp, Björn, *Juridikens nycklar: introduktion till rättsliga sammanhang, metoder och verktyg*, 2 uppl. Stockholm: Norstedts juridik, 2021.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, Göteborg: Norstedts Juridik, 1995.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 2 uppl. Stockholm: Norstedts Juridik, 2007.

Swanstein, Filippa & Henrikz, Karin, *Diskrimineringslagen: från princip till praktik*, 4 uppl. Lund: Studentlitteratur, 2021.

Internetkällor

Arbetsförmedlingen, “Funktionsnedsättning, få stöd så här”, *Arbetsförmedlingen*, [Funktionsnedsättning, få stöd så här - Arbetsförmedlingen](#) (Hämtad 2022-12-09).

Diskrimineringsombudsmannen, “Bristande tillgänglighet”, *Diskrimineringsombudsmannen*, senast uppdaterad 11 oktober 2022, [Bristande tillgänglighet är en form av diskriminering | DO](#). (Hämtad 2022-12-01).

Regeringskansliet, “Regeringens arbete på EU-nivå”, *Regeringskansliet*, senast uppdaterad 14 augusti 2017, [Regeringens arbete på EU-nivå](#). (Hämtad 2022-11-16)

SCB, *Situationen på arbetsmarknaden för personer med funktionsnedsättning 2021*, SCB, 2021. [Situationen på arbetsmarknaden för personer med funktionsnedsättning 2021](#) (Hämtad 2022-11-15).

Rättsfallsförteckning

EU

Mål C-13/05 *Sonia Chacón Navas mot Eurest Colectividades SA*. ECLI:EU:C:2006:456.

Mål C-303/06 *Sharon Coleman mot Attridge Law, Steve Law*. ECLI:EU:C:2008:415.

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

Mål C-617/10 *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*. ECLI:EU:C:2013:280.

Mål C-363/12 *Z. mot A Government department, The Board of management of a community school*. ECLI:EU:C:2014:159.

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

Mål C-395/15 *Mohamed Daouidi mot Bootes Plus SL, Fondo de Garantía Salarial, Ministerio Fiscal*. ECLI:EU:C:2016:917.

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

Mål C-485/20 *XXXX mot HR Rail SA*. ECLI:EU:C:2022:85.

Sverige

AD 1984 nr 141.

AD 2003 nr 47.

AD 2005 nr 32.

AD 2006 nr 97.
AD 2010 nr 13.
AD 2011 nr 25.
AD 2012 nr 51.
AD 2013 nr 78.
AD 2014 nr 26.
AD 2015 nr 57.
AD 2017 nr 51.
AD 2018 nr 11.
AD 2018 nr 42.
AD 2020 nr 3.
AD 2020 nr 9.
AD 2020 nr 13.
AD 2022 nr 34.

FN-kommittén för rättigheter för personer med funktionsnedsättning

CPRD/C/23/D/45/2018. Den 15 oktober 2020.

<https://www.regeringen.se/49d1fa/contentassets/a8369e18927d49b6a2ca445cb7457349/crpds-granskning-2020-08-21-av-arendet-r.s.-mot-sverige.pdf>

CRPD/C/SWE/CO/1. Den 12 maj 2014.

<https://www.regeringen.se/globalassets/regeringen/dokument/socialdepartementet/funktionshinder/concluding-observations-on-the-initial-report-of-sweden.pdf>