

Skydd mot diskriminering i arbetslivet – trakasserier och bevisbörda

Av Cathrine Lilja Hansson

Direktiven

De tre direktiven, 2000/43, 2000/78 och 1976/207 med ändringsdirektivet 2002/73 reglerar sammantaget skyddet mot diskriminering i arbetslivet när det gäller de sex diskrimineringsgrunderna: etnisk tillhörighet, religion och övertygelse, funktionshinder, sexuell läggning, kön samt ålder. Diskrimineringsgrunden ålder berör jag fortsättningsvis inte.

Den svenska diskrimineringslagstiftningen har kommit till i en samverkan mellan nationella åtgärder och åtgärder på EG-nivå. Vi är omedda att fokusera dagens diskussion på bl.a. skyddet mot trakasserier och bevisbördefrågor. Jag börjar med skyddet mot trakasserier. För att förstå de svenska reglerna och det svenska genomförandet av direktiven inleder jag med att beskriva hur vårt regelsystem kommit till.

Svenska lagar

Följande lagar reglerar området i Sverige.

Jämställdhetslagen (1991:433)

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

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

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

Jämställdhetslagen

Allt började med jämställdhetslagen från år 1979 och den nuvarande jämställdhetslagen från år 1991. För att förstå regleringen kring trakasserier behöver jag göra en beskrivning av diskrimineringsbegreppets utveckling i den svenska rätten.

I jämställdhetslagen fanns ursprungligen inte begreppen direkt och indirekt diskriminering i lagtexten. Däremot framgick av motiven att med diskriminering avsågs både direkt och indirekt diskriminering.

Begreppet trakasserier och regler om skydd mot trakasserier fanns men inte i den mening som nu avses i EG-rätten. Då handlade det om skydd för en arbetstagare som anmälde sin arbetsgivare för könsdiskriminering eller avvisade arbetsgivarens sexuella närmanden. Det var således ett skydd mot att arbetsgivaren ”straffade” arbetstagaren genom att behandla arbetstagaren sämre på grund av anmälan eller avvisandet. Den rättsfiguren har vi senare döpt om till ”skydd mot repressalier”.

Något uttryckligt skydd mot sexuella trakasserier i form av sexuella närmanden eller handlingar eller trakasserier på grund av kön fanns inte. Däremot fanns redan inledningsvis skyldigheten för arbetsgivaren att verka för att ingen arbetstagare utsätts för sexuella trakasserier, dvs. arbetsgivaren skall vidta aktiva åtgärder eller generella åtgärder. Regeln grundade således ingen rätt för en enskild individ.

År 1998¹ infördes dock i jämställdhetslagen

- en definition av begreppet sexuella trakasserier och
- en skadeståndssanktionerad utrednings- och åtgärdsskyldighet för arbetsgivare avseende trakasserier mellan arbetstagare.

Den svenska definitionen av begreppet sexuella trakasserier byggde på den definition som framgår av EU-kommissionens ”Code of Practice”² och som senare återkommer i definitionen av begreppet sexuella trakasserier i EG-direktiven.

I förarbetena diskuterades också frågan om vad som skulle gälla arbetsgivarens ”egna” sexuella trakasserier. I propositionen konstaterades att visst skydd redan förelåg i och med skyddet mot diskriminering. Otillåten könsdiskriminering förelåg om någon blev påtagligt

¹ Prop. 1997/98:55 – Kvinnofrid (se bl.a. avsnitt 17).

² Se Prop. 1997/98:55 s. 110-111.

oförmånligt behandlad i jämförelse med en arbetstagare av motsatt kön vid arbetsledningsbeslut eller vid skiljande från anställningen eller andra ingripande åtgärder. Om arbetet leddes eller fördelades på ett sådant sätt att någon blev trakasserad kunde det alltså utgöra diskriminering. Därutöver hänvisades även till anställningsskyddet och till Arbetsdomstolens praxis. I t.ex. ett avgörande³ fann Arbetsdomstolen utrett att en kvinnlig arbetstagare lämnat sin anställning på grund av arbetsgivarens sexuella trakasserier och fann att arbetsgivarens handlande vara att jämställa med ett avskedande.

Dessa propositionsuttalanden har betydelse än i dag. För svensk del kan det ifrågasättas om det faktum att EG-direktiven nu uttryckligen anger att trakasserier är diskriminering har föranlett någon reell förändring. Jag återkommer till detta. Innan dess några ord om de andra lagarna.

1999 års lagar

Som nämnts infördes år 1999 tre lagar till skydd mot diskriminering avseende diskrimineringsgrunderna *etnisk tillhörighet, funktionshinder, och sexuell läggning*.

Till skillnad mot jämställdhetslagen infördes i dessa lagar begreppen direkt och indirekt diskriminering och med jämställdhetslagen som förebild infördes dels definitioner av begreppet trakasserier, dels åtgärds- och utredningsskyldighet vid trakasserier mellan arbetstagare.

I förarbetena till dessa lagar konstaterades också, liksom beträffande jämställdhetslagen, att förbuden mot direkt diskriminering även kan omfatta trakasserier, dvs. arbetsgivarens trakasserier.

I förarbetena diskuteras också kring möjligheten att införa ett särskilt uttryckligt trakasseriförbud. Lagstiftaren ansåg dock att det inte skulle införas och hänvisade till diskrimineringsförbudens omfattning, arbetsmiljölagens bestämmelser, utrednings- och åtgärds-skyldigheten och det straffrättsliga ansvaret för fysiska personer.⁴

³ AD 1991 nr 65

⁴ Se t.ex. prop. 1997/98:180 – Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning – s. 44.

2000 års direktiv

Därefter kom direktiven från år 2000. I de direktiven återfinns de fyra olika formerna av diskriminering:

- direkt
- indirekt
- trakasserier
- instruktioner att diskriminera

För att kunna utläsa omfattningen av skyddet mot diskriminering måste dock dessa definitioner av vad som är diskriminering läsas mot direktivens tillämpningsområde. Såvitt gäller arbetslivet är diskriminering i dessa fyra former tillämpliga i tre fall:

- rekrytering, tillträde till anställning, befordran
- ”utbildning”
- anställnings- och arbetsvillkor, inklusive avskedande och löner.

Motsvarande reglering finns numera också i likabehandlingsdirektivet från 1976 genom de ändringar som antogs år 2002.

Genomförande av direktiven genom ändringar 1999 års lagar och i jämställdhetslagen

De svenska lagarnas tillämpningsområde omfattade i stort sett direktivens tillämpningsområden redan, men vissa justeringar har gjorts och håller på att göras.⁵ Enligt svensk rätt gäller förbuden i korthet arbetsgivarens

- beslut om anställning och åtgärder under anställningsförfarandet
- beslut och åtgärder som rör befordran
- beslut och åtgärder som rör yrkespraktik
- beslut och åtgärder som rör utbildning och yrkesvägledning
- tillämpning av löne- och andra anställningsvillkor
- arbetsledningsbeslut
- beslut om avskedande, uppsägning, permittering eller annan ingripande åtgärd mot en arbetstagare.

Till skillnad mot direktiven anges således i de svenska lagarna att diskriminerande arbetsledningsbeslut är förbjudna. Man kan fråga sig

⁵ Prop. 2002/03:65 – Ett utvidgat skydd mot diskriminering, prop. 2004/05:147 – Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering.

om detta innebär ett delvis större tillämpningsområde än det för direktiven.

Därutöver har det införts uttryckliga regler i 1999 års lagar och föreslås i jämställdhetslagen om att en arbetsgivare inte får diskriminera en arbetstagar genom trakassera henne eller honom.

Vi har i Sverige således trots allt fått uttryckliga förbud mot arbetsgivarens trakasserier och en reglering som säger att en arbetsgivares trakasserande åtgärder är diskriminering. Frågan är dock om det verkligen inträffat någon skillnad. Detta mot bakgrund av tillämpningsområdet för när förbuden gäller.

Vad jag försöker säga är att eftersom tillämpningsområdet för direktiven och de svenska lagarna är begränsat till någon form av arbetsgivarbeslut kan det ifrågasättas om alla trakasserier från en arbetsgivarföreträdare omfattas av regleringen. Tänk t.ex. att en arbetsgivarföreträdare, personalchefen som inte är arbetstagar arbetsledare, trakasserar en arbetstagar genom glåpord, skratt eller gester i kafferummet – med andra ord mobbning eller kanske ofredande. Är detta att betrakta som ”arbetsledning” eller utgör detta ”arbetsvillkor” för arbetstagar?

En antal remissinstanser framförde synpunkter i denna fråga inför ändringarna i jämställdhetslagen, varvid de ansåg att det nuvarande tillämpningsområdet har sina brister.⁶

Ansvar för arbetstagar som trakasserar andra arbetstagar?

Det har av vissa ifrågasatts om inte direktiven också föreskriver att det skall finnas ett skydd mot trakasserande handlingar arbetstagar emellan, dvs. ett förbud riktat mot den trakasserande arbetstagar. Detta diskuterades bl.a. i förarbetena vid genomförandet av direktiven från år 2000.⁷ I förarbetena kommer man till slutsatsen att detta inte kan anses följa av direktiven. Med tanke på hur tillämpningsområdet är formulerat, som typiskt sett rör arbetsgivarbeslut och åtgärder från arbetsgivarens sida kan det inte anses följa ett ansvar för enskilda arbetstagar.

⁶ Se prop. 2004/05:147 s. 57-58.

⁷ Se prop. 2002/03:65 s. 180.

Frågan om ett förbud arbetstagare emellan diskuterades även innan EG-direktiven fanns, t.ex. i förarbetena till 1999 år lagar.⁸

Definitionen av begreppet trakasserier

Jag går härnäst in på frågan om själva definitionen av begreppet trakasserier. Direktiven har följande definition:

”Ett oönskat beteende som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna och som syftar till eller leder till att en persons värdighet kränks och att en hotfull, fientlig, förnedrande, förödmjukande eller kränkande stämning skapas.”

Svensk rätt⁹ har denna definition av trakasserier, vilken i huvudsak infördes innan EG-direktiven kom till stånd:

”Ett uppträdande i arbetslivet som kränker en arbetssökande eller en arbetstagares värdighet och som har samband med diskrimineringsgrunden.”

I jämställdhetslagen¹⁰ föreslås också en särskild definition av begreppet sexuella trakasserier.

”Ett uppträdande i arbetslivet av sexuell natur som kränker en arbetssökandes eller arbetstagares värdighet.”

En jämförelse visar således att svensk rätt inte har med tre av rekvisiten från direktiven.

Rekvisitet oönskat – ovälkommet – finns inte med. Rekvisitet har sitt ursprung i definitionen av sexuella trakasserier på sätt det framgår av kommissionens Code of Practice. Sexuella närmanden kan ju vara både välkomna och ovälkomna varför det i den definitionen kan vara av värde. Trakasserier på grund av diskrimineringsgrunderna har dock inte detta moment och är därför inte relevant på samma sätt. Sverige

⁸ Se t.ex. prop 1997/98:179 – Lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder – s. 64.

⁹ 9a § lagen om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, 4a § lagarna om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder samt sexuell läggning, 16 a § jämställdhetslagen.

¹⁰ 16 a § jämställdhetslagen.

har därför valt att avstå från det rekvisitet.¹¹ Det kan dock ifrågasättas om inte rekvisitet behövs för att tydliggöra att en kränkning föreligger utifrån en subjektiv bedömning.¹²

Rekvisitet att beteendet skall syfta till ... finns inte heller med. Att syftet inte är relevant i övrigt i diskrimineringslagstiftningen var ett skäl till att rekvisitet inte togs med.¹³ Detta har dock ifrågasatts av vissa inför ändringen av jämställdhetslagen.¹⁴

Till sist finns inte heller rekvisitet ”en hotfull, fientlig, förnedrande, förödmjukande eller kränkande stämning skapas” med. Man ansåg i korthet att rekvisitet ”kränkning” räckte.¹⁵

Bevisbördan

Jag går härnäst över till frågan om bevisbördans placering.

Bevisbördedirektivet från år 1997 kodifierar EG-domstolens praxis i fråga om bevisbördans placering i diskrimineringsmål. Det säger att när den som anser sig diskriminerad

”... lägger fram fakta som ger anledning att anta att det förekommit direkt eller indirekt diskriminering, skall det åligga svaranden (arbetsgivaren) att bevisa att det inte föreligger något brott mot likabehandlingsprincipen”.

Samma formulering återfinns därefter i direktiven från år 2000.

I 1999 års lagar infördes en bevisbörderegler i respektive regel om förbud mot direkt diskriminering. Där anges att arbetsgivaren inte får missgynna ”om inte arbetsgivaren visar att missgynnandet saknar samband med diskrimineringsgrunden”. I förarbetena uttalas att en delad bevisbörda enligt bevisbördedirektivet skall tillämpas.¹⁶

Jämställdhetslagen förändrades därefter på motsvarande sätt.¹⁷ Samtidigt togs de tidigare presumptionsreglerna bort. Alla reglerna var

¹¹ Se Lagrådets yttrande i prop 1997/98:177– Ny lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet– s. 99.

¹² Se remissynpunkter i prop. 2004/05:147 s. 56.

¹³ Se prop. 2002/03:65 s. 96.

¹⁴ Se prop. 2004/05:147 s. 55.

¹⁵ Prop. 2002/03:65 s. 96.

¹⁶ T.ex. prop. 1997/98:177 s. 38.

¹⁷ Prop. 1999/2000:143 s. 50.

dock inte presumptionsregler och redan i förarbetena till 1979 års jämställdhetslag uttalades att i de fallen förutsattes att bevisprövningen skulle göras som på föreningsrättsområdet.¹⁸ Detta innebar att arbetstagaren skall visa sannolika skäl för att åtgärden beror på arbetstagarens kön varefter arbetsgivaren har att styrka att arbetsgivaren haft skälig orsak till sin åtgärd oberoende av könstillhörigheten.

Det har hela tiden funnits ett visst motstånd mot att uttryckligen lagstifta om bevisbördans placering. Sverige har inte en sådan tradition. Uttryckliga regler har dock nu införts i 1999 års lagar och föreslås även i jämställdhetslagen.¹⁹ Respektive regel är utformad enligt följande:

”Om den som anser sig ha blivit utsatt för diskriminering visar omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad är det arbetsgivaren som skall visa att diskriminering inte förekommit.”

Det har ifrågasatts i debatten om, enligt direktivet, de omständigheter som påstås skall vara styrkta eller om det räcker med att man gjort dessa t.ex. sannolika för att bevisbördan skall gå över på arbetsgivaren. Enligt ordalydelsen i den svenska lagtexten skall arbets sökanden eller arbetstagaren visa de av henne eller honom påstådda faktiska omständigheterna, dvs. de påstådda omständigheterna skall styrkas. Om dessa styrkta fakta ger anledning anta att diskriminering förekommit övergår därefter bevisbördan på arbetsgivaren som då har att visa att missgynnandet inte har samband med diskrimineringsgrunden. Att omständigheterna skall vara styrkta framgår även av ett antal avgöranden från Arbetsdomstolen.²⁰

¹⁸ Prop. 1978/79:175 s. 130.

¹⁹ Prop. 2002/03:65 s. 103 och prop. 2004/05:147 s. 120.

²⁰ Se t.ex. AD 2003 nr 58 och där gjorda hänvisningar.