

Diskrimineringsombudsmannens tillsynsarbete - särskilt fokus på aktiva åtgärder mot diskriminering

Oktober 2018
Ola Linder, jurist
Independent Living Institute (ILI)
Arvsfondsprojektet Lagen som verktyg



lagensomverktyg.se drivs av Independent Living Institute



Independent
Living Institute
independentliving.org

Innehåll

Inledning – varför en undersökning över DOs tillsynsarbete?.....	3
Aktiva åtgärder och efterlevnadsmekanismerna	3
Undersökningen av DOs tillsyn rörande aktiva åtgärder	4
Vilka brister konstaterades och vilka åtgärder vidtog DO?	4
Slutsatser efter analys av materialet och problematisering	6
Något om DOs tillsyn efter individanmälningar om överträdelser av diskrimineringsförbuden	8
Sammanfattning och vägar framåt	9

Inledning – varför en undersökning över DOs tillsynsarbete?

Enligt diskrimineringslagen (2008:567; DL) och lagen (2008:568) om diskrimineringsombudsmannen har Diskrimineringsombudsmannen (DO) tillsynsansvar över DL och ska på andra sätt verka för lika rättigheter och möjligheter på alla områden av samhällslivet. Tillsynsansvaret kan påstås vara relativt löst reglerat jämfört med exempelvis Justitieombudsmannens (JO) instruktioner som innehåller en uttrycklig kritikrätt och mer utvecklade förfaranderegler.

DOs tillsyn görs antingen på eget initiativ av DO eller som respons på en individanmälan. Om en tillsyn inleds till följd av en individanmälan händer det att den enskilde är involverad i viss skriftväxling, men det är inte alltid så. DO anser att den enskilde inte är part i ärendet, utan en lämnare av uppgifter som DO väljer att göra något av enligt sitt lagstadgade tillsynsansvar. DOs beslut i tillsynsärenden går inte att överklaga förutom om de gäller vitesförelägganden om fullgörande av uppgiftsskyldighet.

På grund av oklarheter i vad tillsynen innebär i allmänhet, och i synnerhet rörande aktiva åtgärder i relation till diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning och bristande tillgänglighet som en form av diskriminering inledde Independent Living Institute (ILI) en utredning för att bättre förstå DOs tillsynsarbete. En huvudanledning till ILIs intresse i frågan är de nya kraven enligt DL sedan 1 januari 2017 rörande aktiva åtgärder på alla diskrimineringsgrunder. Dessutom föranleddes utredningen av en anmälan till DO av brister i aktiva åtgärder i en större statlig myndighet efter kontakter med myndigheten och en anställd som utsatts för missgynnanden kopplade till funktionsnedsättning.

Utredningen om tillsynen över aktiva åtgärder har haft en systematisk struktur. Undersökningen gällande tillsynen över diskrimineringsförbuden efter individanmälningar har varit av mer kasuistisk karaktär.

Regeringen [tillsatte i augusti](#) en utredning som bland annat ska titta på sanktioner mot bristande arbete med aktiva åtgärder mot diskriminering.

Aktiva åtgärder och efterlevnadsmekanismerna

Aktiva åtgärder ska vidtas av arbetsgivare och utbildningsanordnare enligt 3 kap. DL. Kraven skiljer sig åt särskilt gällande skyldighet att dokumentera åtgärderna beroende på hur stor verksamheten är. Sedan i januari 2017 har skyldigheten utökats till att omfatta alla diskrimineringsgrunder enligt DL.

De befogenheter DO har gällande tillsyn enligt DL framgår av 4 kap. DL. DOs ansvar över tillsynen över aktiva åtgärder innefattar möjlighet att besluta om förelägganden att lämna ut uppgifter. Dessutom kan DO lämna en framställan till Nämnden mot diskriminering om vite som påtryckningsmedel för att verksamheten ska fullgöra sina skyldigheter enligt 3 kap. DO har endast i ett fall lämnat in en framställan som sedan handlagts av nämnden (Holmen papper). DOs yrkanden ogillades. Även facket har fullföljt en framställan om vite som lett till beslut som publicerats på nämndens hemsida (Försvarsmakten). Nämnden biföll yrkandet om vitesföreläggande.

De två fallen, Holmen papper och Försvarsmakten, utgör samtliga publicerade beslut från Nämnden mot diskriminering på dess hemsida. I årsredogörelserna framgår att Nämnden mot

Utredning av DOs tillsynsarbete - särskilt fokus på aktiva åtgärder mot diskriminering

diskriminering inte haft många ärenden över huvud taget under de år som den varit verksam. Jag har sedan den 14 september sökt kontakt med nämndens kansli för att ta reda på om det finns opublicerade beslut och om det finns pågående ärenden om vitesförelägganden, men jag har inte fått någon respons.

Utöver vitesförelägganden har DO sedan några år etablerat en självständig granskning gällande huruvida arbetsgivare eller utbildningsanordnare fullgjort sina skyldigheter mot att arbeta förebyggande mot diskriminering med aktiva åtgärder. Denna tillsyn används av myndigheten på eget initiativ och ibland som respons på en individanmälan. Det händer att DO granskar efterlevnaden av diskrimineringsförbuden och skyldigheterna att vidta aktiva åtgärder i samma ärende och beslut.

Undersökningen av DOs tillsyn rörande aktiva åtgärder

ILI arbetar med att sprida kunskap om DL och har därför försökt få en bättre förståelse för vad DO anser vara skyldigheterna för arbetsgivare och utbildningsanordnare enligt 3 kap. DL och hur DO använder 4 kap. DL. Eftersom endast ett mycket litet antal beslut i ärenden publiceras på DOs hemsida begärde jag ut alla ärenden som rörde aktiva åtgärder från 1 januari 2017 till någon gång i februari 2018. De postades i två omgångar, och den sista kom fram 1 mars 2018 efter sekretessprövning och maskering av personuppgifter. Avgiftsförordningen tillämpades.

96 beslut skickades till ILI. Efter läsning av dessa fann jag att tre beslut inte berörde aktiva åtgärder. I 54 beslut konstaterades brister och i 36 beslut konstaterades inga brister. I tre beslut var det svårt att läsa ut om det konstaterades brister eller inte.

Merparten av de beslut som fattades under första hälften av 2017 gällde de äldre reglernas efterlevnad. Det har sin naturliga förklaring i att ärenden tar tid att handlägga. Ofta lämnade DO i de fallen information om att nya regler trädde i kraft 1 januari 2017, och att de nya reglerna innebar mer omfattande krav än de som gällde innan. I något ärende nämndes en tidsfrist för implementering av de nya kraven, men inte i de flesta.

Vilka brister konstaterades och vilka åtgärder vidtog DO?

Vad bestod bristerna i? Det kunde variera. Vanligt var att DO konstaterade att det fanns en avsaknad av en policy som slår fast att trakasserier och sexuella trakasserier inte tolereras. Andra exempel är att DO konstaterade att ingen dokumentation om hur undersökning och analys som gjorts av risker och hinder i verksamheten fanns, eller att dokumentationen inte var fullständig. I flera beslut konstaterades att verksamheter inte arbetade med aktiva åtgärder mot diskriminering rörande alla grunder eller föräldraledighet. I ett fall konstaterades en gammal policy från 2015 finnas som innebär att den ska uppdateras var tredje år. Dock fanns ingen konkret plan på när arbetet skulle uppdateras enligt tidsplanen eller 3 kap. DL.

Vilka åtgärder vidtog DO? Inget beslut innehöll uppgifter om att DO behövt förelägga en verksamhet var att vid vite inkomma med uppgifter eller liknande enligt 4 kap. DL. Vanligt förekommande formuleringar utgick från att den ansvariga verksamheten rekommenderades beakta lämnade synpunkter eller att DO förutsatte efterlevnad. Ofta konstaterades verksamheter arbeta efter de äldre reglernas krav, varefter DO informerade om de nya kraven och avslutade ärendet;

Utredning av DOs tillsynsarbete - särskilt fokus på aktiva åtgärder mot diskriminering

"DO konstaterar att bolaget inte har påbörjat arbetet med aktiva åtgärder enligt den lagstiftning som trädde i kraft i januari 2017. Med denna synpunkt avslutar DO ärendet."

"DO bedömer i detta fall att det inte ändamålsenligt att fortsätta tillsynen enligt den numera upphävda bestämmelsen och avslutar därför ärendet. Vid en eventuell kontroll enligt bestämmelsens nuvarande lydelse kommer DO att kontakta Hovstaterna på nytt."

"Vid en kontroll enligt bestämmelserna i nuvarande lydelse kommer DO att kontakta Arbetsmiljöverket på nytt."

I ett ärende konstaterade DO att åtgärderna skulle ha påbörjats senast januari 2018;

"DO har granskat det underlag SAS har lämnat in och bedömer att det uppfyller kraven i DL i dess lydelse före den 1 januari 2017..... DO erinrar om att dessa åtgärder ska ha vidtagits senast den 1 januari 2018.... Med dessa synpunkter avslutar DO ärendet."

I ett ärende var det svårt att utläsa vilka bristerna varit i verksamheten;

"DO bedömer att Agneta Förvaltning AB inte uppfyller kraven i 3 kap. DL. Med dessa synpunkter avslutar DO ärendet."

I relation till arbetslivet konstaterade DO att arbetsrättsliga konsekvenser som kan bli aktuella som respons på sexuella trakasserier ska ingå i rutinerna, vilket framgår av förarbetena till lagen;

"DO bedömer att bolaget behöver komplettera arbetet med aktiva åtgärder med riktlinjer och rutiner mot repressalier. Enligt förarbetena ska det tydligt framgå vilka konsekvenser som kan inträffa om en anställd gör sig skyldig till sexuella trakasserier, som exempelvis varning, omplacering och uppsägning. prop 2015/16:135 s. 45. Begreppet repressalier nämns i ett par interna dokument, men det saknas riktlinjer och ritiner för verksamheten i syfte att förhindra repressalier."

Förfarandena används som stöd för att fylla ut lagtextens krav;

"DO vill ... framhålla att reglerna i DL om aktiva åtgärder har ändrats efter de aktuella händelserna och att utbildningsanordnare enligt de nya reglerna är skyldiga att undersöka om det finns risker för diskriminering i verksamheten, enligt 3 kapitlet 2 § 1 DL. Utbildningsanordnaren kan bland annat observera jargong och beteendemönster, de diskrimineringslagens förarbeten prop. 2015/16 s. 67 med hänvisning till prop. 2007/08:95 s. 356. Utbildningsanordnaren ska analysera orsaker till upptäckta risker, vidta de förebyggande åtgärder som skäligen kan krävas samt följa upp och utvärdera arbetet, enligt 3 kapitlet 2 § DL. DO förutsätter att Föreningen Mikaelsskolan beaktar detta i sitt fortsatta arbete. Med dessa synpunkter avslutar DO ärendet."

En längre beskrivning följde i ett ärende;

"Tyresö kommun har redovisat en likabehandlingsplan för 2017. Kravet på att årligen upprätta en likabehandlingsplan ersattes 1 januari 2017 av ett krav på att dokumentera alla delar av arbetet med aktiva åtgärder, 3 kapitlet 20 § DL. Arbetet med aktiva åtgärder ska bedrivas i fyra steg och inledas med en undersökning av om det finns risker för

Utredning av DOs tillsynsarbete - särskilt fokus på aktiva åtgärder mot diskriminering

diskriminering eller repressalier eller och det finn andra hinder för enskildas lika rättigheter och möjligheter i verksamheten, 3 kapitlet 2 § DL. Såvitt framgår av likabehandlingsplanen har Tyresö kommun inte arbetat med aktiva åtgärder enligt denna metod utan enligt äldre, nu upphävda, regler. Enligt vad som framgår av likabehandlingsplanen omfattar Tyresö kommuns arbete med aktiva åtgärder i den aktuella verksamheten inte diskrimineringsgrunderna ålder och könsöverskridande identitet eller uttryck. Samtliga diskrimineringsgrunder ska dock omfattas av arbetet med aktiva åtgärder, 3 kap. 1 § DL. DO bedömer därför att Tyresö kommun inte har följt 3 kapitlet 1 § DL. DO noterar i detta sammanhang att Tyresö kommun inte inkluderat diskrimineringsgrunderna könsöverskridande identitet eller uttryck vare sig i sin utredning av upplevda trakasserier, i sitt arbete med aktiva åtgärder eller in sin skriftliga definition av begreppet trakasserier. Med dessa synpunkter avslutar DO ärendet."

DO rekommenderade en verksamhet att använda begrepps användningen konsekvent, samt underströk flera aspekter av den nya regleringen;

"DO rekommenderar att kommunen ser över begrepps användningen i de olika dokumenten så att den är konsekvent och att det, liksom av Riktlinjer kränkande särbehandling (utkast till ny version), framgår tydligt att både trakasserier, sexuella trakasserier och repressalier omfattas och att kommunen inte tolererar något av detta.... s. 5 om skillnad mellan de nya reglernas ökade krav på att ha riktlinjer istället för endast krav på 'att vidta åtgärder för att förebygga och förhindra'. Arbetsgivaren ska även ha rutiner som klargör hur arbetsgivaren ska agera om trakasserier eller repressalier påstås ha inträffat och som anger vem den som anser sig trakasserad ska vända sig till och vem som ansvarar för att händelsen eller påståendet utreds. Riktlinjerna ska omfatta trakasserier som har samband med alla grunder, samt ska följas upp och utvärderas."

I ett ärende förklarade DO att *"DO avser att följa upp Stiftelsen Al Azharskolans arbete med aktiva åtgärder."*

DO hänvisade till information på do.se;

"DO bedömer att arbetet med aktiva åtgärder hos företaget har inte kopplats till möjligheter att förena förvärvsarbete med föräldraskap på det strukturerade sätt som krävs enligt nya lydelsen av 3 kap. DL. Hänvisning till <http://www.do.se/framja-och-atgarda/arbetsgivarensansvar/>"

Slutsatser efter analys av materialet och problematisering

Det gick oftast lätt att utläsa vilka konstateranden som DO gjorde i besluten om aktiva åtgärder. Däremot saknade de i princip vägledande substans bortom de krav som framgår av DL och i viss mån förarbeten. 4 kap. berörs inte explicit i besluten. Därmed ger de inte mycket explicit vägledning i sak för hur arbetet med aktiva åtgärder ska gå till eller hur DO förfar enligt de regler som finns.

I vissa ärenden konstaterade DO att något materiellt diskrimineringsförbud överträtts eller att en underlåtenhet att undersöka trakasserier förelegat som separata prövningar relativt till skyldigheterna att arbeta med aktiva åtgärder mot diskriminering.

Utredning av DOs tillsynsarbete - särskilt fokus på aktiva åtgärder mot diskriminering

Efter undersökningen fann jag tre beslut vara av särskilt intresse, varför jag begärde ut dem särskilt i sina helheter och fick dem digitalt till skillnad mot besluten. De var alla tre individärenden i grunden. Beslutens omfattning var anmälningarnas innehåll med tillägg för vissa granskningar av just aktiva åtgärder. Däremot finns andra saker än det som framgick av anmälningarna i ärendena som DO på sin höjd i förbifarten eller indirekt berör som skulle varit intressant att gräva djupare i.

DO preciserade inte innebörden av skyldigheten att arbeta med aktiva åtgärder bortom vad som framgår av DL och förarbeten, samt använder inte Nämnden mot diskriminering. Endast i ett (GRA 2017/56) av alla ärenden skriver DO att de har för avsikt att följa upp ärendet. I ett samtal med ansvarig handläggare i oktober 2018 angavs att det inte fanns några konkreta planer på att följa upp det som skrevs i beslutet. På frågan om de skulle göra uppföljningen inom samma ärende eller starta ett nytt fick jag svaret att det var inte säkert hur de skulle gå till väga vid eventuell uppföljning. ILI har erfarit att anmälningar om brister i arbete med aktiva åtgärder inte handlagts av DO förutom en första diarieföring.

En brist i materialet som utredningen använt sig av är att det endast är besluten som granskats, och inte akterna som helhet. Däremot finns mycket att säga på det begränsade materialet. Några observationer kan göras:

- Endast en liten del av de anmälningar som når DO leder till en tillsyn, även om de är genomarbetade och det finns goda grunder att utreda saken ur ett rättsligt perspektiv.
- DO arbetar i princip inte med uppföljning av ärendena. Endast ett ärende innehåller en formulering om att uppföljning ska göras, och det tillhör ett av de som publiceras på do.se. Uppföljningen har ännu inte planerats.
- Den sanktionsmöjlighet som ges DO genom vitesframställningar till nämnden mot diskriminering används inte.
- De slutsatser som DO drar om arbetsgivares och utbildningsanordnares arbete med aktiva åtgärder kretsar ofta kring att konstatera att det funnits brister i arbetet med en viss aspekt av diskrimineringslagen, som att ha rutiner mot trakasserier eller sexuella trakasserier eller att dokumentationskraven enligt DL inte uppfyllts. Information lämnas ofta om att nya regler gäller från 1 januari 2017 utan att ge mer vägledning än det allmänna som framgår av lagtexten. Motsatsvis kan konstateras att besluten inte uttryckligen kopplar samman de aktiva åtgärderna till arbete med tillgänglighet enligt annan lag eller författning som är ett krav enligt diskrimineringsformen bristande tillgänglighet. Kopplingen mellan exempelvis normerna enligt och under plan- och bygglagen (2010:900) eller arbetsmiljölagen (1977:1160) saknas i den information som lämnas i tillsynsbesluten.

Dessa observationer kan problematiseras. Hur stor del av de anmälningar som görs om brister i aktiva åtgärder som leder till tillsyn saknas information om. Däremot finns kunskap om att inte alla tas upp. Tillsynen når endast de organisationer som är under tillsyn, de som läser DOs hemsida regelbundet eller begär ut handlingar från DO. Möjligen skickas besluten även till en anmälare om det är ett individärende i grunden. Att ett publicerat ärende har innehållit en skriftlig avsikt för uppföljning måste antas ha begränsad pedagogisk effekt för fler än tillsynsobjektet.

Utredning av DOs tillsynsarbete - särskilt fokus på aktiva åtgärder mot diskriminering

Att det saknas fördjupande diskussioner om de aktiva åtgärdernas materiella innebörd i besluten gör att tillsynsobjekten sannolikt endast ser till de brister på ett övergripande plan som DO konstaterar finns, eller att det funnits risk för. Den pedagogiska effekten kunde blivit större med mer detaljerad och konkret information om diskrimineringsförbudens innebörd. Om DO oftare skulle använda sanktionsmöjligheterna genom Nämnden mot diskriminering skulle lagens krav på arbete med aktiva åtgärder mot diskriminering sannolikt få en större effekt (jämförelse kan göras med exempelvis arbetsmiljörätten och Arbetsmiljöverket).

Om det kostar att inte arbeta mot diskriminering, det vill säga följa lagens krav, skulle en större frivillighet med större sannolikhet uppnås (se genomslaget för efterlevnaden av GDPR som trädde i kraft 25 maj i år). DO kan samverka med exempelvis Myndigheten för delaktighet, andra tillsynsmyndigheter och civila samhället för att ta fram ett bättre vägledande arbetssätt gällande diskrimineringsförbudens omfattning i arbetet med aktiva åtgärder.

Något om DOs tillsyn efter individanmälningar om överträdelser av diskrimineringsförbuden

En annan dimension som jag tittat på är hur DO utövar tillsyn i individärenden, och särskilt gällande diskrimineringsförbuden. Den kunskap jag har skaffat har framkommit på ett mer spritt sätt genom löpande arbete med ärenden, särskilt i samarbeten inom funktionshinderrörelsen.

Tillsynen över diskrimineringsförbuden sker i ungefär 10-15% av alla individärenden. I denna del har undersökningen inte skett systematiskt jämfört med delen om aktiva åtgärder. Det faktum att DO inte granskar merparten av alla ärenden som kommer in till myndigheten är problematiskt ur ett individperspektiv. Det finner sannolikt sin förklaring i att tillsynen på ett övergripande plan saknar ett individperspektiv och resursbrist jämfört med vad som hade krävts för att undersöka alla ärenden. I vissa lägen är det inte lämpligt att sätta individen i fokus, men ofta är det precis vad anmälaren söker. Med beaktande av det fåtal processärenden som DO driver så framstår det som ett för stort gap mellan individernas ansträngning att upprätta anmälningar mot vad de kan förvänta sig i respons från en tillsynsmyndighet.

Det finns åtminstone ett ärende (ANM 2015/14) där DO i sin tillsyn kommit fram till att en person kan ha utsatts för diskriminering och sedan avslutat ärendet utan åtgärd. En domstol fann senare att diskriminering skett och beslöt om diskrimineringsersättning.

Flera fall finns där DO konstaterat att DOs utredning inte visat att en verksamhet brutit mot diskrimineringsförbuden, eller DO valt att inte handlägga ärendet bortom diarieföring av anmälan, som nu är i domstol på den diskriminerades eller en organisations initiativ.

I ett beslut som DO skickade inleddes en tillsyn om respons på en individanmälan följde en tillsyn, i vilken DO inte konstaterade några brister; *"DO har genom en anmälan uppmärksammat på att en arbetstagare hos Region Kronoberg upplever sig, under en rekryteringsprocess, ha blivit missgynnad av skäl som har samband med föräldradighet. DO beslutade därför att inleda en tillsyn av hur regionen arbetar för att främja anställdas möjligheter att förena förvärvsarbete med föräldraskap."*

Sammanfattning och vägar framåt

Effekterna av DOs tillsyn är svåra att mäta. Bristen på användning av sanktioner, uppföljning av beslut och klara instruktioner om hur arbetet med aktiva åtgärder ska gå till i praktiken gör det svårt att påstå att tillsynen har önskvärd effekt.

DO kan arbeta mer med det system som finns gällande aktiva åtgärder. Att använda Nämnden mot diskriminering skulle sannolikt ha en positiv effekt för efterlevnaden av lagens krav på aktiva åtgärder mot diskriminering. Dessutom kan DO bättre ta in det materiella skyddet mot diskriminering som innefattas i förbuden mot diskriminering, gärna i samråd med andra myndigheter och civila samhället på området. På så vis kan arbetet med aktiva åtgärder bättre kopplas till DLs materiella skydd och därmed skulle värderingarna bakom lagen få större genomslag.

DOs tillsynsansvar över diskrimineringsförbuden kan behöva klargöras genom lagstiftning. Det gäller särskilt sanktioner och konkreta mandat att agera i en situation när DO finner att diskriminering skett. Ett stärkt individperspektiv på ett övergripande plan skulle gynna förtroendet för DOs tillsynsverksamhet, exempelvis genom mer dialog med anmälaren och fler processer som utgår från individens intresse av upprättelse.