

Fråga om Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO) haft rätt att begära in uppgifter med stöd av 24 § lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning under tid som det pågår en tvist i domstol där DO för en enskild arbetssökandes talan

Bakgrund

AA sökte i början av år 2002 en vikariatsanställning som introduktionssekreterare vid Fosie stadsdelsförvaltning i Malmö kommun. Tjänsten tillsattes med annan sökande. Sedan AA vänt sig till Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO) tillskrev DO den 4 september 2002 kommunen i ärendet. Efter viss kommunikering gav DO den 14 mars 2003 in en ansökan om stämning mot Malmö kommun till Arbetsdomstolen. DO gjorde gällande att kommunen, genom att inte anställa AA och inte ens ta ut henne till anställningsintervju, hade brutit mot förbuden mot direkt diskriminering i 8 § jämförd med 10 § 1 lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet (ny rubrik från den 1 juli 2003 lagen om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, i det följande benämnd EDA) och 15 § jämförd med 17 § 1 jämställdhetslagen (1991:433).

Den 27 maj 2003 skickade DO, genom juristen BB, en skrivelse till kommunen med i huvudsak följande innehåll.

Angående AA:s anmälan om etnisk diskriminering i samband med anställningsförfarande

Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, DO, har i yttrande från Fosie SDF daterat den 14 november 2002 erhållit vissa uppgifter om vilken utbildning och arbetslivserfarenhet de åtta personer har som kallades till intervju för den aktuella tjänsten som introduktionssekreterare.

DO önskar nu, med stöd av 24 § lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, erhålla skriftlig och fullständig uppgift från Fosie SDF om vilken utbildning, yrkeserfarenhet och andra relevanta meriter de åtta personer har som kallades till intervju. Uppgifterna bör ha inkommit till DO senast den 16 juni 2003.

I en skrivelse den 3 juni 2003 ställd till DO:s ombud i målet hos AD förklarade kommunen, genom sitt ombud jur.kand. CC, bl.a. att kommunen inte ansåg sig ha

någon skyldighet enligt det åberopade lagrummet att lämna några ytterligare uppgifter.

Anmälan

I en anmälan till JO uppgav Malmö kommun, genom CC, att DO felaktigt hade återgått från att vara part till en myndighetsroll när upplysningar från kommunen begärdes in med stöd av 24 § EDA. Kommunen menade också att DO borde ha vänt sig till kommunens ombud och inte direkt till kommunen. Vidare uppgav kommunen att DO i sin begäran om upplysningar felaktigt hade gett intryck av att ha rätt att få uppgifter även om andra medsökande än den som hade blivit anställd. Kommunen anförde att en sådan rätt inte under några omständigheter finns när DO agerar i ett enskilt ärende. I en komplettering till anmälan gjorde kommunen gällande att DO:s bristande reaktion på kommunens vägran att lämna ut uppgifterna styrkte kommunens uppfattning att DO hade agerat felaktigt.

Utredning

Anmälan remitterades till DO för utredning och yttrande.

I sitt remissvar redogjorde dåvarande DO DD för handläggningen av det ärende hos DO som anmälan avsåg samt för den rättsliga regleringen på området. Därefter anförde hon som sin bedömning i huvudsak följande.

EDA och dess förarbeten ger inte någon vägledning för bedömning av om DO, efter det att talan väckts i domstol, kan använda tvångsmedel för att få upplysningar från en arbetsgivare, än mindre hur arbetsgivarens upplysningsplikt i förhållande till DO påverkas av ett sådant förhållande. Inte heller har frågan tagits upp av någon av de andra diskrimineringslagarna, t.ex. jämställdhetslagen, som i detta hänseende är en förebild för de övriga diskrimineringslagarna i arbetslivet. Den befogenhet som 24 § EDA ger DO att begära in upplysningar respektive 25 § EDA ger DO att använda tvångsmedel gäller självfallet under det utredande skedet i ett ärende hos DO. Det är mot bakgrund av att vägledning saknas i lagar och förarbeten förståeligt, som jag ser det, att en handläggare på myndigheten inte uppmärksammar att det kan finnas något problem med att använda den ”vanliga” mallen när DO begär in uppgifter i ett diskrimineringsärende.

Om DO fattar ett beslut i sakfrågan kan DO normalt sägas ha skiljt sig från ärendet och det ligger nära till hands att anse att någon vidare tillämpning av möjligheten till tvångsmedel inte kan ske, och att därmed 24 § EDA inte längre kan åberopas av DO. Om DO ansöker om stämning, får DO normalt anses ha övergått från att vara undersökande och utredande myndighet till att vara part inför domstol. Det kan göras gällande att det i en sådan situation inte skulle vara förenligt med allmänna processrättsliga principer om DO skulle tillerkännas möjlighet att efter eget bestämmande tillämpa de tvångsmedel som EDA innebär för att inhämta uppgifter om förhållanden som är föremål för den pågående processen. Marknadsdomstolen har i ett beslut (2001 nr 7) i en liknande fråga rörande Konkurrensverkets roll gjort en sådan bedömning, till vilken jag i princip ansluter mig. För DO står här, liksom för varje annan part, de möjligheter till buds att inhämta uppgifter från motparten eller annan som erbjuds inom ramen för det processuella förfarandet. Om en part inte frivilligt lämnar önskade upplysningar är det i sista hand närmare bestämt möjligheten till editionsföreläggande som DO får använda sig av. Ett liknande synsätt får nog anses göra sig gällande när det gäller den mindre långtgående åtgärden att i ett brev till motparten hänvisa till arbetsgivarens skyldighet enligt EDA att under vissa omständigheter lämna upplysningar till DO. Det gäller oavsett

att brevet i övrigt är utformat som ett önskemål, detta för att det hos motparten inte ska råda någon tvekan om att myndigheten uppträder som likställd part.

Jag är alltså närmast av den uppfattningen att önskemålet om kompletterande upplysningar borde ha framställts utan hänvisning till något lagrum i EDA. Emellertid saknade enheten särskilda riktlinjer för den uppkomna situationen och den är så pass ovanlig att det inte heller kan sägas att den borde ha förutsetts så att den borde ha föranlett ett särskilt mallbrev. I just detta fall saknade egentligen åberopandet av lagrummet betydelse, eftersom handlingarna borde lämnats ut med stöd av offentlighetsprincipen. Jag har dock nu vidtagit åtgärder och rutinerna har ändrats så att det i ärendet tillämpade förfarandet inte ska upprepas i liknande ärenden framöver.

Till detta vill jag lägga att det till följd av de korta preskriptionsfrister som gäller för DO att väcka talan i arbetsrättsliga tvister inte sällan inträffar att DO nödgas väcka talan innan en utredning blivit slutförd, i syfte att undgå preskriptionsinvändning. I ett sådant fall bör DO som jag ser det trots den väckta talan, kunna åberopa uppgiftsskyldigheten, om det redan i stämningsansökan angetts att utredningen inte slutförts och att DO därför begär anstånd med utveckling av talan. Situationen var dock inte sådan i det aktuella ärendet.

Eftersom förutsättningarna för DO:s rätt att som myndighet begära in uppgifter måste anses svårbedömd och långt ifrån självklar avser jag att hemställa hos regeringen att den uppdrar åt Diskrimineringskommittén att ta upp saken vid sin behandling av frågan hur ombudsmännens behov av uppgifter under utredningen av diskrimineringsanmälningar ska tillgodoses och villkoren härför. Frågan om preskriptionsfrister är redan aktualiserad i kommittén.

I anslutning till vad kommunen anför i sin kompletterande anmälan den 12 augusti 2003 konstaterar jag att frågan om tvångsmedel mot kommunen, varom endast jag själv kan fatta beslut, inte har aktualiserats. Vitesföreläggande är en möjlighet för DO, inget tvång.

När det till sist gäller åtgärden att söka få uppgifter direkt av motparten och inte via det ombud som DO anlitar, ser jag inte något principiellt hinder mot detta. Så sker inte sällan som en ren arbetsfördelningsåtgärd och i fullt samförstånd mellan ombudet och myndighetens handläggare. Från rättegångskostnadssynpunkt torde det dessutom vara till fördel, inte minst för motparten i händelse av förlust, att åtgärder vidtas av en handläggare hos DO och inte av ombudet.

Redan i förarbetena till lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering (prop. 1993/94:101 s. 77) utgår man ifrån att DO vid behov kan anlita en advokat som rättegångsombud. Att så sker innebär dock rättsligt sett inte att DO avhänder sig bestämmanderätten över hur processen ska drivas eller t.ex. om förlikning ska ingås. Utgångspunkten är att ett rättegångsombud naturligtvis alltid är skyldigt att följa sin huvudmans instruktioner. I vad mån en part som har ombud själv kan agera ser jag, som redan framgått, i första hand som en fråga mellan parten och det egna ombudet, i vart fall så länge parten inte agerar på ett sätt som motparten kan uppfatta som motstridigt jämfört med ombudets.

Kommunen har i punkten 2 i sin anmälan, som jag uppfattar den, ifrågasatt att DO alls har rätt att inhämta de efterfrågade uppgifterna.

Kommunen tycks grunda sin uppfattning på att DO endast skulle ha rätt att begära in uppgifter i samband med tillsynen av arbetsgivarnas aktiva åtgärder. Som jag anförde /.../ tar dock 24 § EDA sikte både på den del av lagen som avser tillsyn över hur arbetsgivare efterlever kravet på att vidta aktiva åtgärder för att främja ”etnisk mångfald i arbetslivet” och på tillsyn av efterlevnaden av diskrimineringsförbudet. Jag delar därför inte kommunens uppfattning att DO har samma men inte större rätt att ta del av uppgifter än den enskilde. Det framgår även av 24 § jämförd med 11 § EDA. Hur vidsträckt DO:s rätt är prövas i sista hand av Nämnden mot diskriminering.

En enskild som inte anställts har enligt 11 § endast rätt att få en skriftlig uppgift om vissa meriter hos den som fick arbetet och regeln tar sikte på att någon anmälan om diskriminering ännu inte gjorts. Den bestämmelsen har också sin förebild i jämställdhetslagen. Som framgår av prop. 1984/85:60 har den bestämmelsen för övrigt avseende på den privata delen av arbetsmarknaden. En offentlig arbetsgivare är skyldig att hålla allmänna handlingar tillgängliga. Den skyldigheten täcker i sig mer än väl den uppgiftsskyldighet som gäller enligt 11 §.

I mål där motparten/arbetsgivaren är en myndighet eller motsvarande är det normalt alltså relativt enkelt att få del av handlingar av olika slag som kan ha betydelse för en tvist. Detta är naturligtvis till nackdel för arbetsgivaren men tillhör spelets regler för de offentliga myndigheterna. Det kan nämnas att den omvända situationen förelåg i ett annat mål med en privat arbetsgivare som DO:s motpart. Arbetsgivaren begärde att få del av handlingarna i DO:s ärende, bl.a. tjänsteanteckningar rörande telefonsamtal med presumtiva vittnen, och eftersom de fogats till akten var uppgifterna offentliga och lämnades ut till motparten.

Till remissvaret hade DO fogat ett yttrande från tf. enhetschefen för arbetslivsenheten vid DO, EE. I detta yttrande anfördes bl.a. följande.

Mitt ställningstagande till JO-anmälan

Jag finner inget stöd för Malmö stads uppfattning att DO har två skilda roller gentemot arbetsgivare som DO granskar. Jag finner heller inget stöd för att DO skulle ha olika rättigheter i de av kommunen beskrivna olika rollerna. Jag menar och det styrks av vad som framgår tidigare att DO har en roll och att DO i denna roll har rätt att av en arbetsgivare begära de uppgifter som myndigheten behöver för sin verksamhet.

Jag kan därför inte uppfatta det på annat sätt än att juristen BB:s agerande gentemot Malmö kommun är rättsenligt. Hon har också handlagt ärendet i enlighet med de interna regler som gäller handläggning av diskrimineringsärenden inom arbetslivsenheten. Jag har mot den bakgrunden ingen anledning bemöta de synpunkter som ombudet framför i kommunens komplettering.

I frågan om det är lämpligt att DO begär uppgifter direkt av motparten eller om detta bör ske genom ombud ser jag gärna ett klarläggande. Men även i denna del har myndighetens jurist agerat i enlighet med myndighetens praxis för uppgiftsinsamlande.

Malmö kommun kommenterade remissvaret.

I mellandom (nr 8/04) den 11 februari 2004 i mål nr A 58/03 förklarade Arbetsdomstolen att DO på grund av preskription hade förlorat rätten till talan.

I beslut den 30 juni 2005 anförde *JO Berggren* följande.

Bedömning

Enligt 24 § första meningen EDA är en arbetsgivare skyldig att på uppmaning av DO lämna de uppgifter om förhållandena i arbetsgivarens verksamhet som kan vara av betydelse för ombudsmannens tillsyn. Av andra meningen följer att en arbetsgivare dessutom är skyldig att lämna uppgifter när DO biträder en begäran av en enskild arbetssökande eller arbetstagar enligt 11 §. Bestämmelsen i 11 § reglerar rätten bl.a. för en enskild arbetssökande som inte har anställts att själv få ut uppgifter från arbetsgivaren om vilka meriter den som fick arbetet har. Om det finns särskilda skäl är arbetsgivaren inte skyldig att lämna ut uppgifter enligt 24 §.

Före den 1 juli 2003 gällde dessutom att en arbetsgivare inte fick betungas onödigt genom uppgiftsskyldigheten.

Frågan om DO:s rätt att begära upplysningar om andra sökande än den som har blivit anställd behandlades uttryckligen i förarbetena till motsvarande bestämmelse i lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering (6 §). I fråga om möjligheten att med stöd av den bestämmelsens första mening begära sådana uppgifter om det inte behövdes för DO:s egen verksamhet utan för en enskild arbetssökande uttalades endast att detta förutsatte att DO ansåg att det fanns skäl att infordra uppgifterna, att uppgifterna alltså var nödvändiga för DO:s verksamhet på arbetslivets område (se prop. 1993/94:101 s. 91). Någon avsikt att inskränka DO:s möjligheter i detta avseende har inte kommit till uttryck i förarbetena till EDA.

DO har således i och för sig rätt att begära in sådana uppgifter som efterfrågades i BB:s skrivelse den 27 maj 2003.

Beträffande frågan om DO:s rätt att begära in uppgifter med stöd av 24 § EDA även efter det att talan har väckts har DO DD för egen del uttalat att hon närmast var av den uppfattningen att det i det aktuella fallet var fel att göra det. Hon har hänvisat till att Marknadsdomstolen i ett avgörande har förklarat att Konkurrensverket med hänsyn till allmänna processrättsliga principer inte har rätt att under pågående process utnyttja sin befogenhet enligt 45 § konkurrenslagen (1993:20) att ålägga det företag mot vilket talan hade väckts att komma in med uppgifter. Möjligheten bör dock enligt vad DD uttalade kunna tillgripas under vissa särskilda förutsättningar.

Enligt min mening kan det inte sägas att en tillsynsmyndighet som väckt talan i domstol därigenom generellt har undandragits sina befogenheter i den sak varom talan har väckts. Å andra sidan bör myndigheten i denna situation naturligtvis inte använda sina befogenheter på ett sätt som rubbar jämvikten mellan parterna. Ett sådant förfarande får anses strida mot allmänna processrättsliga principer. Av det sagda följer att myndigheten i varje enskilt fall har att bedöma om och på vilket sätt myndighetens lagliga befogenheter skall användas under den pågående processen.

I frågan om det i detta fall förelegat något rättsligt hinder för DO att på sätt som skett begära uppgifter från kommunen vill jag anmärka att det av EDA, förarbetena till denna eller den tidigare gällande lagstiftningen inte kan utläsas något hinder mot att DO agerar med stöd av 24 § EDA samtidigt som det pågår en tvist där DO för en enskild arbetssökandes talan. Eftersom talan i många fall med hänsyn till de preskriptionsfrister som gäller kan behöva väckas i relativt snar anslutning till anmälan och innan DO:s utredning har hunnit färdigställas, kan det rimligen inte ha varit lagstiftarens avsikt att ställa upp något sådant hinder.

Även om DO:s önskemål enligt skrivelsen den 27 maj 2003, på sätt som DD utvecklat, kunnat framställas på annat sätt finner jag mot den angivna bakgrunden och med hänsyn till vad som kommit fram i utredningen här inte skäl att kritisera myndigheten i denna del. Mot bakgrund av den av DD i ärendet uttalade

uppfattningen att rättsläget i den nyss behandlade frågan är något oklart kan det dock vara värdefullt att denna och angränsande frågor uppmärksammas, lämpligen i samband med det pågående arbetet med en översyn av diskrimineringslagstiftningen. Jag noterar också att DO har infört rutiner som begränsar tillämpningen av 24 § EDA efter det att talan har väckts, i vart fall i de ärenden där utredningen dessförinnan har hunnit färdigställas. Jag finner inte anledning att utöver detta för egen del vidta någon annan åtgärd än att jag översänder en kopia av detta beslut till Justitiedepartementet för kännedom.

Vad som i övrigt har förekommit i ärendet ger inte anledning till något uttalande eller någon annan åtgärd från min sida.

Ärendet avslutas.