



HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 13 juni 2024

Mål nr
T 3151-23

PARTER

Klagande

Sekretess, se Partsbilaga sekretess

Ställföreträdare: Vårdnadshavare Sekretess VH, se Partsbilaga sekretess

Ombud: Juristerna Johanna Ingemarsson och Disa Nordling

Malmö mot Diskriminering

Nobelvägen 36 C

214 33 Malmö

Motpart

Malmö kommun

Grundskoleförvaltningen

Rönnebladsgatan 1B

205 80 Malmö

Ombud: Förvaltningsjuristerna Nadja Airaksinen, Annika Ignell och

Miriam Öhman

Adress som ovan

SAKEN

Diskrimineringsersättning

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 2023-03-31 i mål T 2601-22

Hovrättens dom

se Bilaga

DOMSLUT

Högsta domstolen ändrar hovrättens dom och förpliktar Malmö kommun att till Sekretess betala diskrimineringsersättning med 20 000 kr och ränta enligt 6 § räntelagen från den 24 juni 2021.

Högsta domstolen fastställer hovrättens sekretessförordnande.

Sekretessbestämmelsen i 36 kap. 4 § första stycket 2 offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska fortsätta att vara tillämplig på uppgifterna om Sekretess och Sekretess vårdnadshavares identiteter i partsbilagan till denna dom.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

Sekretess har yrkat att Högsta domstolen ska förplikta Malmö kommun att betala diskrimineringsersättning med 57 000 kr och ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämning till dess betalning sker.

Malmö kommun har motsatt sig att hovrättens dom ändras.

DOMSKÄL

Bakgrund

1. Sekretess, härafter NN, är född 2007 och gick under perioden höstterminen 2014 till mitten av vårterminen 2018 på en kommunal grundskola i Malmö kommun. Kommunen är huvudman för den aktuella skolan.
2. I februari 2018 fick NN diagnosen autism. Detta kom till skolans kännedom i mitten av mars 2018. Den 3 april 2018 slutade NN på den aktuella skolan.
3. NN har haft vissa svårigheter i sin skolgång, främst avseende socialt samspel och koncentration. NN har under större delen av sin tid på skolan klarat kunskapskraven och har bedömts inte ha några inlärningssvårigheter. Under vårterminen 2017 ökade skolfrånvaron på ett sätt som kunde befaras utgöra en risk för att NN framöver inte skulle uppnå kunskapskraven. NN:s frånvaro var fortsatt hög fram till dess att NN i fjärde klass lämnade skolan i april 2018.
4. NN har haft kontakt med sjukvården sedan 2014. Ett antal utredningar har gjorts inom vården och olika diagnoser, bl.a. trotssyndrom, har diskuterats.
5. Sedan i vart fall 2015 har skolan vidtagit åtgärder för att underlätta NN:s skolgång. Det har rört sig om exempelvis särskild placering i klassrummet, hörselkåpor, regelbundna uppföljningssamtal samt möten med elevhälsoteamet.

6. I maj 2017 blev skolans rektor informerad om NN:s höga frånvaro. Det hölls då ett möte mellan rektorn och NN:s vårdnadshavare. Vårdnadshavaren uttryckte oro för att frånvaron skulle medföra att NN inte nådde kunskapskraven. Vid denna tidpunkt påbörjade skolans specialpedagog även en utredning om särskilt stöd. Utredningen om särskilt stöd, samt den skolsociala kartläggning som gjordes i anslutning till denna, färdigställdes i oktober 2017. I utredningen gjordes bedömningen att NN behövde särskilt stöd. Ett åtgärdsprogram upprättades i februari 2018.

7. Under 2018 genomförde Skolinspektionen en granskning av skolans åtgärder. Skolinspektionen bedömde att skolan inte hade vidtagit tillräckliga insatser för att tillgodose NN:s rätt till stödinsatser och utbildning enligt skollagen (2010:800). De utredningar som skolan hade gjort, vilka Skolinspektionen ansåg hade tagit för lång tid, brast framför allt i fråga om analys av NN:s behov av särskilt stöd. Ytterligare en brist var att det inte hade upprättats något åtgärdsprogram som innehöll särskilda stödåtgärder. Skolinspektionen förelade Malmö kommun att vidta åtgärder så att NN:s rätt till stödinsatser samt till utbildning skulle tillgodoses.

Parternas talan

NN:s talan

8. Kommunen har, i egenskap av huvudman för skolan, utsatt NN för diskriminering genom bristande tillgänglighet under perioden maj 2017 till och med den 3 april 2018.

9. NN har missgynnats genom att skolan har underlåtit att vidta de åtgärder för tillgänglighet som följer av skollagen. NN har därför inte kommit i en jämförbar situation i förhållande till elever utan NN:s

funktionsnedsättning. Specifikt har skolan underlåtit att tillräckligt skyndsamt genomföra den utredning om särskilt stöd som påbörjades i maj 2017, analysera NN:s behov av särskilt stöd, utarbeta ett åtgärdsprogram i enlighet med de krav som anges i skollagen och ge NN särskilt stöd trots att skolan konstaterat att NN har varit i behov av sådant stöd.

10. Det yrkade skadeståndet har beräknats utifrån det schablonbelopp som tillämpas för sveda och värk beräknat per vecka, multiplicerat med det antal veckor som diskrimineringen pågått.

Malmö kommuns talan

11. Någon diskriminering har inte skett. För att omfattas av bestämmelsen om bristande tillgänglighet krävs en funktionsnedsättning. Kommunen fick kännedom om NN:s diagnos först i mars 2018. Kommunen borde inte före detta datum ha insett att NN hade en funktionsnedsättning. Under alla förhållanden har kommunen vidtagit skäliga tillgänglighetsåtgärder, både före och efter det att kommunen fick kännedom om funktionsnedsättningen.

Allmänt om diskrimineringslagen

12. Diskrimineringslagen (2008:567) har till ändamål att motverka diskriminering och på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter oavsett kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning eller ålder (se 1 kap. 1 §). Lagen omfattar många skilda verksamhetsområden och gäller inom såväl offentlig som privat verksamhet.

13. Vad som avses med diskriminering i lagen anges i 1 kap. 4 §. I paragrafen definieras sex olika former av diskriminering, bl.a. direkt och indirekt diskriminering. Gemensamt för flertalet av definitionerna är att en

person har missgynnats och att det finns ett orsakssamband med någon av diskrimineringsgrunderna. En av de former av diskriminering som räknas upp är bristande tillgänglighet (se paragrafens punkt 3).

14. I 2 kap. 5 § diskrimineringslagen anges att den som bedriver verksamhet som avses i skollagen eller annan utbildningsverksamhet (utbildningsanordnare) inte får diskriminera något barn eller någon elev, student eller studerande som deltar i eller söker till verksamheten. Anställda och uppdragstagare i verksamheten ska likställas med utbildningsanordnaren när de handlar inom ramen för anställningen eller uppdraget.

15. Enligt 5 kap. 1 § första stycket diskrimineringslagen ska den som bryter mot förbuden mot diskriminering betala diskrimineringsersättning för den kränkning som överträdelsen innebär. När ersättningen bestäms ska särskilt beaktas syftet att motverka överträdelser av lagen. Ersättningen ska betalas till den som har kränkts av överträdelsen.

16. Diskrimineringsersättning består av en upprättsedel och ett preventionspåslag. Överträdelsens art och omfattning ska beaktas, varvid både den drabbades intresse av att reglerna upprätthålls och hans eller hennes personliga upplevelse av kränkning ska vägas in. En avsikt att diskriminera är försvårande. Också diskriminerings konsekvenser för den diskriminerade har betydelse. (Se prop. 2007/08:95 s. 398 f.)

17. Beträffande upprättsedelen kan ledning för ersättningens fastställande hämtas från hur skadestånd för kränkning bestäms enligt skadeståndslagen. Diskriminerings allvar, sett ur den kränktes perspektiv, ska bedömas objektiverat. Typiskt sett utgör diskriminering ett sådant intrång i en enskilds integritet att kraven på upprättelse är betydande. Som

en riktpunkt bör preventionspåslaget vara lika stort som upprättelsedelen.
(Se ”Veolia” NJA 2014 s. 499 I och II.)

Särskilt om bristande tillgänglighet

Innebörden av bristande tillgänglighet

18. I diskrimineringslagen avses med bristande tillgänglighet att en person med en funktionsnedsättning missgynnas genom att åtgärder för tillgänglighet inte har vidtagits för att den personen ska komma i en jämförbar situation med personer utan denna funktionsnedsättning. De åtgärder som lagen kräver är sådana 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. (Se 1 kap. 4 § 3.)

Funktionsnedsättning

19. Med funktionsnedsättning menas varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller en sjukdom fanns vid födelsen, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå (se 1 kap. 5 § 4). Redan av lagtexten framgår alltså att det är förekomsten av en funktionsnedsättning, inte en diagnos, som är avgörande för bedömningen (jfr SOU 1997:176 s. 107).

20. En annan sak är att en diagnos i vissa fall kan behöva ingå i bedömningen av om en person tillhör gruppen personer med funktionsnedsättning; det kan vara svårt att utan en sakkunnig diagnosticering avgöra om en funktionsnedsättning som omfattas av lagen är för handen. Den tidpunkt då en diagnos ställs kan dock inte ges någon betydelse för

bedömningen av från när en person ingår i gruppen. Om varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av personens funktionsförmåga förelåg före det att en diagnos ställdes, så ingick personen redan då i den av lagen skyddade gruppen. För bedömningen av om personen ingår i den aktuella gruppen och från när detta varit fallet kan det inte heller ges betydelse huruvida den berörda verksamhetsanordnaren kände till funktionsnedsättningen eller den bakomliggande diagnosen (se däremot angående bedömningen av vad som utgör skäliga åtgärder p. 29–31).

Missgynnande, underlåtenhet och jämförbar situation

21. Kriteriet missgynnande är för diskrimineringsformen bristande tillgänglighet avsett att ha motsvarande betydelse som vid direkt och indirekt diskriminering. Att någon har missgynnats innebär därmed att han eller hon har försatts i ett sämre läge, eller gått miste om en förbättring, en förmån, en serviceåtgärd eller liknande. Allt som typiskt sett är förenat med faktisk förlust, obehag eller liknande kan ses som ett missgynnande. Det avgörande för bedömningen är om en negativ effekt inträder. Orsaken bakom missgynnandet ska inte påverka bedömningen av om ett missgynnande skett. (Se prop. 2007/08:95 s. 486 f. och prop. 2013/14:198 s. 63.)

22. Med underlåtenhet att vidta åtgärder avses såväl att det inte alls har vidtagits några åtgärder, som att åtgärder för tillgänglighet vidtagits, men dessa inte är tillräckliga för att försätta en person med funktionsnedsättning i en jämförbar situation (se prop. 2013/14:198 s. 63).

23. Hur den person som menar sig ha blivit diskriminerad har behandlats ska jämföras med hur någon eller några andra personer behandlas, har blivit behandlade eller skulle ha behandlats. Endast om jämförelsen visar en

avvikelse från hur någon annan person som befinner sig i en jämförbar situation behandlas, kan behandlingen bedömas som diskriminering. Diskrimineringsförbudet tar sikte på situationer som är jämförbara, inte likadana. Fokus ska därmed ligga på att en person med funktionsnedsättning ska kunna få del av den aktuella verksamheten i sig, inte att det måste ske på exakt det sätt som är möjligt för andra. Det får accepteras att det sätt på vilket en person med en funktionsnedsättning får tillgång till eller kan delta i en verksamhet avviker från vad som gäller för dem som saknar den aktuella funktionsnedsättningen. (Se a. prop. s. 28 och 63 f.)

24. I förarbetena anges att det av kriteriet om jämförbarhet å andra sidan följer att skillnaderna inte bör få vara större än vad som är sakligt påkallat. Om den som gör gällande diskriminering – oavsett vilka tillgänglighetsåtgärder som vidtas – saknar den sakliga kompetens som krävs t.ex. för att genomgå en viss utbildning föreligger inte en jämförbar situation. Detsamma gäller den som saknar sakliga förutsättningar för att få exempelvis en viss yrkesbehörighet eller som inte kan eller vill uppfylla de sakliga krav som gäller för att t.ex. ta del av en viss verksamhet. (Se a. prop. s. 64.)

25. Bedömningen av vad som utgör en jämförbar situation måste kunna variera, och kraven på åtgärder för tillgänglighet måste ställas högre ju mer betydelsefullt – från ett objektiva perspektiv – det kan sägas vara att personen med en funktionsnedsättning får del av verksamheten.

26. Grundskoleutbildning har en helt central betydelse för en ungs persons utveckling och fortsatta liv. Det är i första hand genom den som barns rätt till utbildning tillgodoses (jfr bl.a. artikel 28.1 i Barnkonventionen). Vidare gäller skolplikt; det är inte frivilligt att gå i grundskolan. Detta måste påverka vad som ska ses som en jämförbar

situation och stora variationer måste accepteras. Inom grundskolans område blir det därmed mycket sällan aktuellt att komma fram till att åtgärder för tillgänglighet inte behöver vidtas därför att en jämförbar situation inte kan uppnås.

Skäliga åtgärder

27. Det är bara åtgärder som är skäliga som behöver vidtas. Den bedömningen ska utgå från eventuella krav på tillgänglighet enligt lag eller annan författning, som är tillämplig på situationen. På utbildningsområdet ska författningar som reglerar tillgänglighet eller stöd för det området vara starkt vägledande för skälighetsbedömningen av vilka åtgärder som i ett visst fall kan krävas (se a. prop. s. 69).

28. Om någon uppfyller de krav på tillgänglighet som följer av relevant reglering på området, ska den som ansvarar för verksamheten kunna utgå från att ytterligare krav inte följer av diskrimineringslagen. Det betyder dock inte att varje avvikelse från lagstadgade krav på tillgänglighet automatiskt leder till att någon diskriminerats. En helhetsbedömning måste göras. Det blir av betydelse vilka förutsättningar verksamhetsutövaren har att vidta åtgärden i bl.a. ekonomiskt och praktiskt hänseende. Även omständigheter som varaktigheten och omfattningen av förhållandet mellan den enskilde och verksamhetsutövaren samt andra omständigheter, t.ex. vilken nytta som kan uppnås med anpassningen, ska beaktas. (Se a. prop. s. 64 ff.)

29. En särskild fråga är i vad mån hänsyn ska tas till verksamhetsutövarens kännedom om och möjlighet att förutse behovet av åtgärder. Frågan väcktes av Lagrådet i lagstiftningsärendet. Enligt vad som anfördes i propositionen borde denna typ av omständigheter kunna beaktas vid

skälighetsprövningen inom ramen för rekvisitet ”andra omständigheter av betydelse” i 1 kap. 4 § 3. (Se a. prop. s. 61 f.)

30. Vilka krav som kan ställas på en verksamhetsutövare när det gäller att ta initiativ till att informera sig om förekomsten av en funktionsnedsättning måste bli olika beroende på vilket område det handlar om. Av annan reglering kan framgå att verksamhetsutövaren har en mer eller mindre långtgående utredningsskyldighet. Så är exempelvis fallet för den som bedriver verksamhet som avses i skollagen (se p. 38). Det kan i dessa fall inte accepteras att verksamhetsutövaren förhåller sig passiv och inväntar information kring en persons funktionsnedsättning.

31. Omständigheterna kan dock variera stort även när en utredningsskyldighet ligger på verksamhetsutövaren. Också en seriöst genomförd utredning kan inte alltid förväntas ge svar på frågan om det finns en funktionsnedsättning och det kommer också att vara olika hur snabbt ett resultat föreligger. Beroende på situation kan det vara nödvändigt att verksamhetsutövaren informeras om funktionsnedsättningens innebörd och den aktuella personens uppfattning om behovet av stöd- och anpassningsåtgärder för att verksamhetsutövaren ska kunna fullgöra sin skyldighet genom adekvata åtgärder. Den närmare avvägningen får, som framgått, göras inom ramen för bedömningen av om skäliga åtgärder vidtagits.

Bevisbörda i mål om bristande tillgänglighet

32. I 6 kap. 3 § diskrimineringslagen finns en bestämmelse om bevisbörda som gäller generellt i mål om diskriminering och som innebär en bevislättnad för den som gör gällande att han eller hon har blivit utsatt för diskriminering. Om den som anser sig ha blivit diskriminerad visar

omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad är det svaranden som ska visa att diskriminering inte har förekommit. Bestämmelsen, som har sin bakgrund i bl.a. unionsrätten, syftar till att den som anser sig diskriminerad ska ha en faktisk möjlighet att göra principen om likabehandling gällande och till att diskrimineringsförbuden ska kunna upprätthållas också i praktiken (jfr prop. 2007/08:95 s. 443 ff.).

33. Bestämmelsen ska ses som en presumptionsregel. De omständigheter som käranden visar i det första ledet av bevisprövningen – de presumerande omständigheterna – skapar en presumtion för att diskriminering föreligger. Svaranden kan därefter bryta presumptionen genom sin motbevisning. Vilka omständigheter som är presumerande bestäms vid tillämpningen i det enskilda fallet. (Se prop. 2007/08:95 s. 443 ff. och ”Restaurangavvisningen” NJA 2006 s. 170.)

34. Vid införandet av diskrimineringsformen bristande tillgänglighet berördes inte hur bevislätnadsregeln ska tillämpas i mål som rör den typen av diskriminering. Bestämmelsen om bristande tillgänglighet är i sig en intresseavvägningsregel. Detsamma gäller för diskrimineringsformen indirekt diskriminering. I mål rörande indirekt diskriminering måste den som påstår diskriminering visa att ett till synes neutralt kriterium i praktiken missgynnar någon, medan svaranden har bevisbördan för att kriteriet i fråga objektivt kan motiveras av ett berättigat syfte och att medlen för att uppnå syftet är lämpliga och nödvändiga (jfr a. prop. s. 561).

35. I den upphävda lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder – en av de lagar som föregick diskrimineringslagen – fanns en bestämmelse om att för det fall arbetsgivaren genom skäliga stöd- och anpassningsåtgärder kunde se till att

den som hade ett funktionshinder kom i en jämförbar situation med personer utan sådant funktionshinder, kunde det utgöra direkt diskriminering att inte vidta sådana åtgärder. Angående bevislätnadsregelns tillämpning i de fallen angavs i förarbetena att arbetssökanden först skulle visa att det är möjligt att eliminera eller reducera den inverkan som funktionshindret kan ha på arbetsförmågan genom att vidta vissa stöd- och anpassningsåtgärder. Om käranden hade fullgjort sin bevisbörda i det avseendet ankom det på arbetsgivaren att visa att det inte kunde anses skäligt att vidta åtgärderna. (Se prop. 1997/98:179 s. 68 f.)

36. Mot den angivna bakgrunden bör bevislätnadsregeln i mål om diskriminering i form av bristande tillgänglighet så förstås att den som påstår diskriminering måste visa att han eller hon tillhör gruppen personer med funktionsnedsättning och har missgynnats genom att inte försättas i en jämförbar situation med en person utan funktionsnedsättning. I det senare innefattas att han eller hon ska bevisa att det är möjligt att genom vissa åtgärder eliminera eller reducera den inverkan som funktionsnedsättningen har i aktuell situation. Om sådant missgynnande visas, presumeras att diskriminering har skett. Verksamhetsutövaren måste då, för att undgå ansvar, visa att sådana åtgärder för tillgänglighet har vidtagits som är skäliga utifrån de hänsyn som anges i diskrimineringslagen.

Krav på tillgänglighet enligt skollagen

37. Om det på något sätt framkommer, t.ex. inom ramen för undervisningen eller från en elevs vårdnadshavare, att en elev riskerar att inte uppfylla de betygskriterier eller kriterier för bedömning av kunskaper som minst ska uppfyllas, ska eleven skyndsamt ges stöd i form av extra anpassningar inom ramen för den ordinarie undervisningen (se 3 kap. 5 § skollagen).

38. Framkommer det att det kan befaras att eleven inte kommer att uppfylla de nämnda kriterierna, trots att stöd har getts i form av extra anpassningar inom ramen för den ordinarie undervisningen, ska detta anmälas till rektorn. Detsamma gäller om det finns särskilda skäl att anta att sådana anpassningar inte skulle vara tillräckliga. Rektorn ska se till att elevens behov av särskilt stöd skyndsamt utreds. Behovet av särskilt stöd ska även utredas om eleven uppvisar andra svårigheter i sin skolsituation. Samråd ska ske med elevhälsan, om det inte är uppenbart obehövligt. Om en utredning visar att en elev är i behov av särskilt stöd, ska han eller hon ges sådant stöd. (Se 3 kap. 7 §.)

39. För en elev som ska ges särskilt stöd ska ett åtgärdsprogram utarbetas. Av programmet ska behovet av särskilt stöd och hur det ska tillgodoses framgå. Det ska också framgå när åtgärderna ska följas upp och utvärderas och vem som är ansvarig för uppföljningen respektive utvärderingen. Eleven och elevens vårdnadshavare ska ges möjlighet att delta när ett åtgärdsprogram utarbetas. Åtgärdsprogrammet beslutas av rektorn. (Se 3 kap. 9 §.)

40. Stöd i form av extra anpassningar kan vara att hjälpa en elev med att planera och strukturera sina studier, exempelvis genom extra tydliga instruktioner eller stöd för att sätta igång arbetet. Även hjälp med att förstå texter, att förklara ett ämnesområde på annat sätt eller extra färdighets- träning är att anse som extra anpassningar. Till sådant stöd hör även enstaka specialpedagogiska insatser under en kortare tid. Detsamma gäller bl.a. särskilda läromedel eller digital teknik med anpassade programvaror. (Se prop. 2013/14:160 s. 21.)

41. Insatser som är att betrakta som särskilt stöd är t.ex. placering i särskild undervisningsgrupp eller enskild undervisning, anpassad

studiegång eller elevassistent. Det rör sig således om insatser av mer ingripande karaktär som normalt inte är möjliga att genomföra för lärare inom ramen för den ordinarie undervisningen. Även insatsernas omfattning och varaktighet måste beaktas. Enstaka specialpedagogiska insatser under en kortare tid kan vara att betrakta som stöd i form av extra anpassningar medan mer omfattande eller regelbundna specialpedagogiska insatser utgör särskilt stöd. (Se a. prop. s. 21.)

42. Skollagens reglering om extra anpassningar och särskilt stöd förutsätter inte att en elev har en funktionsnedsättning för att en åtgärd ska bli aktuell. I förarbetena anges att en förutsättning för att alla elever ska få möjlighet att nå målen för utbildningen är att särskilt stöd ges till de elever som av olika anledningar har svårt att nå dessa mål (se prop. 2009/10:165 s. 286). Såväl extra anpassningar som särskilt stöd kan alltså aktualiseras även för elever utan funktionsnedsättning. Bestämmelserna har ett brett tillämpningsområde. Syftet bakom bestämmelserna i skollagen kan därmed inte sägas vara helt överensstämmande med syftet bakom diskrimineringslagens bestämmelser om bristande tillgänglighet. Mot den bakgrunden kan inte varje avvikelse från skollagens krav i nu aktuella delar anses innebära att skäliga åtgärder för tillgänglighet inte har vidtagits i den mening som avses i diskrimineringslagen.

43. Efterlevnaden av skollagens krav måste dock anses vara av stor vikt för gruppen personer med funktionsnedsättning. Om de följs kan man förvänta sig att den gruppen får den hjälp som behövs, så långt det är möjligt. Utgångspunkten är att skollagens krav ska ges stor betydelse vid bedömningen av om en åtgärd för tillgänglighet måste vidtas (se p. 27). Med hänsyn till vad som nyss sagts om de bestämmelsernas bredare tillämpningsområde bör det dock krävas att en avvikelse från skollagens

krav har lett till mer konkreta följder för tillgängligheten för eleven med funktionsnedsättning för att det ska vara fråga om diskriminering.

Bedömningen i detta fall

Utgångspunkt

44. Det ligger på NN att visa att NN tillhör gruppen personer med funktionsnedsättning och har missgynnats genom att inte försättas i en jämförbar situation med en person utan funktionsnedsättning (se p. 36).

NN har tillhört gruppen personer med funktionsnedsättning

45. NN fick diagnosen autism i februari 2018. NN:s talan omfattar tiden från maj 2017 till strax efter det att diagnosen ställdes ett knappt år därefter. Av utredningen framgår att NN även före det att diagnosen ställdes hade visat tydliga tecken på neuropsykiatrisk funktionsnedsättning. Så var tveklöst fallet under hela det tidsspann som är aktuellt i målet. NN har därmed ingått i gruppen personer med funktionsnedsättning och omfattats av diskrimineringslagens skydd under hela den aktuella tidsperioden. Det saknar för den bedömningen betydelse vilken kännedom Malmö kommun genom skolan hade om NN:s funktionsnedsättning eller diagnos (se p. 20).

Frågorna om missgynnande och jämförbar situation

46. NN har gjort gällande att skolan har underlåtit att vidta de åtgärder för tillgänglighet som följer av skollagen och att NN därför inte har kommit i en jämförbar situation i förhållande till elever utan NN:s funktionsnedsättning.

47. Skolinspektionen har i ett beslut från oktober 2018 kritiserat skolan för att den underlåtit att tillräckligt skyndsamt genomföra en utredning om

särskilt stöd, analysera NN:s behov av särskilt stöd och utarbeta ett åtgärdsprogram med åtgärder för särskilt stöd till NN, trots att skolan hade konstaterat att NN var i behov av sådant stöd. Högsta domstolen gör ingen annan bedömning än Skolinspektionen av frågan om skolan levtt upp till skollagens krav. Det är således utrett att skolan inte har gjort det. Det kan anmärkas att det också utgjorde en avvikelse från skollagens krav att skolan inte gav NN särskilt stöd när behov av sådant stöd hade konstaterats, vilket får anses ligga underförstått i Skolinspektionens kritik avseende bristerna i fråga om åtgärdsprogram.

48. Av utredningen i målet framgår att barn och ungdomar med den typ av funktionsnedsättning som NN har i regel är i stort behov av stöd från skolan. NN har haft problem på både lektioner och raster och detta har utgjort en starkt bidragande orsak till att NN har uppvisat en allt större otillåten frånvaro från skolan. Det senare har varit en stark varningssignal om att åtgärder behövdes. Från skolans sida bedömdes också att NN i och med den stora frånvaron hade hamnat i riskzonen för att inte längre nå kunskapsmålen.

49. Det framgår av den åberopade bevisningen att det typiskt sett är möjligt för en elev med den aktuella funktionsnedsättningen att med rätt stöd och anpassningar uppnå en påtagligt förbättrad situation i skolan. Beträffande grundskolan måste stora variationer accepteras i fråga om vad som utgör en jämförbar situation. Som konstaterats i det föregående kan det endast mycket sällan bli aktuellt att komma fram till att åtgärder för tillgänglighet inte behöver vidtas därför att en jämförbar situation inte kan uppnås (se p. 26). Det får mot den bakgrunden anses utrett att NN med rätt stödåtgärder hade kunnat komma i en jämförbar situation med en elev utan den aktuella funktionsnedsättningen.

50. Det anförda innebär att NN har bevisat att missgynnande förekommit när NN inte fick det stöd som skollagen gav rätt till och att detta lett till att NN inte har försatts i en jämförbar situation med en person utan funktionsnedsättning.

51. Vid den bedömningen råder en presumtion för att NN har diskriminerats. Det ligger då på kommunen som huvudman för skolan att visa att sådana åtgärder för tillgänglighet har vidtagits som är skäliga utifrån de hänsyn som anges i diskrimineringslagen. (Se p. 36.)

Skäliga åtgärder har inte vidtagits

52. Utgångspunkten för bedömningen är de krav på tillgänglighet som anges i skollagen. Som framgått har skolan inte levt upp till dessa krav. Eftersom skollagens reglering inte bara gäller elever med funktionsnedsättning utan har ett bredare tillämpningsområde, krävs dock att avvikelserna har lett till mer konkreta följder för tillgängligheten för NN för att det ska vara fråga om diskriminering (se p. 43).

53. Vid bedömningen har det betydelse vilken kännedom skolan hade rörande NN:s funktionsnedsättning och vilken möjlighet det fanns att förutse behovet av åtgärder (se p. 29–31). Skolan kände inte till vilken diagnos som gällde för NN förrän i mars 2018 och inget talar för att det dessförinnan var tydligt för skolan att NN:s svårigheter hade sin grund i en funktionsnedsättning. De uttryck som NN:s funktionsnedsättning tog sig var dock väl kända för skolan. Enligt skollagen hade skolan en långtgående utredningsskyldighet avseende vilken typ av stöd en elev med NN:s problematik kunde behöva för att kunna tillgodogöra sig undervisningen. Med tanke på den kännedom om NN:s problematik som skolan hade och den utredningsskyldighet som förelåg kan det inte ges någon egentlig

betydelse vid bedömningen av om skäligen åtgärder har vidtagits att skolan inte hade kännedom om NN:s diagnos eller att det var fråga om en funktionsnedsättning.

54. Av utredningen framgår att skolan under flera års tid i samråd med NN:s vårdnadshavare hade vidtagit en rad åtgärder för att möta NN:s problematik och att den typen av åtgärder fortsatt vidtogs under den tidsperiod som målet rör. De åtgärderna har av Skolinspektionen bedömts utgöra extra anpassningar och inte särskilt stöd. Högsta domstolen gör ingen annan bedömning av karaktären på åtgärderna.

55. NN hade en komplex och mångfacetterad problembild som fortgått över flera år och som varit svårdiagnosticerad av sjukvården. I kontakter mellan rektorn och NN:s vårdnadshavare fanns vissa indikationer på att NN såg positivt på att börja i fjärde klass till höstterminen 2017 och att skolnärvaron då skulle öka. Det får därför anses skäligt att skolan under perioden fram till skolstarten höstterminen 2017 avvaktade med att utreda NN:s behov av särskilt stöd.

56. Den kritik som Skolinspektionen har riktat mot skolan för perioden augusti 2017 fram till dess att utredningen om särskilt stöd var färdigställd den 13 oktober 2017 går ut på att utredningen inte genomfördes tillräckligt skyndsamt. Även om det enligt skollagen krävdes en snabbare utredning än som skedde, så kan den tidsutdräkten inte ses som så allvarlig att den i sig innebär att diskriminering förekommit. Under den perioden – när resultatet av utredningen ännu inte förelåg – får de fortsatta åtgärder i form av extra anpassningar som skolan vidtog anses skäliga.

57. I utredningen om särskilt stöd, som var färdigställd i oktober 2017, gjorde emellertid skolan bedömningen att NN var i behov av sådant stöd.

Trots det underlät skolan att genomföra en analys av vilka stödåtgärder av den karaktären som NN behövde, att utforma en åtgärdsplan innefattande sådana stödåtgärder och att anordna särskilt stöd för NN. Dessa avvikelser från skollagens krav medförde konkreta negativa följder för NN.

58. De konkreta följderna var att NN under ett halvår inte fick sådant stöd som behövdes för att kunna fungera tillfredsställande i skolan. Resultatet blev att NN:s frånvaro låg på en hög nivå och att NN gick miste om stora delar av sin utbildning under den tidsperioden.

59. Det anförda innebär att kommunen inte har visat att det under perioden från och med den 13 oktober 2017 vidtogs sådana åtgärder för tillgänglighet som var skäliga.

NN har utsatts för diskriminering

60. Kommunen har därmed, i egenskap av huvudman för skolan, utsatt NN för diskriminering genom bristande tillgänglighet under perioden från och med den 13 oktober 2017 till och med den 3 april 2018.

Diskrimineringsersättning

61. Mot denna bakgrund ska kommunen betala diskrimineringsersättning.

62. Vid bedömning av ersättningens storlek ska det beaktas att diskrimineringen medförde att NN under sex månader gick miste om stora delar av sin grundskoleutbildning, vilket är en allvarlig följd. Det måste emellertid vägas in också att skolan vidtog ett antal åtgärder för att adressera NN:s svårigheter, även om de åtgärderna inte var tillräckliga. Någon avsikt från skolans sida att diskriminera NN har inte funnits. Vid en

samlad bedömning bör upprättelseersättningen bestämmas till 10 000 kr och
preventionspåslaget till lika stort belopp.

63. Kommunen ska således betala 20 000 kr i diskrimineringsersättning
till NN.

64. Hovrättens dom ska ändras i enlighet med detta.

I avgörandet har deltagit justitieråden Gudmund Toijer, Svante O.
Johansson, Dag Mattsson, Malin Bonthron (referent) och Johan Danelius
Föredragande har varit justitiesekreteraren Malin Falkmer