

**PARTER****Kärande**

Ombud: Jur.kand. Stellan Gärde
Björngårdsgatan 14A, 118 52 Stockholm

Svarande

Österåkers kommun
184 86 Åkersberga

Ombud: Jur.kand. Christer Hjert
Kommunakuten AB
Runristarvägen 27, 186 50 Vallentuna

DOMSLUT

1. Käromålet avslås.
2. Vardera parten ska stå för sin rättegångskostnad.
3. Sekretessbestämmelsen i 36 kap. 4 § första stycket punkten 2 offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska fortsätta att vara tillämplig på uppgifter om enskilda personliga förhållanden som lagts fram vid förhandling inom stängda dörrar och som inte tagits in i domen

BAKGRUND**Twisten**

Noa Bengtsson (Noa), född i februari 2016, gick under perioden oktober 2018–10 augusti 2022 på Skärgårdsstads förskola i Åkersberga, Österåkers kommun (förskolan).

Noa är sedan mars 2019 diagnostiserad med autism och ADHD. I mars 2022 diagnostiserades han även med svår intellektuell funktionsnedsättning. Med anledning av Noas funktionsnedsättningar har han ett särskilt behov av stöd i olika former. Enligt läkarintyg daterat i november 2020 behöver Noa 100 procent tillsyn. Enligt intyget behöver han även en egen resurs i förskolan för att utvecklas och lära sig att samspela med andra barn.

I målet gör Noa gällande att han mellan oktober 2018 och den 10 augusti 2022 i fyra avseenden inte fått den hjälp och det stöd som han haft rätt till enligt skollagens, skolförordningens och Läroplanen för förskolans (Lpfö 18) bestämmelser och att han därmed har diskriminerats. Det är enligt Noa fråga om direkt diskriminering och diskriminering genom bristande tillgänglighet. Han begär därför ersättning av Österåkers kommun (kommunen) i form av diskrimineringsersättning alternativt annan ersättning.

Kommunen gör gällande att Noa inte har diskriminerats och motsätter sig att betala någon ersättning.

Parternas tvist rör frågan om Noa har diskriminerats enligt diskrimineringslagen, Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) och barnkonventionen. Om det är så att Noa har diskriminerats tvistar parterna om huruvida det har skett i samtliga de fyra avseenden som han har gjort gällande.

Noas situation under tiden på förskolan

Noa började i förskola höstterminen 2017. Han var då ett och ett halvt år och familjen bodde i Solna. Sedan familjen flyttat till Åkersberga började Noa på Skärgårdsstads förskola vårterminen 2018. Utifrån bland annat erfarenheter från förskolan i Solna informerades rektor och pedagoger vid Skärgårdsstads förskola om att Noa behövde stöd som andra barn inte behövde.

Rektor vid förskolan har under hela perioden från oktober 2018 till augusti 2022 varit Emma Hammenstig (vittne i målet). När Noa började på förskolan arbetade förskolläraren Pernilla Johansson och barnskötaren Kristina Dorén (båda vittnen i målet) på Noas avdelning. Pernilla Johansson och Kristina Dorén arbetade med Noa fram till juni/juli 2021.

I november 2018 gjorde förskolan en pedagogisk kartläggning avseende Noa. I kartläggningen anges bland annat på vilket sätt verksamheten är anpassad till Noas behov. I december 2020 gjordes ytterligare en kartläggning. Förskolan upprättade även en handlingsplan. Handlingsplanen omfattar perioden den 20 november–december 2020.

I mars 2019, när Noa var tre år, diagnostiserades han med autism och ADHD. Diagnoserna ställdes av bland andra överläkaren Johanna Sörensen (vittne i målet). I utlåtandet där Noa diagnostiserades anges beträffande förskoleverksamhet att det rekommenderas en miljö som gör det möjligt att vara i en mindre grupp och att få individuellt vuxenstöd.

I samband med att diagnoserna ställdes skrevs Noa in som patient vid Autismcenter små barn (Autismcenter). I april 2019 deltog Noas föräldrar i introduktionskurser vid Autismcenter. Från och med juni 2019 deltog Noa och föräldrarna i habiliteringsinsatser i form av handledningsmöten med psykologen Simon Mattsson (vittne i målet).

Under perioden juni–oktober 2019 närvarade även pedagogerna vid förskolan Pernilla Johansson och Kristina Dorén vid några handledningsmöten. Handledningen avseende

Noa tillhandahölls i samband med att Simon Mattson slutade hos Autismcentrum även av Lotta Öhman (vittne i målet).

Vid Autismcentrum inleddes insatsen funktionell lek för Noa under hösten 2019. Målet med en sådan insats är att barnet ska hantera leksaker på ett funktionellt sätt. Förskolan medverkade genom att pedagogerna deltog vid ett antal handledningsmöten hos Autismcentrum. Parterna är oense om i vilken omfattning förskolan därefter tillämpade funktionell lek.

Vid årsskiftet 2019/2020 rekommenderade Autismcentrum genom Simon Mattsson att insatsen Picture Exchange Communication System (PECS) skulle inledas för Noa. PECS är en metod för att lära barn med exempelvis autism att kommunicera med hjälp av bilder. Insatsen inleddes vid Autismcentrum, men förskolan accepterade inte att använda PECS. Förskolan använde sig i stället av metoden Tecken som Alternativ och Kompletterande Kommunikation (TAKK).

I augusti/september 2020 inleddes vid Autismcentrum insatsen toaletträning för Noa. Insatsen innebar toaletträning enligt Autismcentrums särskilda metod. Förskolan påbörjade träning enligt metoden men avslutade detta relativt omgående på grund av att förskolan ansåg att metoden inte lämpade sig där.

Under vårterminen 2021 gjorde Noas föräldrar en anmälan till Skolinspektionen. Föräldrarna gjorde gällande att förskolan inte tillgodosåg Noas behov av vård och lyfte särskilt fram att Noa hade behov av en särskild resursperson. Skolinspektionen meddelade beslut i ärendet den 31 mars 2022. Skolinspektionen ansåg vid en sammantagen bedömning att det inte var visat att kommunen brustit när det gällde att vidta åtgärder för att tillgodose Noas behov av särskilt stöd.

I mars 2022 diagnostiserades Noa med svår psykisk utvecklingsstörning/intellektuell funktionsnedsättning.

I augusti 2022 slutade Noa på förskolan och började i förskoleklass på särskolan Ikasus.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Noa Bengtsson

Noa har i första hand yrkat att tingsrätten förpliktar kommunen att till honom betala 150 000 kr i diskrimineringsersättning för brott mot diskrimineringslagen.

Noa har i andra hand yrkat att tingsrätten förpliktar kommunen att till honom betala 75 000 kr i skadestånd för brott mot Europakonventionen och 75 000 kr för brott mot barnkonventionen.

Noa har yrkat ersättning för sin rättegångskostnad. Han har, med hänvisning till att han haft skälig anledning att få tvisten prövad, begärt att parterna ska stå för sina egna rättegångskostnader om han skulle förlora målet (6 kap. 7 § diskrimineringslagen).

Österåkers kommun

Kommunen har bestritt käromålet. Kommunen har godtagit beloppet 150 000 kr som skäligt vid fullt bifall men gjort gällande att vart och ett av de fyra missgynnande agerandena Noa påtalar endast kan berättiga till 37 500 kr.

Kommunen har yrkat ersättning för sin rättegångskostnad. Kommunen har bestritt att parterna ska stå för sina egna rättegångskostnader om Noa skulle förlora målet.

GRUNDER**Noa Bengtsson***Fyra missgynnande ageranden*

Kommunen har diskriminerat Noa genom fyra olika ageranden. För det första har kommunen inte tillsatt en extra personalresurs på heltid för att möta Noas behov. För det andra har kommunen inte tillämpat kommunikationshjälpmedlet PECS, som är nödvändigt för att Noa ska kunna kommunicera på ett effektivt sätt. För det tredje har kommunen vägrat att fullgöra toaletterning med Noa. För det fjärde har kommunen vägrat att tillämpa funktionell lek för Noa.

Diskrimineringslagen – direkt diskriminering och diskriminering genom bristande tillgänglighet

Förskoleverksamheten har bedrivits i strid med 2 kap. 5 § diskrimineringslagen. Genom förskolans beslut och underlåtenhet att tillgodose Noas behov har Noa utsatts för direkt diskriminering och diskriminering genom bristande tillgänglighet enligt 1 kap. 4 § första och tredje punkterna diskrimineringslagen. Noa har därmed rätt till ersättning enligt 5 kap. 1 § diskrimineringslagen.

Noa har i samtliga fyra fall utsatts för direkt diskriminering och har missgynnats genom att han har behandlats sämre än andra barn i jämförbara situationer på grund av sin funktionsnedsättning. Noa har även i samtliga fyra fall utsatts för diskriminering på grund av bristande tillgänglighet. Detta beror på att de åtgärder för tillgänglighet som krävs enligt 8 kap. 9 § skollagen inte har vidtagits av förskolan för att säkerställa att Noa kan komma i en jämförbar situation med personer utan funktionsnedsättning. Han har inte fått det särskilda stöd som har erfordrats. Åtgärder för att tillgodose Noas behov är skäligen och borde ha vidtagits av förskolan med hänsyn till de ekonomiska och praktiska förutsättningarna, varaktigheten och omfattningen av förhållandet eller kontakten mellan förskolan och Noa, samt andra omständigheter av betydelse. På grund av denna bristande tillgänglighet har Noa missgynnats och diskriminerats.

Kostnaden för en barnskötare med kompletterande utbildning är 26 332 kr i lön samt sociala avgifter alternativt för en förskollärare är i snitt 33 283 kr samt sociala avgifter.

Beslut angående extra personalresurs på heltid

Noa har från det att han började på förskolan 2018 efterfrågat en särskild resursperson och har ett stort antal gånger bett förskolechefen att ansöka om en särskild resursperson utan att något formellt beslut har fattats. Förskolechefen fick den första diagnosutredningen och relaterat läkarintyg den 8 mars 2019. Av detta framgår att Noa behöver vara i mindre grupp och få individuellt vuxenstöd. Det framgår även av kommunens inlagor till Skolinspektionens utredning under hösten 2020 att särskild resursperson nekas. Formellt beslut togs även den 14 juni 2021 enligt e-post från förskolerektor Emma Hammenstig med svar på ansökan om särskild resurs från henne och skolchef på kommunen där särskild resurs, individuellt vuxenstöd, nekas.

Beslut angående PECS

Förskolerektor Emma Hammenstig beslutade att förskolepersonalen inte fick fortsätta handledningen avseende insatsen PECS vid Autismcentrum som började i januari 2020. Förskolechefen förbjöd förskolläraren Pernilla Johansson och barnskötaren Kristina Dorén att delta i handledning från Autismcenter. Förskolan ville inte jobba med PECS med hänvisning till att det var att anse som vård. Psykologen Simon Mattsson vid Autismcenter upprättade den 25 maj 2020 ett intyg om att PECS hade valts ut som kommunikationssätt för träning av Noa inom kommunikation. Intyget skickades till förskolechefen. I telefonsamtal den 8 oktober 2020 avbröt förskolechefen allt samarbete med Autismcentrum för små barn, inbegripet PECS. Förskolechefen sa att förskolan ansåg att PECS är en vårdinsats vilket inte kommunen erbjuder.

Beslut angående toaletträning

Den 8 oktober 2020 beslutade förskolan att avbryta Noas toaletträning och allt samarbete med Autismcentrum. Beslutet fattades av förskolerektor Emma Hammenstig vid

ett telefonsamtal där hon, Noas vårdnadshavare Henrik Bengtsson och Maria Vikman från Autismcenter deltog.

Beslut angående funktionell lek

Insatsen funktionell lek inleddes vid Autismcentrum under hösten 2019. Det har redan från start funnits meningsskiljaktigheter i frågan om funktionell lek har tillämpats i tillräcklig omfattning och med rätt metoder i förskolan. Under våren 2020 framfördes krav till ansvarig förskollärare och förskolechefen med anledning av bristerna beträffande funktionell lek. Detta utmynnade efter sommaren 2020 i en anmälan till Skolinspektionen.

Europakonventionen och barnkonventionen

Noa har i samtliga fyra fall i vart fall utsatts för diskriminering genom att förskolan bedrivit förskoleverksamhet i strid med artikel 14 i Europakonventionen. Han har diskriminerats i sin rätt till utbildning enligt bestämmelserna i artikel 2 i tilläggsprotokoll 1 i Europakonventionen. Han har därför rätt till ersättning på denna grund.

Noa har vidare i samtliga fyra fall i vart fall utsatts för diskriminering genom att förskolan bedrivit förskoleverksamhet i strid med barnkonventionen. Han har i detta avseende diskriminerats i sin rätt till utbildning enligt artiklarna 2, 23 och 28–29 i barnkonventionen. Han har därför rätt till ersättning även på denna grund.

Kommunen

Diskriminering har inte förekommit

Noa har inte blivit diskriminerad. Kommunen har att fullgöra det uppdrag som ankommer dem enligt skollagen och Läroplanen för förskolan (Lpfö 18). Styrdokumenten är avgörande för verksamheten på förskolan. Den verksamhet kommunen tillhandahåller är i första hand skolverksamhet. Om samtliga de krav som Noa begärt skulle ha införts skulle inte någon förskoleverksamhet kunnat bedrivas.

Kommunen har ansvar för att tillhandahålla skolverksamhet, medan regionen har ansvar för habiliterande åtgärder inom ramen för hälso- och sjukvårdslagstiftningen. Barn med utmaningar har behov av rehabiliterande insatser, men insatsernas tillhandahållande måste även beaktas i dess kontext. Inom förskoleverksamheten som har bedrivits har Noa inte diskriminerats. Kommunen har uppfyllt sitt rättsliga ansvar inom förskoleverksamhet. Det ankommer inte på kommunen att tillhandahålla heltidsrehabilitering. Ett sådant tillhandahållande är i övrigt inte förenligt med förskolans uppdrag.

Kommunen har haft resurser för Noa som motsvarat en extra personalresurs på heltid för att möta hans behov. Vad gäller kommunikation har kommunen tillämpat kommunikationshjälpmedlet TAKK i enlighet med det som föreskrivs i de styrdokument kommunen har att följa. Kommunen har erbjudit toaletträning för Noa. Kommunen har också tillämpat funktionell lek för Noa. Allt i den omfattning som kan krävas i förskoleverksamhet.

Diskrimineringslagen

Kommunen har inte agerat eller underlåtit att agera på sådant sätt att Noa har utsatts för direkt diskriminering eller diskriminering genom bristande tillgänglighet. Förskoleverksamheten har bedrivits i enlighet med det regelverk kommunen har att följa.

Noa har inte i något fall utsatts för direkt diskriminering och har inte missgynnats genom att han behandlats sämre än andra barn i jämförbara situationer på grund av sin funktionsnedsättning.

Noa har inte heller i något fall utsatts för diskriminering på grund av bristande tillgänglighet. Förskolan har tillhandahållit honom de resurser som kunnat krävas av kommunen enligt verksamhetens mål. Noa har hamnat i en jämförbar situation med personer utan funktionsnedsättning. I situationer där det finns olika handlingsalternativ som ger liknande resultat för tillgängligheten, men till olika kostnader eller med olika andra effekter för verksamheten, bör det stå den verksamhetsansvarige fritt att välja

alternativ. Noa har fått det särskilda stöd som hans behov har påkallat enligt 2 kap. 9 § och 3 kap. 2 och 5 §§ skollagen. Ingen brist i tillgänglighet har förekommit och Noa har inte missgynnats eller diskriminerats.

Eftersom Noa inte utsatts för diskriminering har han ingen rätt till ersättning enligt 5 kap. 1 § diskrimineringslagen.

Europakonventionen och barnkonventionen

Varken diskrimineringslagen, Europakonventionen, barnkonventionen eller något annat regelverk avser att utvidga rättigheterna utöver vad skollagen och övriga regler för förskolan ställer upp. Syftet med diskrimineringslagen och övriga åberopade regler är att säkerställa att de rättigheter som bland annat ställs upp i skollagen tillhandahålls på ett korrekt sätt trots den enskildes speciella situation. Bestämmelserna syftar inte till att utvidga dessa rättigheter till något som inget annat barn heller har rätt till i förskolan.

Kommunen har tillhandahållit Noa alla de insatser och åtgärder han haft rätt till i förskoleverksamheten med hänsyn tagen till hans funktionshinder och särskilda förutsättningar.

Noa har inte i något fall utsatts för diskriminering genom att förskolan bedrivit förskoleverksamhet i strid med artikel 14 i Europakonventionen. Han har inte diskriminerats i sin rätt till utbildning enligt bestämmelserna i artikel 2 i tilläggsprotokoll 1 i Europakonventionen och han har därför ingen rätt till ersättning på denna grund.

Noa har inte i något fall utsatts för diskriminering genom att förskolan bedrivit förskoleverksamhet i strid med barnkonventionen. Han har inte diskriminerats i sin rätt

till utbildning enligt artiklarna 2, 23 och 28–29 i barnkonventionen och han har därför ingen rätt till ersättning på denna grund.

UTREDNING

På Noa Bengtssons begäran har förhör under sanningsförsäkran hållits med hans båda vårdnadshavare Henrik Bengtsson och Nazila Hashemi. De har hörts om Noas funktionsnedsättning och de behov som finns med anledning av den, de påstådda bristerna inom förskolan samt hur Noa har reagerat under sin tid på förskolan

På Noa Bengtssons begäran har vidare vittnesförhör hållits med

- Simon Mattson, psykolog och tidigare anställd hos Autismcentrum, som hörts om sin rådgivning till förskolan innefattande handledning av personal och föräldrar,
- Lotta Öhman, specialpedagog på Autismcentrum, som hörts om sin rådgivning till förskolan innefattande handledning av personal och föräldrar,
- Caroline Westerberg, vikarierande lärare i 6-årsklass på särskolan Ikasus, som hörts om vilken status Noa var i när han kom till Ikasus och hans utveckling därefter,
- Lise Roll, professor i specialpedagogik vid Stockholms universitet, som hörts bland annat om sin bedömning av behovet av den träning som påbjudits av personal hos Autismcentrum, behovet av extra personal och vilken effekt frånvaron av dessa aktiviteter och resurser får för Noa,
- Johanna Sörensen, överläkare och specialist i barn- och ungdomspsykiatri, om den diagnos hon ställde avseende Noa och det rekommenderade stöd Noa behövde inom ramen för förskolan, samt
- Kristina Dorén, tidigare pedagog vid förskolan, om den tid hon arbetade på förskolan, den kunskap hon har om Noas tid där och i vilken utsträckning Noa fått träning relaterad till hans funktionsnedsättningar.

På kommunens begäran har vittnesförhör hållits med

- Emma Hammenstig, rektor vid förskolan, och
 - Pernilla Johansson, förskolelärare vid förskolan,
- som båda har hörts om de stöd- och hjälpinsatser som Noa har fått under sin tid i förskolan, hans förskoleutbildning och kontakterna med Autismcentrum och hur man hanterat rekommendationerna därifrån.

Noa Bengtsson har som skriftlig bevisning åberopat bland annat

- barn- och ungdomspsykiatriskt utlåtande, läkarutlåtande för omvårdnadsbidrag och merkostnadsersättning, psykologutlåtande och diagnosintyg,
- webbanmälan till och tjänsteanteckning av Skolinspektionen, Kommunens svar på Skolinspektionens frågor samt Skolinspektionens beslut,
- utlåtande från Ikasus förskola (Caroline Westerberg),
- beteendestödplan upprättad av psykolog Simon Mattsson,
- intyg avseende insatser,
- journalanteckningar från Autismcentrum, och
- instruktionsfilmer avseende PECS och TAKK.

Kommunen har som skriftlig bevisning åberopat

- Skolinspektionens beslut,
- pedagogisk kartläggning avseende Noa,
- kommunens svar på Skolinspektionens begäran om yttrande med anledning av anmälan,
- förskolans handlingsplan avseende Noa,
- e-post från skolchefen angående personaltäthet och antal barn på den aktuella förskoleavdelningen läsåren 2018/19–2021/22, och
- kartläggning och uppföljning av Noa under 2022 – utdrag ur dokumentations-systemet Unikum.

DOMSKÄL**Rättsliga utgångspunkter – diskrimineringslagen***Diskriminering – direkt eller genom bristande tillgänglighet*

Enligt diskrimineringslagen gäller att den som bedriver verksamhet som avses i skollagen (2010:800) inte får diskriminera något barn som deltar i verksamheten (2 kap. 5 §).

Med diskriminering avses bland annat dels direkt diskriminering, dels bristande tillgänglighet (1 kap. 4 § första och tredje punkterna) vilket är de diskrimineringsformer som gjorts gällande i detta mål.

Med **direkt diskriminering** avses i detta sammanhang 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 en funktionsnedsättning**.

Med **bristande tillgänglighet** avses 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 skäligen 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.

Underlåtenhet att vidta åtgärder för tillgänglighet inbegriper även situationer där åtgärder vidtas men inte är tillräckliga för att försätta en person med funktionsnedsättning i en jämförbar situation (prop. 2013/14:198 s. 63).

Bedömningen av om skäligen åtgärder vidtagits, eller underlåtits att vidtas, ska som huvudregel utgå från de krav som redan ställs i lagstiftning och föreskrifter om tillgänglighet. För skolans verksamhet gäller till exempel bland annat de skyldigheter i fråga om stöd och anpassning som anges i skollagen. Den som uppfyller dessa krav ska också anses ha uppfyllt kravet på skäligen åtgärder och därmed inte anses diskriminera i form av bristande tillgänglighet. Om det i en situation är aktuellt med en åtgärd som inte följer av lagstiftning eller annan författning, bör de åtgärder som kan krävas vara av enklare beskaffenhet. I situationer där det finns olika handlingsalternativ som ger liknande resultat för tillgängligheten, men till olika kostnader eller med olika andra effekter för verksamheten, bör det stå den verksamhetsansvarige fritt att välja alternativ (prop. 2013/14:198 s. 80 f., 127 och 130).

Missgynnande

Både direkt diskriminering och diskriminering genom bristande tillgänglighet kräver alltså att ett missgynnande sker. Med att någon missgynnas avses att personen försätts i ett sämre läge, eller går miste om en förbättring, en förmån, en serviceåtgärd eller liknande. Det avgörande är att en negativ effekt uppstått, inte vilken orsak som ligger bakom missgynnandet. Även en underlåtenhet kan leda till ett missgynnande. (Prop. 2013/14:198 s. 63 och 125.)

Bedömningen av om ett missgynnande har skett görs utifrån hur någon eller några andra personer behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation. Jämförelsen kan göras med en faktisk person eller – om det inte finns någon person att jämföra med – med en hypotetisk jämförelseperson. Rekvisitetet jämförbar situation är ett uttryck för att lika fall ska behandlas lika (prop. 2007/08:95 s. 101). Det ska dock vara rimligt och naturligt att jämförelsen görs. Att en person har ett funktionshinder

kan medföra att han eller hon inte befinner sig i en sådan med andra jämförbar situation (prop. 2007/08:95 s. 198).

Bevisbörda

I 6 kap. 3 § diskrimineringslagen finns en bestämmelse om bevisbörda. Bestämmelsen kan sägas bestå av två led. Det första ledet innebär att den som anser sig ha blivit diskriminerad ska visa sådana faktiska omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad. När det gäller direkt diskriminering innebär detta att personen måste visa omständigheter som innebär att denne har missgynnats i förhållande till annan i en jämförbar situation. Det andra ledet i bestämmelsen innebär att om personen visar dessa omständigheter, är det motparten (svaranden) som ska visa att diskriminering inte har förekommit. För att denna övervältring av bevisbördan ska ske krävs alltså att den som anser sig utsatt för diskriminering först kan visa omständigheter som denne menar utgör diskriminering.

Bestämmelsen är alltså en så kallad presumptionsregel, vilket innebär att de omständigheter som käranden lyckas visa i det första ledet skapar en presumtion för att denne utsatts för diskriminering. Om käranden visar omständigheterna så går bevisbördan över på motparten. Vilka närmare omständigheter som är presummande får bestämmas vid rättstillämpningen i det enskilda fallet (se rättsfallet NJA 2006 s. 170).

När det gäller diskriminering genom bristande tillgänglighet ska den som gör gällande diskriminering visa dels att han eller hon har en funktionsnedsättning, dels omständigheter som innebär att han eller hon har missgynnats. Om dessa omständigheter visas är det motparten (svaranden) som måste visa att skäliga åtgärder har vidtagits för att den enskilde ska komma i en jämförbar situation med personer utan funktionsnedsättningen (se rättsfallet RH 2021:21).

**Frågan om vilka omständigheter som visats kring de fyra påstådda missgynnande
agerandena**

Det har gjorts gällande att Noa har missgynnats genom att förskolan

- inte har tillhandahållit honom en individuell vuxenresurs,
- inte har använt PECS,
- inte har genomfört funktionell lek, och
- inte har toalettränat honom.

I enlighet med tidigare redogörelse för rättsläget bedömer tingsrätten att käranden har bevisbördan för samtliga dessa omständigheter.

Tingsrätten konstaterar inledningsvis att det är ostridigt att förskolan inte har använt sig av PECS vid kommunikationen med Noa. Det är också ostridigt att förskolan inte har använt Autismcentrums metod för toaletträning.

När det gäller en individuell vuxenresurs står det visserligen klart att det inte har anställts en särskild person som under hela Noas dag på förskolan har ansvarat för honom. Av Emma Hammenstigs, Kristina Doréns och Pernilla Johanssons vittnesmål har dock framgått att det har funnits en extra personalresurs på förskoleavdelningen med anledning av Noas behov. Den extra resursen har för Noas räkning fördelats på främst Kristina Dorén och Pernilla Johansson. Det har framgått att ansvaret för Noa har delats upp mellan dem så att de ansvarat för honom varannan vecka. I de fall ingen av dem har varit närvarande har någon tredje person fördelats till Noa.

Beträffande funktionell lek har Noas föräldrar uppgett att Noa tränats kanske två pass om tjugominuter per dag, och högst tio timmar på en vecka. Enligt Henrik Bengtsson skedde dock ingen träning alls några månader i början av höstterminen 2021. Emma Hammenstig, Kristina Dorén och Pernilla Johansson har å sin sida berättat att förskolan har tillämpat funktionell lek i förhållande till Noa i stor omfattning på daglig basis.

När det gäller sakomständigheter som Noa har visat kan således först konstateras att förskolan inte har tillämpat PECS. Det kan vidare konstateras att förskolan inte har använt just den metod för toaletträning som Autismcentrum förespråkade. Det är också visat att förskolan inte har tillhandahållit en individuell vuxenresurs i den form som Noa menar krävs utan endast haft en extra personalresurs på förskolan på grund av Noas behov. Med utgångspunkt från dessa visade omständigheter får tingsrätten gå vidare att pröva om något missgynnande har skett.

Vad sedan gäller tillhandahållandet av funktionell lek går uppgifterna mellan de hörda personerna isär. Vittnesmålen från personalen vid förskolan innehåller dock sådana beskrivningar och redogörelser för de lekövningar man haft med Noa att det framstår som att funktionell lek i stor utsträckning ändå använts. Pernilla Johansson har exempelvis ingående berättat att Noa lärde sig bland annat att lägga enkla pussel, bygga med klossar, göra fart med gungan och åka rutschkana samt peka på bilder och visa vad han ville. Det är möjligt att föräldrarna inte upplevt detta eller med visst fog inte har varit nöjda med insatserna. Här måste dock uppgifterna från personalen som dagligen arbetat med Noa väga tungt.

Det innebär att det inte har visats att funktionell lek har uteblivit i förskolan. Eftersom de sakförhållanden som påstås utgöra diskriminering i detta avseende inte har påvisats saknas förutsättningar för tingsrätten att gå vidare med prövningen avseende funktionell lek.

Noa har inte utsatts för direkt diskriminering

Utifrån de omständigheter som visats i målet går nu tingsrätten vidare och prövar om tre av de ageranden som Noa pekat på inneburit något missgynnande.

Frågan är då om Noa har missgynnats genom att förskolan inte har tillämpat PECS, inte använt den metod för toaletträning som Autismcentrum förespråkade och inte tillhandahållit en särskilt anställd person som individuellt vuxenstöd. I enlighet med

vad tingsrätten tidigare har beskrivit är det käranden som har bevisbördan även för att han missgynnats.

Noas föräldrar har berättat att Noas utveckling på förskolan inledningsvis var positiv, men att den från december 2019 stannade av och gick bakåt. Enligt dem var det sjukdom hos förskolans personal samt personalbrist som ledde till att någon träning inte genomfördes. De har också berättat att Noa på sin nuvarande skola har 100 procents individuellt vuxenstöd i den form de anser är den rätta med en förste- och en andretränare, att PECS tillämpas och att den funktionella leken och kommunikationen har förbättrats avsevärt hos Noa.

Caroline Westerberg har berättat att Noas problematik var mycket påtaglig när han kom till Ikasus men att han utvecklats mycket positivt sedan dess. Mot bakgrund av den tid det tog för Noa att uppnå viss utveckling gör Caroline Westerberg bedömningen att han inte tidigare haft de färdigheter som han nu utvecklat. Barn som tidigare uppnått vissa färdigheter, men tappat dem, brukar enligt Caroline Westerberg återuppnå färdigheterna snabbare än som var fallet med Noa.

Föräldrarnas och Caroline Westerbergs uppgifter talar i viss mån för att avsaknaden av de aktuella insatserna har inneburit en nackdel för Noa. Samtidigt har det framkommit en rad uppgifter som med styrka talar i motsatt riktning.

Både Kristina Dorén och Pernilla Johansson har berättat att de tycker att de hade ett väldigt bra system kring Noa under hela den tid de jobbade med honom och att Noa hade en positiv utveckling. De har också lämnat tydliga exempel. Pernilla Johansson har som tidigare påpekats uppgett att Noa lärde sig bland annat att lägga enkla pussel, bygga med klossar, göra fart med gungan och åka rutschkana samt peka på bilder och visa vad han ville. Enligt Pernilla Johansson backade Noa dock lite i sin utveckling när han varit borta från förskolan längre tider. Även Emma Hammenstig har beskrivit att Noa gjorde framsteg på förskolan. Som exempel har nämnts att matsituationen blev bättre, att Noa kunde äta med sked, att han kissade på toaletten, att han kunde hjälpa

till med påklädnad och förstod att han kunde kommunicera med kompisar och vara delaktig i gruppsammanhang.

Simon Mattsson har beträffande PECS uppgett att han känner till positivt forskningsstöd för PECS men inte för TAKK samt att PECS var en lämpligare metod för kommunikation än TAKK för Noa eftersom Noa inte hade något tal och PECS ställer lägre krav på motorik. När det gäller individuell resurs har Simon Mattson dock inte kunnat bekräfta att Noas utveckling skulle ha blivit bättre med en individuell resurs i den form som Noas föräldrar menar att Noa behöver.

Lotta Öhman har beträffande toaletter träning uppgett att Noa kan behöva mer stöd än andra barn i detta avseende. Hon har dock inte kunnat uttala sig i frågan om Noa aldrig skulle lära sig att gå på toaletten utan stöd enligt Autismcentrums metod. Enligt henne skulle det dock kanske ta längre tid med en annan metod än Autismcentrums.

Lise Roll har berättat att utfallet av PECS beror på kvalitet och intensitet av insatsen, hur länge insatsen pågår, kvaliteten på av handledningen och motivationen hos utövarna samt att framstegen skiljer sig från barn till barn.

Av de uppgifter som framkommit i förhören kan tingsrätten visserligen konstatera att kommunen inte tillhandahållit Noa en individuell vuxenresurs i form av en enskild individ. Däremot har det tydligt framgått att kommunen förstärkte verksamheten med en personalresurs för Noas behov och att förskolan i huvudsak arbetade så att en resurs hela tiden skulle finnas tillgänglig för Noa. Det har vidare framkommit att kommunen valde att inte tillämpa PECS, vilket var den metod som Autismcenter rekommenderade. Uppgifterna från personalen på förskolan tyder på att den metod man valde i stället innebar vissa framsteg samtidigt som Simon Matssons och Lise Rolls uppgifter inte ger entydigt stöd för att PECS var den enda metoden i detta sammanhang. När det sedan gäller toaletter träning framgår tydligt av vittnesmålen från förskolepersonalen att träningen inte upphörde på det sätt som gjorts gällande från kändesidan utan att den

inte skedde på det sätt som Autismcenter förespråkade. Tingsrätten kan inte se att det visats särskilda brister i toaletterningen.

Mot denna bakgrund anser tingsrätten att det som vårdnadshavarna och Caroline Westerberg berättat inte är tillräckligt för att det kan anses visat att Noas utveckling skulle ha varit annorlunda om förskolan hade tillhandahållit de aktuella insatserna.

Samtidigt har Noa, till följd av sin funktionsnedsättning, inte haft samma möjligheter att tillgodogöra sig förskoleutbildningen som andra barn. Det är därför ytterst svårt att bedöma vad som i detta fall är en jämförbar situation med andra barn i den mening som avses i bestämmelsen om direkt diskriminering.

Tingsrätten anser därför att det inte har visats sådana omständigheter som innebär att Noa har missgynnats på ett sätt som ger anledning att anta att han blivit utsatt för direkt diskriminering till följd av att förskolan inte har tillämpat PECS, inte använt den metod för toaletterning som Autismcentrum förespråkade och inte tillhandahållit en särskilt anställd person som individuellt vuxenstöd. Slutsatsen blir därför att Noa alltså inte har utsatts för direkt diskriminering.

Noa har inte utsatts för diskriminering genom bristande tillgänglighet

Noa har vidare gjort gällande att han missgynnats genom att förskolan inte har vidtagit de åtgärder som är skäligen för att Noa ska komma i en jämförbar situation, vilket kommunen tillbakavisat.

Som tidigare nämnts ska bedömningen av om skäligen åtgärder vidtagits, eller underlåtit att vidtas, som huvudregel utgå från de krav som redan ställs i lagstiftning och föreskrifter om tillgänglighet.

Enligt 8 kap. 9 § skollagen gäller att barn som av fysiska, psykiska eller andra skäl behöver särskilt stöd i sin utveckling ska ges det stöd som deras speciella behov kräver. Om det genom uppgifter från förskolans personal, ett barn eller ett barns vårdnadshavare eller på annat sätt framkommer att ett barn är i behov av särskilt stöd,

ska rektorn se till att barnet ges sådant stöd. Barnets vårdnadshavare ska ges möjlighet att delta vid utformningen av de särskilda stödinsatserna.

Det finns ingen definition av begreppet behov av särskilt stöd i lagen. Bestämmelsen om särskilt stöd i förskolan innebär att barn ska ges särskilt stöd på det sätt och i den omfattning som behövs för att barnet ska ha möjlighet att utvecklas och lära enligt läroplanen. För många barn är en generellt god kvalitet det viktigaste. För andra kan det vara nödvändigt med särskilda stödinsatser som komplement. Stödet kan ges som personalförstärkning, antingen till barngruppen generellt eller till det enskilda barnet, eller i form av konsultation och handledning till personalen. Minskning av antalet barn i barngruppen eller anpassning av lokalerna kan vara andra stödformer. Insatser ska göras efter en bedömning i varje enskilt fall av vilken insats som är mest lämplig (prop. 2009/10:165 s. 349 f.).

Bestämmelsen om särskilt stöd tar alltså sikte på att ett barn i förskola ska få tillräckligt stöd för att kunna tillgodogöra sig utbildningen så långt som möjligt utifrån sin funktionsnedsättning.

Som tidigare nämnts har förskolan gett Noa stöd i form av en hundra procentig resurs till barngruppen, vilket inneburit att det hela tiden funnits någon person som ansvarat för Noa. Förskolan har vidare tränat Noa i funktionell lek, toaletträning honom enligt sin egen metod samt använt metoden TAKK i kombination med bildstöd för att utveckla Noas kommunikationsförmåga. Stödet har getts med beaktande av och utifrån de pedagogiska kartläggningar och den handlingsplan som förskolan har upprättat.

Kommunen har framhållit att stödet till Noa har getts med utgångspunkt i att han så långt som möjligt ska kunna tillgodogöra sig alla delar av förskoleutbildningen. Enligt kommunen innebär det att han även ska kunna tillgodogöra sig de delar av förskoleutbildningen som är kopplade till de särskilda stödinsatser som Noa menar att han inte har fått. Emma Hammenstig och Pernilla Johansson har i detta avseende hävdade att den metod för toaletträning som Autismcentrum förespråkade inkräktade på Noas rätt till

självbestämmande som är viktig inom förskolan eftersom metoden innebar att han hela tiden avbröts i sina aktiviteter till förmån för toaletträningen.

Enligt tingsrättens bedömning saknas stöd för att Noas möjligheter att tillgodogöra sig förskoleutbildningen skulle ha förbättrats om förskolan hade använt sig av PECS, toalettränat honom enligt Autismcentrums metod eller anställt en enda utpekad särskild person som individuellt vuxenstöd. Det framstår tvärtom som om förskolan har vidtagit skäliga åtgärder för tillgänglighet avseende Noa. Tingsrättens bedömning i detta avseende stöds också av Skolinspektionens beslut från mars 2021 avseende förskolans särskilda stöd till Noa under en stor del av läsåret 2020/21. Inspektionen gör bedömningen att förskolan inte har brutit mot bestämmelserna om barns rätt till särskilt stöd i förskolan.

Enligt tingsrättens mening innebär detta att det inte heller visats sådana omständigheter som innebär att Noa har missgynnats på ett sätt som ger anledning att anta att han blivit utsatt för diskriminering genom bristande tillgänglighet.

Förskolan har inte brutit mot bestämmelserna i vare sig Europakonventionen eller barnkonventionen

Av artikel 2 i Europakonventionen framgår att ingen får förvägras rätten till undervisning. Av artikel 14 följer att denna rättighet ska säkerställas utan diskriminering på någon grund. Enligt 3 kap. 4 § skadeståndslagen ska en kommun ersätta ideell skada som uppkommit till följd av den skadelidandes grundläggande fri- och rättigheter enligt Europakonventionen har överträtts från kommunens sida.

Även av barnkonventionen framgår att alla barn har rätt till utbildning och att denna rätt ska respekteras utan åtskillnad, oavsett exempelvis funktionsnedsättning. Det saknas bestämmelser om rätt till skadestånd för en kommuns överträdelse av barnkonventionen.

Tingsrätten bedömer att det saknas stöd för att Noa har vägrats sådan rätt till undervisning som garanteras i tilläggsprotokoll till Europakonventionen och i barnkonventionen. Han har därmed inte diskriminerats enligt vare sig Europakonventionen eller barnkonventionen. I fråga om barnkonventionen vill tingsrätten tillägga att skadeståndsskyldighet i sig inte kan grundas på enbart denna på samma sätt som gäller för brott mot Europakonventionen.

Slutsatser

När det gäller talan enligt diskrimineringslagen är tingsrättens slutsats att käranden inte har visat sådana omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering har skett. Det betyder att bevisbördan för att diskriminering inte har skett i detta fall aldrig har gått över till svaranden.

Tingsrätten anser vidare att det saknas förutsättningar för ersättning enligt Europakonventionen och barnkonventionen.

Käromålet ska därför avslås.

Vardera parten ska stå för sin rättegångskostnad

Tingsrättens bedömningar innebär att käromålet avslås. Enligt huvudregeln i 18 kap. 1 § rättegångsbalken ska käranden därmed ersätta kommunen för rättegångskostnader. Käranden har emellertid begärt att vardera parten, enligt 6 kap. 7 § diskrimineringslagen, ska stå för sin rättegångskostnad.

En förutsättning för att den aktuella bestämmelsen ska tillämpas är enligt dess ordalydelse att den part som har förlorat målet hade skälig anledning att få tvisten prövad. Bakgrunden till bestämmelsen är att en strikt tillämpning av rättegångsbalkens huvudregel riskerar att medföra att den som anser sig ha blivit diskriminerad avstår från att väcka talan på grund av den ekonomiska risken. Det kan leda till att tvister där en talan vore befogad aldrig blir föremål för domstolsprövning. Därutöver kan även i sådana fall när den som anser sig ha blivit diskriminerad förlorar målet han eller hon ha haft

skälig anledning att få tvisten prövad. Målets utgång kan exempelvis ha berott på att rättsläget eller bevisläget varit svårbedömt (prop. 2007/08:95 s. 461).

Praxis i fråga om diskriminering genom bristande tillgänglighet är begränsad. Beträffande förskoleverksamhet saknas nästan helt sådan praxis. Mot den bakgrunden anser tingsrätten att käranden haft skälig anledning att få tvisten prövad. Parterna ska därför bära sina egna kostnader.

Sekretess ska fortsätta gälla för vissa uppgifter

Av 36 kap. 4 § offentlighets- och sekretesslagen följer att sekretess gäller hos domstol för uppgift om en enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden, om det kan antas att den enskilde eller någon närstående till denne lider avsevärd skada eller betydande men om uppgiften röjs och uppgiften lämnas ut.

Vid huvudförhandling bakom stängda dörrar har det lagts fram uppgifter som enligt tingsrättens bedömning är sådana att de omfattas av ovan nämnd bestämmelse. Sekretessen ska därför bestå.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (TR-02)

Ett överklagande ställs till Svea hovrätt, men ges in till tingsrätten senast den 20 december 2023. Prövningstillstånd krävs.

Anders Dereborg

Malin Stensbäck

Karin Söderström



Hur man överklagar

Dom i tvistemål, tingsrätt

TR-02

Vill du att domen ska ändras i någon del kan du överklaga. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Ditt överklagande ska ha kommit in till domstolen inom 3 veckor från domens datum. Sista datum för överklagande finns på sista sidan i domen.

Överklaga efter att motparten överklagat

Om ena parten har överklagat i rätt tid, har den andra parten också rätt att överklaga även om tiden har gått ut. Det kallas att anslutningsöverklaga.

En part kan anslutningsöverklaga inom en extra vecka från det att överklagandetiden har gått ut. Ett anslutningsöverklagande måste alltså komma in inom 4 veckor från domens datum.

Ett anslutningsöverklagande upphör att gälla om det första överklagandet dras tillbaka eller av något annat skäl inte går vidare.

Så här gör du

1. Skriv tingsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför du tycker att domen ska ändras. Tala om vilken ändring du vill ha och varför du tycker att hovrätten ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.

Det är inte säkert att du kan lägga fram nya bevis. Vill du göra det ska du förklara varför du inte lagt fram bevisen tidigare.

Vill du ha nya förhör med någon som redan förhörts eller en ny syn (till exempel besök på en plats), ska du berätta det och förklara varför.

Tala också om ifall du vill att motparten ska komma personligen vid en huvudförhandling.

4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå dig: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skriv under överklagandet själv eller låt ditt ombud göra det.
6. Skicka eller lämna in överklagandet till tingsrätten. Du hittar adressen i domen.

Vad händer sedan?

Tingsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att domen gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar tingsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till hovrätten.

Har du tidigare fått brev genom förenklad delgivning, kan även hovrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i hovrätten

När överklagandet kommer in till hovrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Hovrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att tingsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om tingsrätten har dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller den överklagade domen. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt du vill föra fram.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med tingsrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i domen.

Mer information finns på www.domstol.se.