

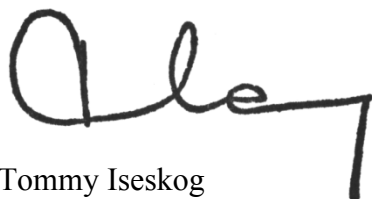
# aktuell arbetsrätt

MÅNADSRAPPORT JUNI 2018

junirapporten innehåller följande domar

- AD 2018 nr 39, som handlar om avskedande vid förtroendeförbrukande handling, s 1
- AD 2018 nr 41, som handlar om uppsägning på grund av arbetsbrist och tillräckliga kvalifikationer vid omplacering och turordning, s 11
- AD 2018 nr 42, som handlar om direkt eller indirekt diskriminering på grund av funktionsnedsättning, s 23

De Bästa Hälsningar



Tommy Iseskog



## Domar från Arbetsdomstolen juni 2018

### 1. AD 2018 nr 39

Fallet, som handlar om avskedande vid förtroendeförbrukande handling, refereras ingående på vita blad.

### 2. AD 2018 nr 40

Tredskodom

### 3. AD 2018 nr 41

Fallet, som handlar om uppsägning på grund av arbetsbrist och tillräckliga kvalifikationer vid omplacering och turordning, refereras ingående på vita blad.

### 4. AD 2018 nr 42

Fallet, som handlar om direkt eller indirekt diskriminering på grund av funktionsnedsättning, refereras ingående på vita blad.

### 5. AD 2018 nr 43

Tredskodom

### 6. AD 2018 nr 44

Förlikning



ARBETSDOMSTOLEN

DOM  
2018-06-13  
Stockholm

Dom nr 39/18  
Mål nr A 74/17

**KÄRANDE**

Handelsanställdas förbund, Box 1146, 111 81 Stockholm  
Ombud: förbundsjuristen Maria Fridolin, LO-TCO Rättsskydd AB,  
Box 1155, 111 81 Stockholm

**SVARANDE**

1. Arbetsgivarföreningen KFO, Box 16355, 103 26 Stockholm  
2. Coop Norrbotten ekonomisk förening, 797000-0944, Box 858,  
971 26 Luleå  
Ombud för båda: chefsjuristen Sven Rosqvist, Athene  
Arbetsgivar-service AB, Box 16355, 103 26 Stockholm

**SAKEN**

skadestånd på grund av avskedande

---

**Bakgrund**

Mellan Arbetsgivarföreningen KFO (KFO) och Handelsanställdas förbund (Handels) gäller kollektivavtal. Coop Norrbotten ekonomisk förening (Coop) är medlem i KFO. Håkan Andersson är medlem i Handels.

Håkan Andersson var anställd hos Coop sedan 1992 och arbetade på Coop Forum Storheden. Han avskedades den 13 oktober 2016.

Avskedandet skedde med anledning av att Håkan Andersson vid tre tillfällen under 2016 via arbetet hade kontakter med leverantörer angående material till ett garagebygge på hans privata fastighet. Arbetsgivarparterna menar att Håkan Andersson genom sitt agerande vid dessa tillfällen grovt åsidosatt sina åligganden i anställningen. Handels har bestritt att så är fallet.

**Yrkanden m.m.**

Handels har i första hand yrkat att Arbetsdomstolen ska

1. förplikta Coop att till Håkan Andersson betala allmänt skadestånd med 200 000 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämning (den 14 juni 2017) till dess betalning sker, och

2. ekonomiskt skadestånd med 15 793 kr avseende perioden den 13 oktober till och med den 31 oktober 2016, med 25 283 kr per månad från och med den 1 november 2016 till och med den 31 mars 2017 samt med 25 344 kr per månad från och med den 1 april 2017 till och med den 31 januari 2018, jämte ränta enligt 6 § räntelagen på månadsvis förfallande belopp den 25:e i varje månad med början från den 25 november 2016, allt till dess betalning sker.

För det fall Arbetsdomstolen skulle finna att det inte funnits laga grund för avskedande, men väl saklig grund för uppsägning, har Handels i andra hand yrkat att Arbetsdomstolen ska förplikta Coop att till Håkan Andersson betala

1. allmänt skadestånd med 100 000 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämning till dess betalning sker, och

2. ekonomiskt skadestånd med 153 345 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen

- på 15 793 kr från den 25 november 2016,

- på 25 283 kr från den 25 december 2016,

- på 25 283 kr från den 25 januari 2017,

- på 25 283 kr från den 25 februari 2017,

- på 25 283 kr från den 25 mars 2017,

- på 25 283 kr från den 25 april 2017, och

- på 10 832 kr från den 25 maj 2017, allt till dess betalning sker.

Arbetsgivarparterna har bestritt yrkandena. De av Handels yrkade beloppen avseende ekonomiskt skadestånd har vitsordats som skäligen i och för sig. Beräkningen av räntan har vitsordats.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

### **Domskäl**

*Vilka omständigheter får arbetsgivarparterna åberopa som grund för avskedandet?*

Såvitt avser det tredje tillfället – beställningen av två carportar – har arbetsgivarparterna bl.a. gjort gällande att Coop i denna del lidit skada genom en latent förlust på så sätt att Coop har en carport som aldrig skulle ha beställts och som Coop inte har kunnat sälja.

Handels har invänt att påståendet om en latent förlust är en omständighet som enligt 19 § anställningsskyddslagen inte får åberopas i målet, då den åberopats som grund för avskedandet först i Arbetsdomstolen.

Enligt 19 § andra stycket anställningsskyddslagen har en avskedad arbetstare rätt att på begäran få ett skriftligt besked om grunden för avskedandet. De uppgifter som en arbetsgivare lämnar i ett sådant besked får i princip den verkan att andra omständigheter än de uppgivna inte med framgång kan åberopas vid domstol.

Samma verkan inträder i allmänhet om arbetsgivaren vid en tvisteförhandling preciserar skälen för avskedandet. Arbetsgivaren kan dock åberopa även andra omständigheter än de som angivits om de ligger i linje med vad som angivits som grund för avskedandet eller uppsägningen. Däremot kan arbetsgivaren i princip inte åberopa en helt annan grund än den som angivits i beskedet. Se t.ex. AD 2008 nr 91 och AD 1980 nr 42.

Arbetsgivarparterna har uppgett att Håkan Andersson varken begärt eller fått någon skriftlig motivering till avskedandet. Uppgiften har inte ifrågasatts. Det finns inga uppgifter om vad som sagts vid de tvisteförhandlingar som hållits. Även om Coop vid förhandling preciserat skälen för avskedandet, ligger påståendet om en latent förlust genom att Coop har en carport som aldrig skulle ha beställts och som Coop inte har kunnat sälja, i linje med den redan angivna grunden för avskedandet. Arbetsgivarparterna är därmed inte förhindrade att åberopa påståendet.

*Coops regler för personalinköp m.m.*

Av utredningen framgår följande.

I början av 2016 blev Coop byggmarknad Bolist. I samband härmed ändrades sortimentet i många avseenden. Bolist har knappt 300 godkända leverantörer.

För de varor som ingår i Coops/Bolists reguljära sortiment finns ett bestämt försäljningspris. Det är tillåtet att till varuhuset beställa andra varor än de som ingår i det reguljära sortimentet. Beställningarna ska då göras från godkända leverantörer. För varor som inte ingår i det reguljära sortimentet ska ett försäljningspris till kund bestämmas. Normalt görs ett påslag med 60 procent på Coops inköpspris. Beställningar av varor utanför det reguljära sortimentet och prissättningen av dessa görs normalt av avdelningschefer. Det har inte ingått i Håkan Anderssons arbetsuppgifter att göra beställningar på Bolist (byggavdelningen), i vart fall inte utanför det reguljära sortimentet.

Coop har interna regler för personalinköp som bl.a. anger att de anställda inte får handla varor under arbetstid, att varor alltid ska betalas innan den anställda lämnar enheten för dagen och att vid personalköp gäller alltid kontant betalning. Såvitt särskilt avser byggavdelningen får anställda endast ta

beslut om prisreduceringar på varor med max 50 kr. Beslut om prissänkning/rabatter över 50 kr ska tas av avdelningschef eller delegerad.

Personalen betalar vid köp det gällande försäljningspriset, med åtta procents personalrabatt. En dag i veckan – på tisdagar – är det dessutom fem procents medlemsrabatt utöver personalrabatten.

Håkan Andersson har skrivit under en bilaga till anställningsavtalet där det bl.a. anges att han ska betala alla varor innan han lämnar enheten för dagen.

Vidare måste Håkan Andersson, som varit anställd hos Coop sedan 1992, ha varit införstådd med att Coop tillämpar ett visst påslag på inköpspriset och att rabatter – vid sidan om sedvanlig personal- och medlemsrabatt – ska förankras hos överordnad. Det måste också ha stått klart för honom att han inte utan tillstånd från överordnad fick till sig själv beställa varor som inte ingår i det reguljära sortimentet och heller inte bestämma försäljningspriset för dessa varor. Detta gäller även om det inte är helt klarlagt att Håkan Andersson tagit del av de skriftliga rutiner som särskilt gällde för byggavdelningen.

### *Håkan Anderssons agerande*

Utredningen visar följande.

Under perioden mars till augusti 2016 hade Håkan Andersson kontakt med tre leverantörer rörande byggmaterial som han behövde till ett privat garagebygge. I samtliga fall var det fråga om varor som Coop inte hade på lager och som inte ingick i det reguljära sortimentet. Varorna var i och för sig sådana som fick beställas från de tre aktuella leverantörerna, men sådana beställningar krävde chefens godkännande. Det fanns inga i förväg bestämda försäljningspriser till kund för de aktuella varorna.

Håkan Anderssons kontakter ledde till att Coop mottog leveranser av isoleringsprodukter, isolering och en carport. Håkan Andersson köpte isoleringsprodukterna och isoleringen till priser som understeg Coops inköpspriser.

### Det första tillfället

Följande är ostridigt eller framgår av utredningen.

Den 24 mars 2016 beställde Håkan Andersson isoleringsprodukter från BEWi, som var en av Bolist godkänd leverantör. Håkan Andersson hade inte gjort någon liknande beställning tidigare. Varorna levererades till butiken i maj 2016. Håkan Andersson transporterade hem isoleringsprodukterna innan han hade betalat för dem. När betalning sedan skedde visade Håkan Andersson upp orderbekräftelsen i kassan. Håkan Andersson betalade inköpspriset, dvs. det pris som BEWi fakturerat Coop, och fick därutöver sedvanlig personal- och medlemsrabatt. Ett visst avdrag gjordes även för tre lastpallar, eftersom de var returgods.



Handels har gjort gällande att Håkan Anderssons chef, Patrik Uusitalo, använt honom den aktuella leverantören, gett honom tillstånd att beställa varorna samt att betala det pris som framgick på orderbekräftelsen.

Arbetsgivarparterna har tillbakavisat samtliga dessa uppgifter.

Håkan Andersson har berättat bl.a. följande. Patrik Uusitalo skrev ut BEWi:s sortimentlista till honom. Han var osäker på Bolists nya beställningsförfarande och Patrik Uusitalo hade inte tid att hjälpa honom med beställningen.

Denne sa att han kunde mejla till leverantören, vilket han gjorde. Efter att leverans skett visste han inte hur och vad han skulle betala. Betalningen drog ut på tiden eftersom det dröjde innan han fick tag på Patrik Uusitalo. När de väl talades vid sa Patrik Uusitalo till honom att betala det pris som framgick av orderbekräftelsen.

Patrik Uusitalo har berättat följande. Han har inte talat med Håkan Andersson om dennes beställning av isoleringsprodukter från BEWi. I samband med en säljtävling tog han fram en lista över vilka leverantörer Bolist arbetade med, men han har inte gett Håkan Andersson några instruktioner kring BEWi. Patrik Uusitalo fick kännedom om beställningen från BEWi först efter semestern 2016 när han blev uppkallad till säkerhetschefen. Han kände inte till att BEWi var leverantör till Bolist.

Arbetsdomstolen gör följande bedömning.

Arbetsdomstolen kan konstatera att Håkan Anderssons och Patrik Uusitalos uppgifter går isär. De uppgifter som Håkan Andersson lämnat om att Patrik Uusitalo skulle ha hjälpt honom att skriva ut en sortimentlista är förhållandevis vaga. Vidare framstår det som mindre troligt att Håkan Andersson – som han själv uppgivit – skulle ha beställt isoleringsprodukterna från BEWi utan att ha kommit överens med Coop om vilket pris han skulle betala. Att Patrik Uusitalo sedan skulle ha gått med på att Håkan Andersson betalade inköpspriset med avdrag för personal- och medlemsrabatt framstår som mycket långsökt, särskilt som något skriftlig underlag inte upprättades. Utöver Håkan Anderssons egna uppgifter finns det inget som talar för att hans beställning och personalinköp av isoleringsprodukterna skett i enlighet med överenskommelse med Patrik Uusitalo.

Arbetsdomstolens slutsats är därför att Håkan Andersson, utan överenskommelse med sin chef, beställt isoleringsprodukter från BEWi som han låtit Coop betala, att han tagit hem dem utan att först betala Coop och att han senare betalat inköpspris för varorna med avdrag för personal- och medlemsrabatt.

Det andra tillfället

Följande är ostridigt eller framgår av utredningen.

Den 21 maj 2016 skickade Håkan Andersson från sin arbetsmejl ett meddelande till Isover. I ämnesraden skrev han ”Isoleringspris?” och i den efterföljande löptexten angavs vilken typ av och mängd isolering han behövde. Den 26 maj 2016 skickade Isover ett ordererkännande med leveransdag den 31 maj 2016 och med Håkan Andersson som referens. Ordererkännandet skickades till Håkan Andersson. Efter att leverans skett var Håkan Andersson i kontakt med Patrik Uusitalo och uppgav att han endast hade gjort en prisförfrågan avseende isoleringen. Någon gång under första halvan av juni 2016 transporterade Håkan Andersson hem isoleringen. Den 21 juni 2016 betalade Håkan Anderssons fru 10 000 kr för isoleringen å hans vägnar.

Handels har gjort gällande att det var fråga om en felleverans som Patrik Uusitalo rätteligen skulle ha hanterat, men att Patrik Uusitalo och Håkan Andersson sedan kom överens om att Håkan Andersson skulle få köpa isoleringen – som blivit fuktskadad – för 10 000 kr. Vidare menar Handels att Patrik Uusitalo gett Håkan Andersson tillåtelse att transportera hem isoleringen innan betalning erlagts.

Arbetsgivarparterna har tillbakavisat samtliga dessa uppgifter.

Håkan Andersson har berättat bl.a. följande. Efter att han skickat en prisförfrågan till Isover fick han besked om ett ungefärligt pris. Han insåg att isoleringen skulle bli för dyr och lade ner tanken på att köpa varorna genom Coop. När han en tid senare lossade en leverans med isolering blev han fundersam, eftersom det såg ut att vara den isolering som han efterfrågat priset på. Efter avslutad lossning såg han att han fått ytterligare ett mejl från Isover som innehöll ett ordererkännande. Vid kontakt med Patrik Uusitalo höll denne med honom om att det första mejlet bara var en prisförfrågan. En tid senare frågade Patrik Uusitalo om Håkan Andersson ville köpa isoleringen. Patrik Uusitalo, som erbjöd ett pris på 10 000 kr, sa att han inte skulle gå med förlust på affären.

Patrik Uusitalo har berättat följande. Håkan Andersson visade honom mejlet som denne skickat till Isover. Patrik Uusitalo betraktade det som att Coop beställt varorna. Han erbjöd Håkan Andersson att köpa isoleringen förutsatt att Coop inte förlorade på affären. Enligt Patrik Uusitalo kom de dock aldrig fram till något pris. Om så hade varit fallet, skulle det ha funnits en s.k. nota, dvs. ett skriftligt underlag för försäljningen.

Arbetsdomstolen gör följande bedömning.

Det finns enligt Arbetsdomstolens mening inte skäl att ifrågasätta Håkan Anderssons uppgift att hans mejl till Isover var avsett som en prisförfrågan och inte en beställning. När Coop, genom Håkan Andersson, mottog en orderbekräftelse från Isover ligger det nära till hands att anse att Coop skulle ge till känna att man inte önskade leveransen, för att undgå att bli skyldigt att betala (jfr 9 § avtalslagen). Mot bakgrund av att det var Håkan Andersson som i privat syfte skickade mejl som föranlett Isover att skicka

en orderbekräftelse, borde han ha sett till att Coop inte blev bundet av avtalet. Detta särskilt som orderbekräftelsen skickats till honom. I sammanhanget noterar Arbetsdomstolen även att Håkan Anderssons uppgift om att han först efter lossning öppnade mejlet med ordererkännandet framstår som något egendomlig, särskilt med beaktande av att han själv berättat att han efter sin prisförfrågan, men tydligen innan han tog del av orderbekräftelsen, fått besked om priset. Att han för Patrik Uusitalo påtalat att det skett en felleverans är enligt Arbetsdomstolens mening otillräckligt. För detta förtjänar han viss kritik.

Mot bakgrund av förhören med Lisa Andersson och Urban Andersson sätter Arbetsdomstolen tilltro till uppgiften att isoleringen blev vattenskadad under den tid den låg på Coops gård.

När det gäller frågan om Patrik Uusitalo och Håkan Andersson kommit överens om att Håkan Andersson skulle få köpa isoleringen för 10 000 kr står ord mot ord. De är överens om att frågan diskuterades dem emellan. Arbetsdomstolen sätter även tilltro till uppgiften att beloppet 10 000 kr har nämnts. Det framstår dock som i hög grad osannolikt att en överenskommelse om ett personalköp för ett så betydande belopp skulle ha träffats utan att något skriftligt underlag upprättats. Enligt Arbetsdomstolens mening kan det svårligen tänkas att Håkan Andersson, med sin långa anställningstid, skulle ha trott att en bindande överenskommelse kommit till stånd utan att något skriftligt underlag upprättats.

Arbetsdomstolens slutsats är att Håkan Andersson utan överenskommelse med sin chef tog hem isoleringen och först därefter betalade 10 000 kr för isoleringen, vilket han ansett var ett skäligt vederlag för isoleringen i skadat skick.

### Det tredje tillfället

Följande är ostridigt eller framgår av utredningen. Den 9 augusti 2016 beställde Håkan Andersson två garageportar från Inwido, som är en sällanleverantör till Coop. Garageportarna ingår inte i Bolists reguljära sortiment, och Coop har inget fast försäljningspris för dem. Håkan Andersson avbeställde sedan den ena garageporten. Till följd av avbeställningen fakturerades Coop en avbeställningsavgift om 875 kr. Den andra garageporten levererades till Coop den 20 september 2016. Coop har betalat 14 344 kr inklusive moms för porten. Den är fortfarande osåld.

Handels har gjort gällande att Håkan Andersson endast agerat på det sätt som hans chef instruerat honom att göra.

Arbetsgivarparterna har tillbakavisat detta påstående.

Håkan Andersson har berättat bl.a. följande. Han gjorde beställningen hemifrån. Dessförinnan hade han inte frågat Patrik Uusitalo hur han skulle gå tillväga för att beställa garageportar. Han tänkte dock att det var likadant som med de andra sällanleverantörerna. Han hittade en prislista på nätet. En likalydande prislista var även tillgänglig elektroniskt på byggkontoret.

Arbetsdomstolen gör följande bedömning.

Håkan Andersson har själv berättat att han beställde garageportarna utan att ha talat med Patrik Uusitalo om saken. Håkan Andersson har uppenbarligen inte fått någon uttrycklig instruktion från sin chef. Utredningen ger inte heller stöd för att det skulle vara fråga om några underförstådda direktiv.

Enligt Arbetsdomstolens mening saknas det anledning att ifrågasätta Håkan Anderssons uppgift om att han hittat en katalog med listpriser. Han har dock inte undersökt om Coop tillämpade samma prissättning som utgivaren av katalogen.

Mot denna bakgrund framstår det som att Håkan Andersson beställt garageportarna utifrån en spekulation om priset. Hans agerande resulterade i att Coop har en osåld garageport som aldrig skulle ha beställts. Vidare ledde Håkan Anderssons avbeställning av den ena garageporten till att Coop belastades med en kostnad om 875 kr.

*Har Coop haft rätt att avskeda Håkan Andersson?*

Enligt 18 § anställningsskyddslagen får en arbetstagare avskedas om denne grovt åsidosatt sina åligganden mot arbetsgivaren. Därmed avses sådant avsiktligt eller grovt vårdslöst förfarande som inte rimligen ska behöva tålas i något anställningsförhållande.

Arbetsdomstolen har ovan funnit att Håkan Andersson, utan tillåtelse, vid två tillfällen beställt varor till sig. Vid det ena tillfället har han – utan att någon överenskommelse träffats – betalat ett pris som understeg inköpspriset. Vid det andra tillfället har hans agerande medfört att Coop behövt betala dels en avbeställningsavgift, dels betala för en garageport som Coop inte kunnat sälja. Vid ett annat tillfälle har Håkan Anderssons agerande medfört att Coop köpt isolering som föreningen inte haft någon avsättning för. Han har vidare – utan att någon överenskommelse träffats – tagit hem isoleringen och först därefter betalat det pris han ansett skäligt.

Enligt Arbetsdomstolens mening är det av stor vikt att anställda i affärer följer en arbetsgivares regler om personalinköp. Håkan Anderssons agerande har inneburit att han vid flera tillfällen gynnat sig själv på ekonomisk bekostnad av Coop. Enligt Arbetsdomstolens mening utgör Håkan Anderssons agerande ett så grovt åsidosättande av hans åligganden mot sin arbetsgivare att det funnits skäl för avskedande. Handels talan ska därför avslås.

*Rättegångskostnader*

Med hänsyn till utgången i målet ska Handels förpliktas att ersätta arbetsgivarparterna för deras rättegångskostnader. Den yrkade ersättningen är skälig.

**Domslut**

1. Arbetsdomstolen avslår Handelsanställdas förbunds talan.
2. Handelsanställdas förbund ska ersätta Arbetsgivarföreningen KFO och Coop Norrbotten ekonomisk förening för deras rättegångskostnader med 199 175 kr, varav 174 000 kr avser ombudsarvode, med ränta enligt 6 § räntelagen på det förstnämnda beloppet från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Jonas Malmberg, Dag Ekman, Kerstin G Andersson, Claes Frankhammar, Johanna Torstensson, Anna Ryding och Elisabeth Mohlkert.  
Enhälligt.

Rättssekreterare: Hannah Edström

**juni 18 s 10**

**AD 2018 nr 39**

ARBETSDOMSTOLEN

DOM  
2018-06-20  
Stockholm

Dom nr 41/18  
Mål nr A 78/17

KÄRANDE

Svenska Journalistförbundet, Box 1116, 111 81 Stockholm  
Ombud: förbundsjuristen Maria Fridolin, LO-TCO Rättsskydd, Box 1155,  
111 81 Stockholm

SVARANDE

1. Medieföretagen, Box 55545, 102 04 Stockholm  
2. Östgöta Media AB, 556663-3045, c/o Norrköpings Tidningar,  
601 83 Norrköping  
Ombud för båda: arbetsrättsjuristen Roine Johansson, Almega, Box 55545,  
102 04 Stockholm

SAKEN

skadestånd på grund av uppsägning

---

**Bakgrund**

Mellan parterna gäller kollektivavtal.

M.S. är medlem i Svenska Journalistförbundet (Journalistförbundet). Han anställdes 1983 som pressfotograf hos Östgöta Media AB (Östgöta Media), som då hette Norrköpings Tidningar AB. M.S. studerade journalistik vid Göteborgs universitet under perioden januari 1987–januari 1989 och var då tjänstledig.

Under 2016 genomförde Östgöta Media en omorganisation som medförde att personalstyrkan minskades. Bland annat avvecklades i princip den s.k. bildbyrån, där M.S. arbetade.

Den 1 december 2016 sades M.S. upp på grund av arbetsbrist, med 14 månaders uppsägningstid. Han var arbetsbefriad under uppsägningstiden.

Parterna är oense om uppsägningen var sakligt grundad samt, för det fall så skulle vara fallet, om Östgöta Media genom uppsägningen gjort sig skyldigt till turordningsbrott. Tvisten gäller främst om M.S. haft tillräckliga kvalifikationer för ett antal befattningar som antingen varit lediga eller innehafts av arbetstagare med kortare arbetstid än M.S.

**Yrkanden**

Journalistförbundet har yrkat att Arbetsdomstolen ska förplikta Östgöta Media att till M.S. betala allmänt skadestånd med i första hand 150 000 kr för brott mot 7 § anställningsskyddslagen och i andra hand, om uppsägningen skulle anses ha varit sakligt grundad, med 125 000 kr för brott mot 22 § anställningsskyddslagen, med ränta enligt 6 § räntelagen från den 16 juni 2017 (dag för delgivning av stämning) till dess betalning sker.

Journalistförbundet har vidare yrkat att Arbetsdomstolen ska förplikta Östgöta Media att till M.S. betala ekonomiskt skadestånd enligt följande.

1. I första hand

a) avseende lön, ob-ersättning och, i förekommande fall lönetillägg, för perioden februari 2018 med 34 563 kr (webb) alternativt; 33 727 kr (online) alternativt; 34 492 kr (video) alternativt; 35 608 kr (familjeredaktör), jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 25 februari 2018 till dess betalning sker;

b) avseende lön, ob-ersättning och, i förekommande fall lönetillägg, för perioden den 1 mars 2018 t.o.m. den 12 mars 2018 med 13 636 kr (webb) alternativt; 13 306 kr (online) alternativt; 13 608 kr (video) alternativt; 14 048 kr (familjeredaktör), jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 25 mars 2018 fram till dess betalning sker.

c) avseende semesterersättning för perioden den 1 februari t.o.m. den 12 mars 2018 med 7 440 kr (webb, online eller video) alternativt; 7 691 kr (familjeredaktör), jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 25 mars 2018 fram till dess betalning sker.

2. I andra hand

a) avseende lön, ob-ersättning och, i förekommande fall lönetillägg, för perioden februari 2018 med 31 955 kr (webb) alternativt; 31 119 kr (online) alternativt; 31 884 kr (video) alternativt; 33 000 kr (familjeredaktör), jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 25 februari 2018 fram till dess betalning sker.

b) avseende lön, ob-ersättning och, i förekommande fall lönetillägg, för perioden den 1 mars t.o.m. den 12 mars 2018 med 12 607 kr (webb) alternativt; 12 277 kr (online) alternativt; 12 579 kr (video) alternativt; 13 019 kr (familjeredaktör), jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 25 mars fram till dess betalning sker.

c) avseende semesterersättning för perioden den 1 februari t.o.m. den 12 mars 2018 med 6 876 kr (webb, online och video) alternativt; 7 128 kr (familjeredaktör), jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 25 mars 2018 fram till dess betalning sker.



Arbetsgivarparterna har bestritt käromålet. Inga belopp avseende allmänt skadestånd har vitsordats såsom skäliga i och för sig men däremot sättet att beräkna ränta. Beträffande det ekonomiska skadeståndet har arbetsgivarparterna vitsordat en månadslön med 28 000 kr per månad.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

### **Domskäl**

#### *Twisten*

Östgöta Media har efter en omorganisation sagt upp M.S. på grund av arbetsbrist. Twisten gäller om Östgöta Media brutit mot 7 § andra stycket anställningsskyddslagen genom att inte erbjuda M.S. arbete som onlinereporter eller webbredaktör eller, för det fall uppsägningen skulle anses sakligt grundad, om Östgöta Media brutit mot 22 § anställningsskyddslagen genom att inte erbjuda M.S. någon av 39 angivna befattningar vars arbete utfördes av arbetstagare med kortare anställningstid än M.S.

En förutsättning för att Journalistförbundets talan ska vinna bifall är att M.S. har tillräckliga kvalifikationer för någon av de ovan angivna befattningarna. Arbetsdomstolen prövar därför denna fråga först. För det fall Arbetsdomstolen finner att M.S. har tillräckliga kvalifikationer för någon eller några av befattningarna kommer domstolen att pröva om Östgöta Media genom att inte erbjuda M.S. den eller dessa har brutit mot anställningsskyddslagen på sätt som har gjorts gällande av Journalistförbundet och om Östgöta Media ska betala skadestånd till M.S.

#### *Rättsliga utgångspunkter*

En uppsägning är inte sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig (7 § andra stycket anställningsskyddslagen). För att det ska vara skäligt att kräva att en arbetsgivare erbjuder en arbetstagare annat ledigt arbete måste arbetstagaren ha tillräckliga kvalifikationer för arbetet. I 22 § anställningsskyddslagen, som handlar om turordningen vid uppsägning på grund av arbetsbrist, hänvisas till begreppet tillräckliga kvalifikationer.

Med tillräckliga kvalifikationer avses att arbetstagaren ska ha de allmänna kvalifikationer som arbetsgivaren normalt kräver av den som söker den aktuella befattningen (se t.ex. AD 2016 nr 15 med däri gjorda hänvisningar). Arbetsgivaren får alltså inte tillämpa andra eller strängare kvalifikationskrav än vad denne i övrigt tillämpar för den aktuella befattningen. Arbetsgivaren har dock rätt att själv bestämma vilka kvalifikationer krävs för en viss befattning och också med tiden höja kvalifikationskraven, så länge kvalifikationskraven inte framstår som obefogade eller överdrivna eller är uppställda för att försöka kringgå lag eller avtal eller annars strider mot god sed på arbetsmarknaden (jämför t.ex. AD 2013 nr 67).

Det krävs normalt inte att arbetstagaren från första dagen efter omplaceringen ska fullt ut behärska de nya arbetsuppgifterna. En arbetstagare som måste omplaceras för att undgå att bli uppsagd ska ges möjlighet att inom rimlig tid lära sig de nya arbetsuppgifterna. En arbetstagare kan emellertid inte göra anspråk på arbetsuppgifter som skulle kräva omskolning eller en yrkesvana som denne inte har (se t.ex. AD 2011 nr 5).

Utgångspunkten är att arbetsgivaren har bevisbördan för vilka kvalifikationskrav som faktiskt ställs upp av arbetsgivaren och för att en arbetstagare saknar tillräckliga kvalifikationer i förhållande till kraven.

I AD 1998 nr 94 ansågs två fotografer vid Västgöta-Tidningar, som sagts upp på grund av arbetsbrist, inte ha tillräckliga kvalifikationer för arbete som allmänreportrar.

#### *Omorganisationen av Östgöta Media*

Av utredningen framgår följande.

Östgöta Media genomförde under 2016 större förändringar av sin organisation i syfte dels att komma till rätta med minskade intäkter, dels att hantera det nya medielandskapet där papperstidningar förlorat i betydelse och där nyheter i ökande grad konsumeras digitalt på internet.

Genom omorganisationen infördes en gemensam redaktionell organisation för samtliga nyhetssajter och tidningar m.m. Verksamheten är uppdelad i en online- och en printorganisation. Allt nyhetsmaterial som produceras kan hamna både på onlineplattformar och i tidningarna (print). Fokus i organisationen ligger på onlinepublicering, vars uppgift är att driva trafik till bolagets sajter och få till s.k. konverteringar, dvs. att ”gratis-läsare” väljer att bli betalande prenumeranter. Bolaget producerar även videonyheter för både broadcast-tv och onlineplattformar.

Under 2016 minskades antalet medarbetare först med 22 personer och i en andra omgång med 12 personer. Därefter har organisationen minskat med ytterligare 10–12 personer.

En av de förändringar som genomfördes var att den s.k. bildbyrå, där fotograferna var placerade, minskades till att bara omfatta en bildchef. De rena befattningarna som fotograf avvecklades. I stället tar reportrarna själva bilder till sina artiklar och reportage. Östgöta Media insåg att detta skulle minska kvaliteten på bilderna, men gjorde bedömningen att det var en nödvändig följd av de andra förändringar som bolaget ville göra.

Genom omorganisationen har de enskilda journalisternas arbetsuppgifter breddats. Journalisterna måste kunna redigera sin egen text, omarbeta den och göra den klar för publicering på olika plattformar, dvs. både online, print och eventuellt även som videonyhet. De förväntas även kunna fotografera och i viss mån ta rörliga bilder. Man talar i branschen om multijournalister.

### *Östgöta Medias kvalifikationskrav*

I samband med omorganisationen 2016 formulerade Östgöta Media nya kompetenskrav för de kvarvarande befattningarna. Kraven syftade enligt bolaget till att säkerställa det kompetensbehov som den nya organisationen behövde. Följande krav angavs.

Kompetensnivå 1a: journalistisk inhämtning. Innefattar idé, nyhetsvärdering, research, faktakoll, hantering av intervjuteknik osv.

Kompetensnivå 1b: journalistisk paketering. Innefattar att skriva, fota och filma och leverera innehållet med god kvalitet och inom rimlig tid.

Kompetensnivå 2: att publicera och redigera materialet på olika typer av plattformar för flera olika kanaler. Redaktionsledningen ansvarar för att specificera vilka plattformar, kanaler och program som gäller samt se till att tillhandahålla specifika utbildningar.

Kompetensnivå 1 var en grundkompetens som alla redaktionella medarbetare skulle uppfylla och kompetensnivå 2 angav krav på att medarbetaren ska kunna hantera publicering och redigering på olika typer av plattformar och i flera kanaler men där skulle arbetsgivaren också ha ett uttalat ansvar att tillhandahålla viss utbildning.

Vidare tog Östgöta Media fram nya befattningsbeskrivningar för alla kvarvarande befattningar med specifika kompetenskrav för de särskilda befattningarna.

Befattningarna som reporter på Folkbladet, printreporter och onlinereporter, lokalreporter i Söderköping och Finspång samt familjeredaktör innefattar arbete som skrivande journalist. Även webbredaktören måste kunna arbetet som skrivande journalist. För de nu nämnda befattningarna krävs enligt de ingivna befattningsbeskrivningarna – utöver kompetensnivå 1a och 1b samt kompetensnivå 2 – god allmänbildning samt dokumenterad förmåga att leverera självständigt inom tidsram med efterfrågad kvalitet. För lokalreporter ställs även krav på erfarenhet av lokaljournalistik, erfarenhet av att arbeta på lokalredaktion och god lokalkännedom. Även för printreporter och onlinereporter ställs krav på erfarenhet av lokal journalistik och, när det gäller onlinereporter, erfarenhet av lokalt journalistiskt arbete i högt tempo.

E.B., C.S., J.G. och F.L., som arbetar vid Östgöta Media, har berättat följande. Arbetet för en reporter inom Östgöta Media handlar numera om mer än att göra research och skriva nyhetstexter. En reporter ska också själv redigera sin egen text och anpassa den för den plattform som texten ska publiceras på. En reporter ska kunna skriva texter av både enklare slag och mer avancerade. Reportern ska också kunna arbeta i högt tempo, särskilt onlinereportern, och kunna leverera på uppdrag. En lokaljournalist har ett större ansvar att själv komma fram med uppslag till nyheter.

Arbetsgivarparterna har beträffande vissa av befattningarna anfört att det krävs att reportern visat förmåga att klara av s.k. grävande journalistik. Arbetsdomstolen noterar att detta inte nämns i de olika befattningsbeskrivningarna och att de vittnen som hörts inte tycks vara helt ense om vad som närmare ligger i begreppet och om ”grävjobb” utförs av journalister med de aktuella befattningarna.

För befattningarna som familje- och webbredaktör har Östgöta Media uppställt ytterligare kvalifikationskrav.

Enligt befattningsbeskrivningen för videoreporter, som enligt Östgöta Media är densamma som för tv-reporter, ska medarbetaren uppfylla kompetensnivå 1a, 1b och 2 samt därutöver bl.a. ha erfarenhet av att producera, redigera och publicera rörligt journalistiskt innehåll av hög kvalitet på flera plattformar under högt nyhetstempo. Reportrarna ska även ha bred allmänbildning, dokumenterad förmåga att självständigt leverera inom tidsram med efterfrågad kvalitet, erfarenhet av nyhetsbedömning och bildval och god teknisk kunskap i alla redaktionella system som används i Östgöta Media. E.B., C.S., J.G. och F.L. har sammanfattningsvis berättat att befattningen

som video-/tv-reporter inte bara innebär att producera rörliga bilder till reportage, utan en stor del av arbetet innebär att sätta samman och redigera reportage, både av eget material och av material som fås från annan, att skriva speakertexter till reportagen och tala in dem samt att göra intervjuer. Video-/tv-reportern gör således hela reportage från början till att de ska vara klara för publicering.

### *M.S:s kvalifikationer*

M.S. har arbetat som fotograf sedan 1983 inom Östgöta Media och dess föregångare. Han har en tvåårig journalistutbildning från Göteborgs universitet från 1989. U.S., som är prefekt vid JMG vid Göteborgs universitet och som gick samma utbildning som M.S. vid ungefär samma tidpunkt, har berättat att utbildningen tar upp väsentligen samma ämnen då som nu, men att utbildningen numera är ett år längre. Hon har även framhållit att den utbildning som M.S. gick, vid den tiden var den relevanta utbildningen för den som ville utbilda sig till journalist.

Efter utbildningen arbetade M.S. på lokalredaktionen i Finspång under 1989–1990. M.S. skrev under denna tid ett 20-tal artiklar som publicerades i tidningen. Artiklarna synes ha skrivits vid sidan av arbetet som fotograf och i mån av tid. M.S. har berättat att det var han själv som hittade uppslag att skriva om. Enligt M.S. var det inte någon som ifrågasatte hans arbete under denna tid.

I mars 1991 flyttade M.S. till centralredaktion i Norrköping där han arbetade fram till dess att han blev uppsagd. Han arbetade då enbart som fotograf och skrev inga artiklar, med undantag av en artikel som M.S. skrev hösten 2016 och som blev godkänd för publicering av nyhetschefen men sedan stoppades av den ansvarige utgivaren.

Under våren 2017, dvs. efter att han sagts upp, skrev M.S. nio artiklar som publicerades i Katrineholms-Kuriren. Nyhetschefen vid Katrineholms-Kuriren A.L. har berättat att M.S. arbetade utan schema och deadline och att han fick leta uppdrag själv samt fick enklare uppdrag som tidningen eventuellt kunde ha användning av eller annars mista. A.L. har vidare berättat att M.S:s texter behövde mer omarbetning och redigering än normalt innan de kunde publiceras.

Flera vittnen har yttrat sig om kvalitén i de artiklar M.S. skrev under sin tid i Finspång och de nio artiklar han skrev för Katrineholms-Kuriren. A.Li. (vd för Östgöta Media) menar att artiklarna är av enklare natur med rejäla bilder som inte har inslag av självständig nyhetsvärdering, efterforskning och sammanvägning av källor, eller någon form av kritisk granskning av svårbedömt underlag. Hon anser att artiklarna är ensidiga då M.S. inte har hört flera källor, att de saknar kritisk granskning och att de visar att M.S. endast har en ytlig förståelse för journalistik. Hon har uttryckt att även numera finns ett visst utrymme för sådana artiklar som M.S. skrivit, men att det krävs att en reporter även kan skriva artiklar av mer kritisk karaktär.

H.H., E.B., C.S., M.Sö., U.K. och J.G., som alla är erfarna journalister, har läst M.S:s artiklar och har uppgett att de anser att artiklarna motsvarar artiklar som även publiceras i dagens tidningar, både vad gäller ämnesval och själva texten. Vissa har lyft fram att artiklar som M.S. skrev för Katrineholms-Kuriren skulle kunna ha publicerats i Östgöta Medias tidningar i dag och att de på grund av bra bilder och i vissa delar bra ämnen var intresseväckande.

M.S. har betonat att han som fotograf arbetat enligt samma regler som gäller för en reporter. Han har också uppgett att när han arbetade som fotograf var han ofta delaktig i hela arbetet genom att diskutera ”jobbet” med reportern, komma med egna idéer, följa intervjuer och korrekturläsa texterna. J.G. och M.Sö. som har arbetat med M.S. har bekräftat att M.S. var en fotograf som var mycket intresserad av arbetet och alltid var med under hela ”jobbet”. De har även berättat att de diskuterade uppdraget med M.S. och att han kom med bra tips och kritik. J.G. har också uppgett att M.S. var den enda fotografen som hon lämnat sina texter till för genomläsning.

A.Li. har vidare berättat att bolaget gjorde en noggrann individuell prövning av varje fotograf på bildbyrån för att utreda om fotograferna kunde omplaceras till en annan befattning i den nya organisationen. Vid dessa prövningar fann de att vissa fotografer, som bl.a. hade lång erfarenhet av olika typer av reporterarbete, uppfyllde kompetenskraven och kunde omplaceras till andra befattningar. Vid prövningen av M.S. fann de dock att han varken fullt uppfyllde kompetensnivå 1a, 1b eller 2 och att han således inte kunde omplaceras till annat arbete. M.S. sades därför upp på grund av arbetsbrist.

#### *Arbetsdomstolens bedömning*

Den fråga som Arbetsdomstolen ska besvara är om M.S. hade tillräckliga kvalifikationer för någon av anställningarna som reporter på Folkbladet, printreporter, onlinereporter, webbredaktör, lokalreporter i Söderköping och Finspång, videoreporter, tv-reporter samt familjeredaktör.

Vid bedömningen av om en arbetstagare har tillräckliga kvalifikationer för ett arbete ska en jämförelse göras med de krav som arbetsgivaren normalt uppställer vid en nyanställning till det aktuella arbetet. Frågan är därför närmast om M.S. skulle ha blivit tillsvidareanställd på någon av dessa befattningar, om han hade varit den enda sökande till anställningen.

Det har inte framkommit något som ger anledning att anse annat än att de kvalifikationskrav som Östgöta Media uppställt i de olika befattningsbeskrivningarna är sakliga och relevanta för de arbeten som det är fråga om. Det är också utrett att Östgöta Media faktiskt tillämpat dessa krav. Det är dock inte visat att bolaget krävde visad förmåga att utföra grävande journalistik.

När det gäller frågan om M.S. uppfyllde kvalifikationskraven kan inledningsvis antecknas att utredningen entydigt visar att han var en uppskattad kollega och duktig fotograf, med förmåga att uppfatta vad som kan vara en intressant nyhet. Det är också ostridigt att M.S. med råge uppfyllde de krav på förmåga att fotografera och filma som Östgöta Media uppställde. Det gäller även flera andra av de krav på kvalifikationer som Östgöta Media ställt upp. Till exempel finns det enligt Arbetsdomstolens mening skäl att tro att M.S. genom sin långa erfarenhet som pressfotograf skaffat sig ett kunnande om t.ex. nyhetsvärdering som är relevant även vid arbete som skrivande journalist. Parterna tycks även vara överens om att Östgöta Media inte krävde att nyanställda reportrar skulle ha erfarenhet av att arbeta med just den programvara eller de tekniska plattformar som bolaget använde, utan att detta var något som de anställda fick lära sig på plats.

Gemensamt för de aktuella befattningarna är att de innehåller journalistiskt arbete med att producera text för papperstidningar och webb och/eller video- eller tv-reportage. Tvisten gäller huvudsakligen om M.S. har tillräckliga kvalifikationer för sådant journalistiskt arbete, dvs. att producera nyhetstexter respektive video- och tv-reportage.

Utredningen visar visserligen att Östgöta Media inte kräver journalistutbildning för att kunna få en tillsvidareanställning med journalistiskt arbete. Å andra sidan är en journalistutbildning inte heller tillräcklig för att bli anställd i en befattning med journalistiskt arbete. Genom vad de personer som hörts i målet – som alla har lång erfarenhet inom tidningsbranschen – berättat, är det tydligt att en arbetssökande för att komma ifråga för en tillsvidareanställning som journalist vid Östgöta Media måste visa att han eller hon har förmåga att utföra sådant journalistiskt arbete som är aktuellt, t.ex. genom arbetsprover i form av tidigare artiklar och liknande.

Av utredningen framgår att Östgöta Media, som ett led i omplaceringsutredningen, gick igenom alla de artiklar som M.S. skrev i Finspång under åren 1989 och 1990. Arbetsdomstolen, som också tagit del av artiklarna, finner att det är fråga om texter av ganska enkel natur. Det rör sig om relativt korta texter. Det finns inte skäl att ifrågasätta att artiklarna väl uppfyllde de krav och förväntningar som då ställdes på artiklar av aktuellt slag. Utredningen visar även att den typen av artiklar förekommer i dagens tidningar och att artiklarna skulle kunna tänkas uppfylla de kvalitetskrav som nu ställs på sådana artiklar. Samtidigt rör det sig om ett begränsat antal artiklar som skrevs för knappt 30 år sedan i mån av tid vid sidan om fotoupdrag.

När det gäller de artiklar M.S. skrev för Katrineholms-Kuriren under 2017 konstaterar Arbetsdomstolen att också dessa, till större delen, är av enklare natur och att det rör sig om ett begränsat antal artiklar. Artiklarna hade visst nyhetsvärde, ett par av dem har uppmärksammats på tidningens förstasida och en har plockats upp av en annan tidning. Texterna har dock skrivits utan deadline och de har enligt nyhetschefen på Katrineholms-Kuriren behövt omarbetas mer än vanligt innan de kunde publiceras.

Av förhören med journalisterna H.H., E.B., C.S., M.Sö., U.K., J.G. och T.N. har följande framkommit. För att tillsvidareanställa en skrivande journalist kräver Östgöta Media att denne självständigt ska kunna skriva texter som bygger på research, faktakontroll och liknande. Journalisten måste även kunna redigera sin egen text, omarbeta den och göra den klar för publicering på olika plattformar. Vidare ska journalisten kunna producera nyheter snabbt och löpande. Dessa krav tycks vara vanliga i branschen.

Enligt Arbetsdomstolens mening uppfyllde M.S. inte de nu beskrivna kraven när han sades upp. Han hade en begränsad erfarenhet som skrivande journalist och den erfarenheten låg långt tillbaka i tiden. De artiklar han skrivit är av enkelt slag. Även om sådana artiklar även numera förekommer på Östgöta Medias nyhetsplattformar, har han inte visat den bredd och djup som skrivande journalist som bolaget kräver för en tillsvidareanställning. Han har heller inte någon erfarenhet av att löpande producera nyhetstexter på förelagda ämnen och mot en deadline.

En videoreporter (tv-reporter) ska dels kunna producera de rörliga bilder som används i video- och tv-inslag, dels kunna skriva texter till inslagen, göra intervjuer, tala in texterna samt redigera inslagen och göra dem klara för publicering. Utredningen visar att M.S. saknar erfarenhet av att göra ett helt inslag från början till slut. Även om M.S. kan producera rörliga bilder av hög kvalitet och har viss erfarenhet av att göra intervjuer och allmän erfarenhet av journalistiskt arbete uppfyllde han, enligt Arbetsdomstolens mening, inte vid uppsägningstillfället kvalifikationskraven för dessa befattningar.

Frågan är därmed om M.S. inom en rimlig upplärningstid hade kunnat lära sig de nya arbetsuppgifterna. Förmågan att självständigt skriva nyhetstext med efterfrågad kvalitet förvärvas huvudsakligen genom praktisk erfarenhet och det finns sannolikt stora variationer mellan individer i hur lång tid det tar att uppöva sådant kunnande och det är osäkert om alla ens efter omfattande praktik kan uppnå det kunnande som krävs. Av förhören med T.F. och R.M. framgår att de satsningar som Mittmedia och Nya Wermlands Tidningen gjort på att erbjuda pressfotografer möjlighet att omskola sig till skrivande journalister gett ett blandat resultat, där vissa har blivit duktiga skrivande journalister medan andra inte klarat av omställningen. H.H., T.N. och L.S. har gett uttryck för liknande erfarenheter. Flera av dem som hörts menar att möjligheten att omskola fotografer till skrivande journalister är beroende av de enskildas fallenhet och intresse. Det får antas att detsamma gäller avseende arbetet som video- och tv-reporter. Mot bakgrund härav gör Arbetsdomstolen bedömningen att det inte kan antas att M.S. inom en rimlig upplärningstid hade kunnat uppfylla kvalifikationskraven.

Arbetsdomstolens slutsats är således att M.S. inte haft tillräckliga kvalifikationer för de aktuella befattningarna.



Det kan även nämnas att det mellan parterna gällande kollektivavtalet ger uttryck för att företaget och medarbetaren har ett ömsesidigt ansvar för kompetensutvecklingen och att det synes ha funnits möjlighet för M.S. att under sin anställning få viss utbildning i t.ex. skrivande journalistik. Av utredningen framgår, å ena sidan, att Östgöta Media inte särskilt uppmanat M.S. att söka sådana utbildningar och, å andra sidan, att M.S. heller inte efterfrågat någon sådan utbildning. Detta förhållande påverkar inte Arbetsdomstolens bedömning av frågan om M.S. haft tillräckliga kvalifikationer för de aktuella befattningarna

#### *Sammanfattning och rättegångskostnader*

Arbetsdomstolen har funnit att M.S. inte har tillräckliga kvalifikationer för de aktuella befattningarna. Domstolen behöver därför inte pröva om det fanns någon ledig anställning som onlinereporter eller webbredaktör vid uppsägningen av M.S. Eftersom M.S. inte har tillräckliga kvalifikationer för något av dessa arbeten, har Östgöta Media brutit varken mot 7 § eller 22 § anställningsskyddslagen. Journalistförbundets talan ska därför avslås.

Vid denna utgång ska Journalistförbundet ersätta arbetsgivarparterna för deras rättegångskostnader. Det finns inte förutsättningar att tillämpa 5 kap. 2 § första stycket arbetstvistlagen. Den ersättning som arbetsgivarparterna begärt är skälig.

#### **Domslut**

1. Arbetsdomstolen avslår Journalistförbundets talan.
2. Journalistförbundet ska ersätta Medieföretagens och Östgöta Media AB:s rättegångskostnader med 428 700 kr, varav 406 000 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen på det förstnämnda beloppet från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Jonas Malmberg, Dag Ekman, Berndt Molin, Karl Olof Stenqvist, Johanna Torstensson, Gerald Lindberg (skiljaktig) och Ingemar Hamskär (skiljaktig).

Rättssekreterare: Maria Lundberg

### **Ledamöterna Gerald Lindbergs och Ingemar Hamskärs skiljaktiga mening**

Enligt vår mening hade M.S. tillräckliga kvalifikationer för flertalet av de aktuella befattningarna.

M.S. anställdes som pressfotograf 1983 och hade vid uppsägningstillfället varit anställd i mer än 33 år. Han är således vad som i vanligt språkbruk kallas en trojänare.

Bedömningen av M.S:s kvalifikationer för befattningarna ifråga går kraftigt i sär mellan de som hörts i målet, beroende på om de åberopats av arbetstagar- eller arbetsgivarsidan. Arbetstagsidans vittnen i form av kollegor, t.ex. skrivande reportrar, har bedömt att M.S. har tillräckliga kvalifikationer utifrån de gällande kompetenskraven, medan arbetsgivarens företrädare och vittnen ansett motsatsen och pekat på brister i såväl erfarenheter som i det skrivande journalistiska arbetet. Det är dock ostridigt i målet att M.S. är en mycket duktig fotograf.

Vi menar att de kvalitets- och erfarenhetsbrister som åberopats och som framstår som sakliga beträffande M.S:s yrkeserfarenhet när det gäller t.ex. erfarenhet av skrivande för lokalreporterbefattningarna eller vissa arbetsmoment för TV/videobefattningarna hade kunnat avhjälpas inom en rimlig upplärningstid mot bakgrund av M.S:s allmänna yrkeskvalifikationer som journalist/fotograf. Längden för en sådan period bör enligt vår uppfattning påverkas i förlängande riktning (om det skulle behövas) av att Östgöta Media AB är en stor och resursstark arbetsgivare som enligt anställningsskyddslagen i en situation som den nu aktuella i skäligen utsträckning har att sörja för kompetensutveckling av sina medarbetare. I detta fall blev det i god tid före uppsägningen av M.S. klart för arbetsgivaren att konsekvensen av att bildbyrån skulle läggas ned skulle bli att M.S. behövde omplaceras för att kunna vara kvar i koncernen och inte, trots sin långa anställningstid, bli uppsagd på grund av arbetsbrist. I det läget menar vi att det har ålegat arbetsgivaren att rikta ett rimligt och väl avvägt utbildningspaket direkt gentemot M.S. för att möjliggöra för honom i hans egenskap av ”trojänare” att vara kvar i företaget. Det räcker således inte enligt vår mening att arbetsgivaren konstaterar, när övertaligheten är ett faktum, att M.S. inte tidigare sökt andra befattningar inom koncernen och på så sätt, på egen hand, fördjupat och i viss mån breddat sin kompetens. M.S. har heller inte haft skäligen anledning att tro att hans anställning efter så lång tid i koncernen var i fara.

Mot bakgrund härav anser vi att arbetsgivarparten inte kunnat styrka att M.S. saknar tillräckliga kvalifikationer för flertalet av de berörda befattningarna.

Överröstade i denna del ska förbundets talan avslås enligt majoritetens uppfattning. Vi anser dock att förbundet haft skäligen anledning att få denna fråga prövad och att vardera parten därför ska stå sina rättegångskostnader enligt 5 kap. 2 § första stycket arbetstvistlagen.

ARBETSDOMSTOLEN

DOM  
2018-06-20  
Stockholm

Dom nr 42/18  
Mål nr A 93/16

KÄRANDE

Diskrimineringsombudsmannen, Box 4057, 169 04 Solna  
Ombud: enhetschefen Martin Mörk och processföraren Karin Ernfors,  
adress som ovan

SVARANDE

1. Bemanningsföretagen, Box 55545, 102 04 Stockholm  
2. Manpower Student AB, 556747-0447, Box 20092, 161 02 Bromma  
Ombud: arbetsrättsjuristerna Jonas Stålnacke och Heléne Hellström Persson,  
Almega AB, adress som 1 ovan

SAKEN

diskrimineringsersättning m.m.

---

**Bakgrund**

*Kollektivavtalsreglering*

Mellan Bemanningsföretagen på ena sidan och samtliga LO-förbund på andra sidan föreligger kollektivavtal om löner och allmänna anställningsvillkor i bemanningsföretag (bemanningsavtalet för arbetare). Mellan Bemanningsföretagen på ena sidan och Unionen samt Akademikerförbunden på andra sidan föreligger också kollektivavtal om löner och allmänna anställningsvillkor i bemanningsföretag (bemanningsavtalet för tjänstemän).

Avsnitt 2 i bemanningsavtalet för arbetare har rubriken ”Anställning och arbetsskyldighet” och av § 3 Mom 1 om anställningsformer framgår följande.

Istället för 5 och 6 §§ i lagen om anställningsskydd gäller följande:

Anställning gäller tillsvidare om inte annat avtalas enligt nedanstående:

Arbetsgivaren och arbetstagaren kan träffa överenskommelse om anställning för viss tid. Sådant anställningsavtal ska vara skriftligt och får inte överstiga 6 månader, men kan uppgå till 12 månader om det godkänns av den lokala arbetstagarorganisationen.

Ny visstidsanställning, enligt ovan, kan träffas efter 6 månader från det att senaste visstidsanställningen slutade eller tidigare efter lokal överenskommelse.

Överenskommelse om visstidsanställning kan träffas med den som är studerande och med avtals- och ålderspensionär. Studerande ska skriftligen ha styrkt att de är studerande.

Om arbetstagaren särskilt begär det kan anställning på viss tid ske för att erbjuda möjlighet till återkommande korta anställningar. Detta avser *arbetstagare med annan huvudsaklig sysselsättning* (domstolens kursivering) som önskar tillfälligt extraarbete.

*Anmärkning:*

*Om den fackliga organisationen anser att missbruk av denna bestämmelse sker, äger den påkalla lokal respektive central förhandling i ärendet. Löses ej tvisten erfordras i fortsättningen överenskommelse med lokal facklig organisation omfattande det företag tvisten gäller.*

Visstidsanställning kan avbrytas i förtid med en ömsesidig uppsägningstid om 14 dagar.

Därutöver kan avtal enligt lag träffas för vikariat, praktikarbete, feriearbete och med anledning av tjänstgöring enligt lagen om totalförsvarsplikt.

Motsvarande frågor regleras i bemanningsavtalet för tjänstemän i § 2. Bestämmelsen hade före den 1 maj 2017 följande lydelse.

### **2.1 Anställning tills vidare**

En anställning gäller tills vidare, om arbetsgivaren och tjänstemannen inte kommit överens om att anställningen ska vara tidsbegränsad eller på prov.

### **2.2 Villkor för tidsbegränsade anställningar**

Arbetsgivaren och tjänstemannen kan komma överens om tidsbegränsad anställning

- för viss tid, viss säsong eller visst arbete om arbetsuppgifternas särskilda beskaffenhet föranleder en sådan anställning
- vid vikariat för att ersätta en tjänsteman vid t ex dennes ledighet på grund av semester, sjukdom, utbildning eller föräldraledighet
- för att upprätthålla en ledigförklarad befattning under högst sex månader, om arbetsgivaren och den lokala tjänstemannaparten inte kommer överens om annat
- för att avlasta en tillfällig arbetstopp
- för studerande samt vid praktikarbete
- för tjänstemän som uppnått den ordinarie pensionsåldern enligt ITP-planen
- för viss tid vid behov av extra arbetskraft. Anställningsformen får användas för ambulerande tjänstemän, vid kortsiktiga behov av arbetskraft och/eller då uppdraget är av sådan karaktär som kräver speciell kompetens. Arbetskraftsbehovet kan återkomma periodiskt hos samma uppdragsgivare. Denna anställningsform får dock inte användas för att täcka ett kontinuerligt behov av arbetskraft.

*Gäller enbart ambulerande tjänstemän.*

.....

§ 2 har från och med den 1 maj 2017 fått en ny reglering i punkten 2.2 om villkor för tidsbegränsade anställningar för stationära- eller entreprenad-tjänstemän och i punkten 2.3 om villkor för tidsbegränsade anställningar för ambulerande tjänstemän. Det är upplyst att med ambulerande tjänstemän

avses tjänstemän som hyrs ut till kundföretag. Punkten 2.3 har följande lydelse.

### 2.3 Villkor för tidsbegränsade anställningar för ambulerande tjänstemän

Arbetsgivaren och ambulerande tjänsteman kan komma överens om tidsbegränsad anställning.

- För viss tid, viss säsong eller visst arbete om arbetsuppgifternas särskilda beskaffenhet föranleder en sådan anställning.
- Vid vikariat för att ersätta en tjänsteman vid dennes ledighet eller frånvaro eller för att upprätthålla en ledigförklarad befattning.
- För att avlasta en tillfällig arbetstopp.
- För studerande samt vid praktikarbete.
- För tjänsteman *med annan huvudsaklig sysselsättning* (domstolens kursivering).

*Anmärkning:*

*Med annan huvudsaklig sysselsättning avses att tjänstemannen har annan eller andra anställningar, bedriver aktiv näringsverksamhet eller av annat yrkesmässigt skäl inte har möjlighet att stå till arbetsgivarens förfogande i en omfattning som i genomsnitt uppgår till omkring 50 procent av en heltidsanställning.*

- För tjänsteman som uppnått den ordinarie pensionsåldern enligt ITP-planen (f.n. 65 år).
- För viss tid vid behov av extra arbetskraft.
- .....

*Twisten*

Manpower Student AB (bolaget) är ett bemanningsföretag och bolaget är genom medlemskap i Bemanningsföretagen bundet av de båda ovan angivna bemanningsavtalen.

Anställningarna i bolagets uthyrningsverksamhet är s.k. behovsanställningar, också benämnda intermittenta anställningar. Den som kan bli aktuell för en sådan visstidsanställning ingår ett ramavtal med bolaget som anger de villkor som gäller för kommande visstidsanställningar hos bolaget, när arbetstagaren hyrs ut till ett kundföretag. Personen i fråga ingår därmed i bolagets uthyrningspool. Personen är således anställd hos bolaget enbart för uthyrningsperioden.

A.A. har en kronisk ledsjukdom som lett till att hon har en varaktig nedsättning av sin arbetsförmåga om 50 procent av heltid och hon har beviljats sjukersättning om 50 procent. Hon har alltså en arbetsförmåga om 50 procent av heltid. A.A. ansökte eller gjorde förfrågan om arbete hos bolaget hösten 2015 och i augusti 2017. Hon fick av bolaget beskedet att hon inte kunde komma i fråga för arbete hos bolaget, då hon enligt bolaget inte uppfyllde kraven för att kunna visstidsanställas hos bolaget.

A.A. är inte medlem i någon arbetstagarorganisation och hon har medgett att Diskrimineringsombudsmannen (DO) för hennes talan.

Mellan parterna är tvistigt om bolaget utsatt A.A. för direkt eller indirekt diskriminering som haft samband med hennes funktionsnedsättning, dels genom att från och med november 2015 fram till dag för huvudförhandling, för anställning i bolagets uthyrningsverksamhet ha uppställt och upprätthållit ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning, t.ex. en annan anställning om minst 50 procent av heltid, dels genom att i november och december 2015 samt i augusti 2017 ge henne beskedet att hon inte kunde komma i fråga för anställning i bolagets uthyrningsverksamhet, då hon inte uppfyllde kravet.

#### **Yrkanden m.m.**

DO har yrkat att Arbetsdomstolen ska förplikta bolaget att till A.A. betala diskrimineringsersättning med 150 000 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen på 100 000 kr från dagen för delgivning av stämning, den 22 juli 2016, och på 50 000 kr från dagen för delgivning av tilläggsstämning, den 19 mars 2018, allt till dess betalning sker.

DO har vidare yrkat att Arbetsdomstolen

- *i första hand* ska jämka bestämmelsen i § 2.3. femte strecksatsen i bemanningsavtalet för tjänstemän – i dess lydelse från och med den 1 maj 2017 – och bestämmelsen i § 3 Mom 1 sjätte stycket i bemanningsavtalet för arbetare, på så vis att vid bedömningen av om A.A. uppfyller kravet på annan huvudsaklig sysselsättning ska bolaget med sysselsättning jämställa sådan avsaknad av en möjlighet till sysselsättning som direkt kan hänföras till A.A. varaktigt nedsatta förmåga att arbeta heltid,  
*alternativt*  
jämka eller fylla ut bestämmelserna på så vis att bolaget och A.A., utan hinder av kravet på annan huvudsaklig sysselsättning, kan sluta avtal om tidsbegränsad anställning på deltid som motsvarar A.A. arbetsförmåga, dvs. 50 procent av heltid, och
- *i andra hand* ska förklara att det krav/villkor om annan huvudsaklig sysselsättning som uppställs i bestämmelserna är ogiltigt och därför ska utgå ur bestämmelserna så att bolaget och A.A., utan hinder av kravet/villkoret, kan sluta avtal om tidsbegränsad anställning på deltid.

Om Arbetsdomstolen inte skulle anse att de aktuella kollektivavtalsbestämmelserna är direkt diskriminerande, utan att en bedömning ska göras enligt reglerna om indirekt diskriminering eller artikel 15 i EU:s rättighetsstadga, har DO yrkat att Arbetsdomstolen ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen med följande frågeställning.

Kan arbetsmarknadens parter på nationell nivå, utan hinder av artikel 15 i EU:s rättighetsstadga och med beaktande av artikel 4.1 i direktiv 2008/104/EG (bemanningsdirektivet) och klausul 5.1 b i direktiv 97/98/EG om ramavtalet om deltidsarbete (ramavtalet om deltidsarbete), i ett kollektivavtal som inte utgör lag i den mening som avses i artikel 52.1 i EU:s rättighetsstadga, uppställa begränsningar för arbetsgivare att på deltid och visstid anlita personer

som på grund av funktionsnedsättning eller av andra skäl saknar annan huvudsaklig sysselsättning som uppgår till omkring 50 procent, i syfte att göra det möjligt för personer som har en sådan annan huvudsaklig sysselsättning att få bemanningsarbeten på deltid och viss tid och att allmänt begränsa användningen av visstidsanställningar ?

Arbetsgivarparterna har bestritt samtliga yrkanden. De har inte vitsordat något belopp avseende diskrimineringsersättning, men har vitsordat sättet att beräkna räntan.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

## Domskäl

### *Twisten*

Bolaget är ett bemanningsföretag. Bolaget visstidsanställer personer för att hyras ut för arbete hos ett kundföretag, för den tid kundföretaget har behov av arbetskraft. Den som kan bli aktuell för en sådan visstidsanställning ingår ett ramavtal med bolaget som anger de villkor som gäller för kommande visstidsanställningar hos bolaget, när arbetstagaren alltså hyrs ut till ett kundföretag. Personen i fråga ingår därmed i bolagets uthyrningspool. Bolaget visstidsanställer, för dessa behovsanställningar, i första hand studerande, men även pensionärer och personer som har annan huvudsaklig sysselsättning. Enligt uppgift från arbetsgivarparterna arbetar de som ingår i uthyrningspoolen i genomsnitt mindre än 30 timmar i månaden.

Parterna är överens om att den kroniska ledsjukdom som A.A. har och den varaktiga begränsning denna innebär för hennes funktionsförmåga är en sådan funktionsnedsättning som avses i 1 kap. 5 § diskrimineringslagen. Hon har en varaktig nedsättning av arbetsförmågan om 50 procent av heltid och har, från och med april 2010, beviljats sjukersättning motsvarande nedsättningen i arbetsförmågan. Hon är således arbetsför till 50 procent av heltid.

A.A. besvarade hösten 2015 och i augusti 2017 annonser från bolaget. Hon har då sökt eller gjort förfrågan om att få ingå ramavtal med bolaget och därmed ingå i den grupp av personer som bolaget kan visstidsanställa och hyra ut för arbete hos kundföretag, när behov uppstår. Hon upplyste om att hon har sjukersättning på halvtid och fick av bolaget beskedet att hon inte kunde komma i fråga för arbete hos bolaget, då hon enligt bolaget inte uppfyllde kraven för att kunna visstidsanställas hos bolaget.

Twisten rör om bolaget genom sina besked till A.A., men även genom uppställande och upprätthållande av ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning, utsatt henne för direkt eller indirekt diskriminering som har haft samband med hennes funktionsnedsättning.

Parterna är överens om att det är att betrakta som ett missgynnande enligt diskrimineringslagen att inte få ingå det ramavtal som bolaget erbjuder och därmed inte komma i fråga för anställning hos bolaget och uthyrning till ett kundföretag.

Parternas ståndpunkter i de olika tvistefrågorna kommer att redovisas närmare i anslutning till att frågorna prövas.

### *Utredningen*

Målet har avgjorts efter huvudförhandling. På DO:s begäran har hållits förhör under sanningsförsäkran med A.A. samt vittnesförhör med L.A., A.A. mor, och med C.W.B., tidigare utredare hos DO. På arbetsgivarparternas begäran har hållits vittnesförhör med M.N., förhandlingschef för



ManpowerGroup AB, H.B., förhandlingschef hos Bemanningsföretagen och M.K., tidigare förhandlare hos Almega.

Parterna har åberopat skriftlig bevisning. På DO:s begäran har spelats upp dels en ljudinspelning från ett samtal mellan A.A. och en rekryterare hos bolaget, dels en film av bolagets hemsida och digitala ansökningsförfarande.

Arbetsdomstolen har berett arbetstagarparterna i de bägge bemanningsavtalen tillfälle att yttra sig. Vad de anfört redovisas senare i domskälen.

#### *Några rättsliga utgångspunkter*

I 2 kap. 1 § första stycket 2 diskrimineringslagen uppställs ett förbud mot att en arbetsgivare diskriminerar den som hos arbetsgivaren gör en förfrågan om eller söker arbete.

Enligt 1 kap. 4 § 1 diskrimineringslagen avses med direkt diskriminering 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 t.ex. funktionsnedsättning. Direkt diskriminering avser situationer där det finns ett rakt orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden.

Enligt 1 kap. 4 § 2 diskrimineringslagen avses med indirekt diskriminering att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med t.ex. funktionsnedsättning, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet.

Såvitt avser att diskrimineringsförbuden gäller både den som är arbetssökande och den som gör en förfrågan om arbete anfördes i förarbetena till diskrimineringslagen (prop. 2007/08:95 s.135) följande.

Som arbetssökande anses den som tydligt gett tillkänna att han eller hon sökt en anställning. Utöver arbetssökande bör också den som gör en förfrågan hos en arbetsgivare om det finns någon ledig anställning att söka kunna åberopa diskrimineringsförbudet. Detta är något nytt i förhållande till gällande lag, och det motiveras av regeringens bedömning att det inte är ovanligt att personer med utländsk bakgrund möts med negativa besked vid förfrågningar om arbete t.ex. per telefon. Att en person av skäl som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna på så sätt "sällas bort" i ett tidigt skede av ett ansökningsförfarande eller innan ens en ansökan gjorts, bör anses utgöra diskriminering. Detta bör gälla oavsett om den som gör förfrågan i efterhand kan konstateras ha sådana meriter att han eller hon verkligen skulle ha kunnat komma i fråga för en anställning om en ansökan prövats. Alla som gör en förfrågan om arbete bör oavsett meriter anses vara i en jämförbar situation så till vida att de ska kunna räkna med ett korrekt bemötande och att deras förfrågningar behandlas utan att någon av diskrimineringsgrunderna tillmäts betydelse.

I 5 kap. 1 § diskrimineringslagen anges bl.a. att den som bryter mot diskrimineringsförbudet ska betala diskrimineringsersättning för den kränkning som överträdelsen innebär.

I 5 kap. 3 § diskrimineringslagen finns en ogiltighetsregel. Av första stycket framgår att om någon diskrimineras genom en bestämmelse i ett individuellt avtal eller i ett kollektivavtal på ett sätt som är förbjudet enligt lagen, ska bestämmelsen jämkas eller förklaras ogiltig om den som diskriminerats begär det.

Såvitt avser prövningen av om diskriminering har ägt rum finns en särskild bevisbörderegeln i 6 kap. 3 § diskrimineringslagen. Enligt denna åligger det den som anser sig ha blivit diskriminerad att visa omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering har förekommit. I sådant fall går bevisbördan över på svaranden, som för att undgå ansvar måste visa att diskriminering inte har förekommit.

#### *Något om kollektivavtalsregleringen*

Bolaget är genom medlemskap i Bemanningsföretagen bundet av både bemanningsavtalet för arbetare och bemanningsavtalet för tjänstemän. I bolagets uthyrningsverksamhet förekommer uppdrag inom båda avtalens tillämpningsområden.

I båda bemanningsavtalen anges villkor för när visstidsanställning är tillåten, som till viss del avviker från anställningsskyddslagen. Avtalen erbjuder flera olika möjligheter till visstidsanställning. Bolaget använder sig i sin uthyrningsverksamhet av möjligheten att visstidsanställa den som är studerande, pensionär eller har annan huvudsaklig sysselsättning.

Det är enligt båda bemanningsavtalen möjligt att visstidsanställa studerande och pensionärer. Med studerande avses den som är inskriven vid universitet, högskola eller motsvarande på minst halvtid. Vad gäller möjligheten att enligt kollektivavtalen visstidsanställa den med annan huvudsaklig sysselsättning noteras följande.

Enligt bemanningsavtalet för arbetare har det under hela den i målet aktuella perioden varit möjligt att visstidsanställa den med annan huvudsaklig sysselsättning. I § 3 Mom 1 sjätte stycket anges följande.

Om arbetstagaren särskilt begär det kan anställning på viss tid ske för att erbjuda möjlighet till återkommande korta anställningar. Detta avser arbetstagare med annan huvudsaklig sysselsättning som önskar tillfälligt extraarbete.

Det framgår inte av avtalstexten vad som avses med ”annan huvudsaklig sysselsättning”, men det är upplyst och ostridigt att sysselsättningskravet enligt bemanningsavtalet för arbetare innebär dels att omfattningen på den andra sysselsättningen ska vara minst 50 procent av en heltidsanställning, dels att det ska vara fråga om sysselsättning i form av annan anställning, egen näringsverksamhet eller annat, t.ex. idrottande på elitnivå.

Möjligheten att visstidsanställa den med annan huvudsaklig sysselsättning infördes i bemanningsavtalet för tjänstemän från och med den 1 maj 2017. Dessförinnan fanns den anställningsformen alltså enbart i bemanningsavtalet för arbetare.

I bemanningsavtalet för tjänstemän, enligt dess lydelse från och med den 1 maj 2017, anges i reglerna som avser ambulerande tjänstemän i § 2.3 femte strecksatsen att visstidsanställning kan träffas för tjänsteman med annan huvudsaklig sysselsättning. Under nämnda strecksats finns följande anmärkning.

*Med annan huvudsaklig sysselsättning avses att tjänstemannen har annan eller andra anställningar, bedriver aktiv näringsverksamhet eller av annat yrkesmässigt skäl inte har möjlighet att stå till arbetsgivarens förfogande i en omfattning som i genomsnitt uppgår till omkring 50 procent av en heltidsanställning.*

Till skillnad från bemanningsavtalet för arbetare har kollektivavtalsparterna i bemanningsavtalet för tjänstemän alltså förtydligat vad som närmare avses med sysselsättningskravet. Innebörden av sysselsättningskravet i respektive bemanningsavtal synes dock vara densamma i fråga om vilken typ av sysselsättning som avses och vilken omfattning sysselsättningen ska ha.

Såvitt avser bemanningsavtalet för tjänstemän är det upplyst att parterna i det kollektivavtalet – i fråga om personer som är sjukskrivna eller uppbär sjukersättning – är överens om att regleringen innebär att sysselsättningskravet ska bedömas i förhållande till arbetsförmågan, på så sätt att t.ex. den med sjukersättning på 50 procent av heltid måste ha annan sysselsättning som omfattar omkring 25 procent av heltid.

#### *Arbetsdomstolens prövning*

DO har gjort gällande att bolaget under hela den i målet aktuella perioden, för visstidsanställning hos bolaget i dess uthyrningsverksamhet – som alternativ till anställning av studerande och pensionärer – uppställt ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning om minst 50 procent av heltid, det s.k. sysselsättningskravet, oavsett kollektivavtalsområde. DO har hävdats att det i första hand är uppställandet av detta sysselsättningskrav i sig som utgjort en överträdelse av diskrimineringslagens diskrimineringsförbud, eftersom kravet som sådant utesluter A.A., och personer som i likhet med henne har en funktionsnedsättning som innebär hinder mot att arbeta mer än halvtid, från anställning hos bolaget. Enligt DO är A.A. skadelidande.

Enligt DO har A.A. alltså inte enbart diskriminerats vid de enskilda tillfällena då hon sökt eller gjort förfrågan om arbete i november och december 2015 samt i augusti 2017, utan även i övrigt under i målet aktuell period eftersom bolaget uppställt sysselsättningskravet och hon på grund av kravet avskräckts från att söka anställning hos bolaget. DO har därvid anfört att A.A. under hela tiden varit intresserad av att få anställning hos bolaget och av arbeten inom båda kollektivavtalsområdena.

Enligt DO ska Arbetsdomstolen först pröva frågan om bolaget uppställt ett sysselsättningskrav som i sig utgör en överträdelse av diskrimineringslagens diskrimineringsförbud, med rätt till diskrimineringsersättning för A.A. Till stöd för att så är fallet har DO hänvisat till EU-domstolens dom Firma Feryn, C-54/07, EU:C:2008:397.

Enligt arbetsgivarparterna kan ett uppställande av ett sysselsättningskrav för anställning inte i sig utgöra en överträdelse av diskrimineringslagens diskrimineringsförbud med rätt till diskrimineringsersättning. Arbetsgivarparternas ståndpunkt är att det inte kan vara fråga om diskriminering, med rätt till diskrimineringsersättning, förrän i vart fall kravet tillämpas på en person som gör en förfrågan om arbete och på grund av det får ett negativt besked.

Arbetsgivarparterna har gjort gällande att Arbetsdomstolen först ska pröva om sysselsättningskravet faktisk har tillämpats i förhållande till A.A. och om det var denna tillämpning som i så fall innebar att hon inte fick anställning. Först därefter blir det, enligt arbetsgivarparterna, aktuellt att pröva om sysselsättningskravet strider mot diskrimineringsförbudet.

Arbetsdomstolen väljer att först pröva om bolaget utsatt A.A. för diskriminering vid de tre tillfällen hon sökt alternativt gjort förfrågan om arbete i november och december 2015 samt i augusti 2017.

Som Arbetsdomstolen har redogjort för ovan är det DO som har att visa sådana faktiska omständigheter som ger anledning att anta att A.A. har blivit diskriminerad. Det ankommer därför på DO att visa att bolaget vid nämnda tillfällen tilläpplat det påstådda sysselsättningskravet i förhållande till A.A.

*Har bolaget tilläpplat påstått sysselsättningskrav i förhållande till A.A.?*

De arbeten som A.A. har sökt alternativt gjort förfrågan om i november och december 2015 samt i augusti 2017 har ostridigt varit sådana som faller inom tillämpningsområdet för bemanningsavtalet för tjänstemän.

DO har, som redan redovisats, gjort gällande att bolaget, under hela den i målet aktuella perioden, för visstidsanställning hos bolaget i dess uthyrningsverksamhet har uppställt ett krav på att arbetssökanden ska ha annan sysselsättning om minst 50 procent av heltid, oavsett kollektivavtalsområde. Enligt DO har bolaget också tilläpplat detta krav i förhållande till A.A. vid de tillfällen hon sökt eller gjort förfrågan om arbete, genom att med hänvisning till kravet sortera bort henne i rekryteringsprocessen. Enligt DO har det därför ingen betydelse för prövningen att kravet infördes i bemanningsavtalet för tjänstemän med verkan först från och med den 1 maj 2017, och då med innebörden att sysselsättningskravets omfattning ska utgå från arbetsförmågan såvitt avser personer med sjukersättning.

Arbetsgivarparterna har i första hand bestritt att bolaget över huvud taget tilläpplat något sysselsättningskrav i förhållande till A.A., och har anfört följande. A.A. har endast upplysts om vilka krav som gäller för antagande till bolagets uthyrningspool, dvs. vilka som kan komma i fråga för att antas till poolen (studerande, pensionärer och den med annan huvudsaklig

sysselsättning). Hon har inte uppfyllt något av dessa villkor. De besked hon fått kan inte likställas med att något av kraven faktiskt tillämpats. Möjligheten att anställa den med annan huvudsaklig sysselsättning fanns dessutom inte i bemanningsavtalet för tjänstemän före den 1 maj 2017 och något sysselsättningskrav har därför under alla förhållanden inte tillämpats vid de två första tillfällena, hösten 2015, som alltså avsåg tjänstemannaarbeten. Bolaget tillämpar nämligen inga egna anställningsformer eller krav för anställning vid sidan av vad som följer av vid var tidpunkt gällande kollektivavtal.

Vad gäller tillfället i augusti 2017 har arbetsgivarparterna, i andra hand, gjort gällande att bolaget i enlighet med kollektivavtalets innebörd vid sjukersättning, har tillämpat ett sysselsättningskrav på omkring 25 procent av heltid.

### Hösten 2015

Såvitt avser de två tillfällena hösten 2015 framgår följande av utredningen.

Bolaget sökte i november 2015 personal genom annonsen ”Sök extrajobb i Malmö idag!” med sista ansökningsdag den 20 november 2015. A.A. sökte arbetet i den annonsen. Hon blev med anledning av detta kontaktad per telefon av bolaget den 17 november 2015 och fick då tala med bolagets rekryterare J.P. A.A. har uppgett följande om detta samtal. J.P. sa att hon var en ”matchning” för det aktuella arbetet och frågade om hon fortfarande var intresserad och vad hon gjorde på sin ”andra halva”. Hon svarade att hon var intresserad samt att hon på grund av sjukdom hade sjukersättning motsvarande 50 procent av heltid. J.P. svarade då att bolaget inte kunde anställa henne med tanke på sjukersättningen, och hänvisade till ”fackets” bestämmelser.

Bolaget sökte senare, i november, åter personal genom annonsen ”Ledigt extrajobb i Malmö för dig som studerar!”, med sista ansökningsdag den 17 december 2015. A.A. kontaktade denna gång bolaget med en förfrågan om det utannonserade arbetet och möjligheterna för henne att få anställning hos bolaget. Detta var den 1 december 2015 och det var ett telefonsamtal med J.P., angiven som kontaktperson i annonsen. A.A. har om det samtalet berättat följande. Hon uppgav att hon var intresserad av det utannonserade arbetet, men att hon med tanke på tidigare besked först ville höra om det ens var lönt att ansöka. J.P. svarade nej på den frågan och bekräftade tidigare besked om vad som gällde för anställning. Hon var vid tillfället hemma hos sin mamma, som hörde samtalet. Delar av samtalet fördes på högtalartelefon.

L.A. har uppgett att hon hörde samtalet den 1 december 2015. Hon har bekräftat A.A. uppgifter om vad som då sades, samt berättat att J.P. sa att det för anställning hos bolaget krävdes att man var studerande, pensionär eller hade ett annat arbete alternativt eget företag på sin ”andra halva”.

Förhandlingschefen M.N. har uppgett att bolaget före den 1 maj 2017 inte visstidsanställde den med annan huvudsaklig sysselsättning såvitt avsåg tjänstemannaarbeten.

DO har som skriftlig bevisning i denna del åberopat bl.a. flera annonser från bolaget från tiden före den 1 maj 2017. En av dessa annonser – ”Ledigt extrajobb inom service i Malmö/Lund” – besvarade A.A. i september 2015 och blev med anledning av det kontaktad av bolaget. Detta tillfälle har inte lagts till grund för talan, men har av DO åberopats till stöd för att kravet tillämpats vid de två senare tillfällena under hösten 2015. I annonsen anges följande under rubriken ”Vilka krav finns för tjänsten?”.

Anställningen är en timanställning och enligt vårt kollektivavtal får vi endast anställa dig som redan har annan sysselsättning på minst 50 %. Din sysselsättning kan innebära att du studerar, har ett deltidsjobb på minst 50 %, är egen företagare eller elitidrottare. Var därför tydlig i din ansökan att du fyller detta krav annars kommer din ansökan inte behandlas genom denna annons.

I annonsen hänvisas längre ned till kollektivavtal med Unionen, dvs. bemanningsavtalet för tjänstemän.

Även i annonserna för de arbeten A.A. sökte respektive gjorde förfrågan om i november och december 2015 hänvisas till kravet, på så sätt att det anges att det bl.a. krävs att sökanden är student på minst 50 procent eller har en annan form av deltidssyssla. Vidare anges även i de av DO åberopade annonserna från hösten 2016 och januari 2017, som också avsett tjänstemannaarbeten, att sökanden t.ex. måste ha annan huvudsaklig sysselsättning på minst 50 procent.

Arbetsdomstolen gör följande bedömning.

Av utredningen framgår att bolaget i annonser som avsett tjänstemannaarbeten hänvisat till sysselsättningskravet i tiden före den 1 maj 2017. M.N. har som förklaring till detta uppgett att bolaget också varit intresserat av att fylla på i poolen och att bolaget därför hänvisat till kravet för att få personer med annan huvudsaklig sysselsättning att söka, även om dessa inte kunnat få det uppdrag som utannonserats. Arbetsdomstolen betvivlar inte att bolaget kan ha haft också ett sådant intresse. Annonserna är dock inte utformade på det sättet. Enligt Arbetsdomstolens mening kan de åberopade annonserna inte läsas på annat sätt än att också den med annan huvudsaklig sysselsättning kunnat komma i fråga för det utannonserade arbetet.

A.A. var varken studerande eller pensionär. Att bolaget kände till detta är ostridigt, eller i vart fall klarlagt genom utredningen. A.A. har berättat att bolaget trots detta var intresserat av henne fram till dess att hon berättade att hon på ”sin andra halva” uppbar sjukersättning, vilket ostridigt inte är att jämföra med annan huvudsaklig sysselsättning enligt bemanningsavtalen. Arbetsdomstolen bedömer A.A. uppgifter som trovärdiga. Såvitt avser samtalet den 1 december 2015 får hennes uppgifter dessutom stöd av vad L.A. berättat. J.P. har inte hörts, och något som motbevisar A.A. uppgifter om vad som sades under samtalen har alltså inte lagts fram.

Mot bakgrund av ovanstående finner Arbetsdomstolen det visat att bolaget såvitt avser de arbeten A.A. sökt respektive gjort förfrågan om under hösten 2015 tillämpat det aktuella sysselsättningskravet, på så sätt att bolaget varit berett att låta A.A. delta i den fortsatta rekryteringsprocessen om hon hade uppfyllt kravet på annan huvudsaklig sysselsättning. Arbetsdomstolen finner utrett att bolaget med hänvisning till ett sysselsättningskrav om minst 50 procent av heltid ”sällade bort” A.A. i rekryteringsförfarandet. Att möjligheten att visstidsanställa den med annan huvudsaklig sysselsättning vid dessa tillfällen inte fanns i bemanningsavtalet för tjänstemän föranleder ingen annan bedömning. Arbetsdomstolen har ingen anledning att tro att bolaget medvetet skulle ha tillämpat ett ”eget” krav för visstidsanställning vid sidan av kollektivavtalet. Arbetsgivarparterna har dock vidgått att det under hösten 2015 fanns en viss förvirring kring den aktuella anställningsformen och gränsdragningen mellan de båda kollektivavtalen. I arbetsgivarparternas yttranden till DO i februari och maj 2016 anges också felaktigt att sysselsättningskravet följer av båda bemanningsavtalen. Det ligger därför närmare till hands att anta att bolaget i stället var av uppfattningen att kravet följde av kollektivavtal oavsett kollektivavtalsområde.

Genom A.A. uppgifter är det, enligt Arbetsdomstolens mening, visat att bolaget sorterat bort henne i rekryteringsprocessen på grund av att hon inte hade någon annan huvudsaklig sysselsättning om 50 procent av heltid, dvs. i form av huvudsakligen anställning eller egen verksamhet.

Arbetsdomstolens sammantagna bedömning är alltså att bolaget såvitt avser tillfällena under hösten 2015 tillämpat det påstådda sysselsättningskravet i förhållande till A.A.

#### Augusti 2017

Av utredningen framgår följande om tillfället i augusti 2017.

Bolaget sökte personal genom annonsen ”Vill du utvecklas inom kundservice? Ledigt extrajobb i Malmö!”. Arbetet var ostridigt ett tjänstemannarbete. A.A. sökte arbete hos bolaget med anledning av annonsen och kontaktades av bolaget per telefon den 17 augusti 2017. Hon missade samtalet, men ringde sedan upp och spelade då in samtalet. A.A. har uppgett att hon då fick samma besked som hon fått vid tillfällena under hösten 2015.

Av det inspelade telefonsamtalet framgår bl.a. följande. Rekryteraren frågar A.A. vad hon har för annan huvudsaklig sysselsättning och får till svar att hon uppstår sjukersättning. Rekryteraren förklarar, efter att ha konsulterat en kollega, att det inte är en godkänd annan huvudsaklig sysselsättning enligt kollektivavtalet och att A.A. därför inte kan komma i fråga för arbetet.

I augusti 2017 fanns möjligheten att visstidsanställa den med annan huvudsaklig sysselsättning också i bemanningsavtalet för tjänstemän. Arbetsdomstolen kan inledningsvis konstatera att det av A.A. uppgifter såväl som det inspelade samtalet framgår att bolaget sorterat bort henne i

rekryteringsprocessen på grund av att hon saknat annan huvudsaklig sysselsättning. Genom denna bevisning är det alltså visat att bolaget tillämpat ett sysselsättningskrav om annan huvudsaklig sysselsättning i förhållande till henne också vid detta tillfälle.

Arbetsgivarparterna har vid denna bedömning gjort gällande att det krav bolaget i så fall tillämpat är det som följer av kollektivavtalets innebörd vid sjukersättning, dvs. ett sysselsättningskrav på omkring 25 procent av heltid. Enligt DO har bolaget fortsatt att tillämpa ett sysselsättningskrav på minst 50 procent av heltid, i relation till A.A. Arbetsdomstolen gör i denna fråga följande bedömning.

I den aktuella annonsen, och i de andra av DO åberopade annonserna som avser tiden efter den 1 maj 2017, anges att bolaget bl.a. söker den med annan huvudsaklig sysselsättning på minst 50 procent. Utgångspunkten enligt kollektivavtalet är att sökanden ska ha annan huvudsaklig sysselsättning innebärande sysselsättning på omkring just 50 procent. Detta innebär dock inte i sig att bolaget inte tillämpat sysselsättningskravet på annat sätt avseende personer med sjukersättning. Det finns dock ingenting i utredningen som talar för att bolaget faktiskt tillämpat sysselsättningskravet på annat sätt än som just ett krav på annan sysselsättning om minst 50 procent av heltid. Det anges inte i de åberopade annonserna att kravet kan tillämpas annorlunda vid sjukersättning. Inte heller i telefonsamtalet mellan A.A. och bolaget den 17 augusti 2017 nämns något om att hon skulle kunna komma i fråga om hon hade t.ex. en anställning om 25 procent. Arbetsdomstolen finner därför att den bevisning som DO har presenterat är tillräcklig för att det ska anses visat att bolaget i förhållande till A.A. tillämpat påstått sysselsättningskrav om minst 50 procent av heltid också vid detta tillfälle.

#### *Direkt diskriminering?*

Arbetsdomstolen har funnit att bolaget sorterat bort A.A. i rekryteringsprocessen med tillämpning av ett sysselsättningskrav om minst 50 procent av heltid. Det är, som redovisats ovan, ostridigt att det innebär ett missgynnande att inte få ingå det ramavtal som bolaget erbjuder och därmed inte komma i fråga för anställning hos bolaget och uthyrning till ett kundföretag. Frågan är om missgynnandet – att hon redan inledningsvis bortsorteras – har inneburit att A.A. utsatts för diskriminering i strid med diskrimineringslagen, i form av antingen direkt diskriminering eller indirekt diskriminering. DO har i första hand gjort gällande direkt diskriminering.

Som Arbetsdomstolen redan anfört avser direkt diskriminering sådana situationer där det finns ett rakt orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden, medan indirekt diskriminering avser situationer där en enskild person missgynnas genom tillämpning av t.ex. ett kriterium som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer som tillhör en viss mot diskriminering skyddad grupp, i detta fall personer med funktionsnedsättning.



Det ifrågavarande kriteriet för anställning – sysselsättningskravet – framstår som neutralt på så sätt att det inte direkt pekar ut personer som tillhör gruppen personer med funktionsnedsättning. Sysselsättningskravet anger vem som kan anställas, inte att personer med funktionsnedsättning inte kan komma i fråga för anställning. Redan därav framstår det som att missgynnandet inte skulle kunna avse direkt diskriminering. Skiljelinjen mellan direkt och indirekt diskriminering är dock inte så entydig, vilket framgår av bl.a. följande rättsfall.

I AD 2011 nr 37 hade ett flygbolag i enlighet med en s.k. avtalsturlista sagt upp bl.a. 25 kabinanställda på grund av arbetsbrist. De lokala avtalsparterna angav i överenskommelsen om avtalsturlistan att en del av den övertalighet som förelåg skulle hanteras genom uppsägningar av de arbetstagare som var pensionsberättigade, eftersom de därigenom hade sin försörjning tryggad. Tvisten gällde bl.a. om åtgärden att säga upp de 25 kabinanställda i enlighet med avtalsturlistan inneburit att de utsatts för åldersdiskriminering. Arbetsdomstolen uttalade bl.a. följande (med beaktande av EU-domstolens dom Andersen, C-499/08, EU:C:2010:600 punkterna 23 och 24). Av begreppet i sig framgår inte att det var arbetstagare med viss ålder som skulle sägas upp. Av den mellan parterna gällande pensionsöverenskommelsen framgår dock att pensionsberättigad är den arbetstagare som fyllt 60 år. Detta innebär att begreppet pensionsberättigade omfattar enbart dem som fyllt 60 år. Kriteriet missgynnar alltså inte särskilt denna grupp bland de kabinanställda utan endast denna grupp. Arbetsdomstolen uttalade vidare att kriteriet pensionsberättigade därmed får anses oupplösligt förenat med arbetstagarnas ålder. Enligt Arbetsdomstolen stod det därmed klart att det förelegat ett direkt orsakssamband mellan uppsägningarna – beslutet om vilka som skulle sägas upp – och de 25 arbetstagarnas ålder.

EU-domstolens dom i mål C-267/12, Hay, EU:C:2013:823, gällde en homosexuell man som efter att ha ingått ett registrerat partnerskap med en annan man nekats rätt till förmåner som enligt ett kollektivavtal beviljades anställda som ingått äktenskap. Enligt den nationella lagstiftningen kunde endast personer av olika kön ingå äktenskap. EU-domstolen uttalade (punkten 44) att en särbehandling som grundas på arbetstagarnas äktenskapliga status och inte uttryckligen på deras sexuella läggning ändå utgör direkt diskriminering, om de homosexuella arbetstagarna är oförmögna att upp-fylla villkoret därför att äktenskapet är förbehållet personer av samma kön (jfr EU-domstolens dom i mål C-267/06, Maruko, EU:C:2008:179).

I Svea hovrätts dom, RH 2014:9, hade ett försäkringsbolag nekat en mamma att teckna en barnförsäkring för sin dotter med hänvisning till en teckningsregel som innebar att försäkring aldrig meddelas i de fall vårdbidrag utgår för det aktuella barnet. Mamman i fråga fick vårdbidrag med anledning av dotterns hörselnedsättning. Domstolen fann att försäkringsbolaget hade gjort sig skyldigt till direkt diskriminering. Enligt domstolen uteslöts inte bara vissa barn med funktionsnedsättning, utan även vissa sjuka barn, och för dessa båda grupper förelåg direkt till följd av lag ett oupplösligt samband mellan en persons tillhörighet till gruppen i fråga och det förhållandet att han eller hon inte ens kunde komma i fråga för en

försäkring. Att även de sjuka barnen, som inte är skyddade enligt diskrimineringslagen, blir föremål för samma missgynnande behandling kunde enligt hovrättens mening inte anses försvaga orsakssambandet såvitt avsåg gruppen barn med funktionsnedsättning.

DO har framhållit att A.A., och personer som i likhet med henne har en funktionsnedsättning som innebär en nedsatt arbetsförmåga om 50 procent av heltid eller mer, inte kan uppfylla sysselsättningskravet och samtidigt utföra arbete för bolagets räkning. Enligt DO är denna grupp därmed, till skillnad från t.ex. heltidsarbetslösa personer med full funktionsförmåga, permanent uteslutna från att arbeta i bolagets uthyrningsverksamhet. Enligt DO finns det således ett sådant direkt samband mellan kravet och personer som tillhör gruppen funktionsnedsatta att det är fråga om direkt diskriminering.

Enligt arbetsgivarparterna ska prövningen ske utifrån reglerna om indirekt diskriminering.

Arbetsdomstolen gör följande bedömning.

Bolaget har inte nekat A.A. att ingå i den fortsatta rekryteringsprocessen med hänvisning till att hon hade en funktionsnedsättning, utan med hänvisning till att hon inte uppfyllde sysselsättningskravet. Som Arbetsdomstolen redan anfört pekar sysselsättningskravet – kravet att personen ska ha annan huvudsaklig sysselsättning – inte ut personer med funktionsnedsättning. Det är inte heller omöjligt för personer med funktionsnedsättning, där arbetsförmågan är nedsatt med 50 procent av heltid, att ha annan huvudsaklig sysselsättning, dvs. annan sysselsättning i form av arbete eller egen verksamhet på halvtid. En person med funktionsnedsättning, som innebär arbetsförmåga på halvtid, och som redan har en sysselsättning på halvtid kan dock inte därutöver utföra ytterligare arbete. Sysselsättningskravet och arbete hos bolaget blir alltså omöjligt att uppfylla i praktiken. Detta kan dock inte sägas innebära ett direkt samband mellan sysselsättningskravet och en funktionsnedsättning av aktuellt slag. Även flera andra grupper utesluts, t.ex. heltidsarbetslösa och deltidarbetslösa som arbetar mindre än 50 procent och personer med egen verksamhet som inte heller når upp till sysselsättningskravets omfattning samt den som bara vill arbeta som mest 50 procent av en heltid.

EU-domstolen har i domen *Chez*, C-83/14, EU:C:2015:480, uttalat att en åtgärd som ger upphov till olika behandling och som har införts av skäl som har samband med ras eller etniskt ursprung anses utgöra direkt diskriminering (se punkterna 91 och 95). DO har gjort gällande att aktuellt sysselsättningskrav just har till syfte att utesluta bl.a. personer som på grund av funktionsnedsättning har en nedsatt arbetsförmåga om minst 50 procent och att det därmed finns ett orsakssamband mellan skälen bakom kravet i fråga och de uteslutande konsekvenserna och att det därför är fråga om direkt diskriminering. Att det skulle finnas ett sådant syfte har bestritts av arbetsgivarparterna. Enligt Arbetsdomstolens mening finns det ingenting i utredningen

som talar för att det funnits ett sådant syfte. Att den nämnda gruppen utsluts får i stället, enligt Arbetsdomstolens mening, ses som en effekt av sysselsättningskravet.

Arbetsdomstolens sammanfattande bedömning är, redan med hänvisning till vad som ovan anförts, att A.A. inte kan anses ha utsatts för direkt diskriminering. Någon fortsatt prövning om hon utsatts för direkt diskriminering är därmed inte aktuell.

*Indirekt diskriminering?*

Ett särskilt missgynnande?

För att det ska vara fråga om indirekt diskriminering krävs, som ett första led, att t.ex. kriteriet i fråga kan komma att särskilt missgynna personer som tillhör en viss mot diskriminering skyddad grupp. Med detta avses inte att det ska ställas krav på att missgynnandet ska vara grövre eller värre än vid direkt diskriminering. Ordet ”särskilt” tar i stället sikte på frågan om sambandet mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. Någon som tillhör en skyddad grupp ska särskilt missgynnas i jämförelse med någon annan. Det ska vara diskrimineringsgrunden som leder till att personen typiskt sett missgynnas.

För att bedöma om t.ex. ett kriterium kan komma att särskilt missgynna en viss skyddad grupp ska en jämförelse alltså göras med någon annan grupp. Jämförelsen ska ta sikte på den andel av de som kan, eller inte kan, uppfylla kravet i de grupper som jämförs (se prop. 2007/08:95 s. 490).

Enligt DO är sysselsättningskravet sådant att det kan komma att särskilt missgynna personer som, i likhet med A.A., har en funktionsnedsättning som innebär ett hinder för dem att arbeta mer än halvtid.

Arbetsgivarparterna har bestritt detta och framhållit att även personer med sådan funktionsnedsättning kan ha arbete eller egen verksamhet i den omfattning att sysselsättningskravet uppfylls.

Arbetsdomstolen gör följande bedömning.

Det krav för anställning som bolaget tillämpat i förhållande till A.A. är ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning om minst 50 procent av heltid. Som redan anförts kan hon på grund av sin funktionsnedsättning och därmed sammanhängande arbetsförmåga på halvtid inte uppfylla detta sysselsättningskrav och därutöver utföra arbete för bolagets räkning, dvs. hyras ut till bolagets kundföretag. Enligt Arbetsdomstolens mening får det anses uteslutet att bolaget skulle anta personer till uthyrningspoolen om de inte också kan hyras ut för arbete hos ett kundföretag. Vad arbetsgivarparterna har anfört om att även personer med funktionsnedsättning med en sysselsättningsförmåga om 50 procent kan uppfylla kravet, saknar därmed betydelse. Enligt Arbetsdomstolens mening är det i stället uppenbart att sysselsättningskravet om minst 50 procent av heltid, innebärande arbete eller egen verksamhet, särskilt drabbar den grupp personer med funktionsnedsättning som A.A. tillhör.

Personer som inte har en funktionsnedsättning som innebär ett hinder att arbeta mer än halvtid kan ha en annan huvudsaklig sysselsättning, såsom t.ex. annan anställning eller egen verksamhet, motsvarande minst 50 procent av heltid och samtidigt utföra arbete för bolagets räkning. Det är möjligt för t.ex. en heltidsarbetslös person att få arbete och kunna uppfylla kravet, liksom för personer som av andra skäl för tillfället inte uppfyller kravet. För A.A. del är det emellertid fråga om ett krav som hon inte kan komma att uppfylla, då hennes funktionsnedsättning och arbetsoförmåga har bedömts som varaktig. Den grupp som hon tillhör och som utesluts från möjlighet till anställning med anledning av kravet är således särskilt utsatt jämfört med andra grupper.

Arbetsdomstolens bedömning är alltså att sysselsättningskravet i fråga kan komma att särskilt missgynna den grupp personer med funktionsnedsättning som A.A. tillhör, dvs. personer med funktionsnedsättning som inte kan arbeta mer än halvtid.

#### Sysselsättningskravets syften

Enligt arbetsgivarparterna syftar kollektivavtalsregleringen i fråga, dvs. kravet på annan huvudsaklig sysselsättning i båda bemanningsavtalen, till att dels möjliggöra tillfälligt extraarbete, dels förhindra missbruk och användandet av de aktuella visstidsanställningarna i andra situationer än de avsedda, dvs. som bisyssla. Det har inte framkommit, eller gjorts gällande, att bolaget skulle ha haft några andra syften med att tillämpa kravet. Det är alltså i förhållande till dessa två syften som den fortsatta prövningen ska ske. Det är ostridigt att dessa syften är berättigade syften.

#### Är sysselsättningskravet lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftena?

Det ankommer på arbetsgivarparterna att visa att sysselsättningskravet är ett lämpligt och nödvändigt medel för att uppnå de angivna syftena, att möjliggöra extraarbete samt förhindra missbruk av behovsanställningar. Prövningen av om arbetsgivarparterna visat detta ska innefatta en intresseavvägning, eller proportionalitetsbedömning (se prop. 2008/09:95 s. 491 f.).

Arbetsgivarparterna, som menar att sysselsättningskravet är lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftena, har framhållit följande. Tidsbegränsad anställning för den som har annan huvudsaklig sysselsättning möjliggör återkommande korta anställningar och är avsedd för arbetstagare som vill ha tillfälligt extraarbete. Eftersom det rör sig om osäkra anställningar, sett från arbetstagarsynpunkt, har sysselsättningskravet uppställts för att säkerställa att visstidsanställningen endast används i avsedda fall, dvs. att anställningen för arbetstagaren är en bisyssla. Möjligheten att använda sig av visstidsanställningen i fråga är alltså starkt kringskuren i bemanningsavtalen och är ett resultat av förhandlingar på förbunds nivå. Den aktuella visstidsanställningen är dock endast en av flera former av tidsbegränsade anställningar enligt bemanningsavtalen. De övriga innehåller inget sysselsättningskrav och det är även möjligt att som tillsvidareanställd arbeta deltid. Anställningsformen och dess sysselsättningskrav måste bedömas med beaktande av bemanningsavtalen som en helhet.

DO, som är av motsatt uppfattning, har anfört följande. Kravet på annan huvudsaklig sysselsättning, som huvudsakligen enbart avser arbete i anställning eller egen verksamhet, begränsar endast vilka som kan komma i fråga för denna form av visstidsanställning, inte användandet av anställningsformen i sig. En mindre ingripande åtgärd för att begränsa missbruk och användandet av behovsanställningar hade varit att t.ex. tillämpa en tidsgräns av något slag. Möjligheten för andra grupper att arbeta extra blir inte mindre av att de med nedsatt arbetsförmåga också får möjlighet att göra detta. Personer med funktionsnedsättning i form av nedsatt arbetsförmåga har ett särskilt starkt intresse av att för sin försörjning kunna få deltidsarbeten eftersom de inte kan utföra heltidsarbeten.

Arbetsdomstolen gör följande bedömning.

Såvitt avser syftet att möjliggöra tillfälligt extraarbete, kan Arbetsdomstolen konstatera att kravet utesluter A.A., och den grupp personer hon tillhör, från den möjligheten och att om det var det enda syftet framstår kravet inte som lämpligt eller nödvändigt. Skälet till att möjligheten till behovsanställning utformats på aktuellt sätt med ett sysselsättningskrav är, enligt kollektivavtalsparterna, att möjligheten till visstidsanställning vid behov, som bisyssla, inte heller ska missbrukas. Vad gäller detta syfte har arbetsgivarparterna just argumenterat utifrån intresset, främst från arbetstagarhåll, av att otrygga anställningsformer inte missbrukas. Vid de aktuella visstidsanställningarna utgör varje enskilt tillfälle som arbetstagaren accepterar ett erbjudande om arbete för viss tid en anställning. Perioden mellan dessa anställningar är inte anställningstid och någon lön eller annan ersättning utgår därför inte för den tiden. Arbetsgivarparterna har framhållit att sysselsättningskravet har förhandlats fram av kollektivavtalsparterna på central nivå. För att begränsa användandet av behovsanställningar har kollektivavtalsparterna, i stället för att t.ex. använda en tidsgräns, valt att som objektiv grund för dessa anställningar uppställa kravet på att den anställde ska ha annan huvudsaklig sysselsättning.

Arbetsdomstolen utgår, som arbetsgivarparterna anfört, från att möjligheten att visstidsanställa den som har annan huvudsaklig sysselsättning har införts i bemanningsavtalen efter seriösa överväganden och att parterna i båda bemanningsavtalen bedömt att sysselsättningskravet är lämpligt och nödvändigt för att säkerställa att anställningsformen endast används i avsedda fall, dvs. att anställningen för arbetstagaren ska utgöra en bisyssla. Frågan är dock om det, för att uppnå detta syfte, är lämpligt och nödvändigt att utesluta den grupp som A.A. tillhör. Vid denna bedömning är det av intresse vad som legat till grund för kollektivavtalsparternas bedömning i frågan.

Akademikerförbunden, genom Sveriges Ingenjörer, Unionen och samtliga LO-förbund, genom IF Metall, har yttrat sig om regleringen.

Av Akademikerförbundens och Unionens samstämmiga yttranden kan bl.a. följande utläsas. Det aktuella kollektivavtalet innehåller en uttömmande reglering av de anställningsformer som är tillgängliga på avtalsområdet.

Som huvudregel ska tillsvidareanställning användas som anställningsform. För ambulerande tjänstemän, dvs. tjänstemän som hyrs ut till kundföretag, finns inte någon kollektivavtalad anställningsform som motsvarar den allmänna visstidsanställningen i anställningsskyddslagen. Detta för att motverka att tjänstemännen enbart anställs för ett visst kunduppdrag. Den bärande tanken är att ambulerande tjänstemän i så stor utsträckning som möjligt, i enlighet med huvudregeln, ska vara tillsvidareanställda hos uthyraren och få lön mellan uppdragen.

I Unionens yttrande anges därutöver bl.a. att syftet med regeln är att kunna erbjuda personer som redan har sin försörjning från annan sysselsättning att arbeta extra.

Motsvarande bild av det bakomliggande syftet med sysselsättningskravet i bemanningsavtalet för arbetare har lyfts fram i yttrandet från LO-förbunden. I yttrandet anges bl.a. följande.

Parterna var/är överens om att denna anställning endast kan erbjudas den som har annan huvudsaklig anställning och därmed en annan huvudsaklig försörjning. Den som inte har en annan huvudsaklig anställning kan aldrig bli aktuell för återkommande korta anställningar då den sätter avtalets skyddsregler ur spel då man inte erhåller vare sig garantilön eller annan trygghet.

M.K., tidigare förhandlare hos Almega och som var med vid de avtalsförhandlingar som ledde till att möjligheten att visstidsanställa den med annan huvudsaklig sysselsättning infördes i bemanningsavtalet för arbetare, har uppgett följande. Det fanns från arbetsgivarhåll ett behov av intermittenta anställningar. Förbunden på arbetstagarsidan var angelägna om att det inte skulle vara fritt fram för sådana anställningar. Arbetsgivarsidan lade därför fram förslaget om ”annan huvudsaklig sysselsättning” som villkor för behovsanställningsformen, vilket godtogs av arbetstagarsidan. Avsikten var att den anställde skulle ha sin huvudsakliga försörjning på annat håll. Sjukersättning var aldrig uppe som ett konkret exempel. Däremot var avtalsparterna eniga om att ersättning från arbetslöshetsförsäkringen inte skulle likställas med ”annan huvudsaklig sysselsättning”, utan det skulle vara fråga om en sysselsättning mer lik ett arbete.

Mot bakgrund av yttrandena från kollektivavtalsparterna på arbetstagarsidan samt M.K.s uppgifter framstår det, enligt Arbetsdomstolens mening, som att det huvudsakligen var försörjningsaspekten som låg till grund för att sysselsättningskravet infördes och att behovsanställning som bisyssla godtogs.

A.A. uppbär sjukersättning motsvarande hennes nedsättning av arbetsförmågan. Hon har därigenom på ett bestående sätt sin försörjning tryggad såvitt avser den del av heltid som hon saknar arbetsförmåga. Arbetsdomstolen har därför svårt att se att det, utifrån försörjningsaspekten, är nödvändigt att utesluta henne från tillämpningsområdet för de aktuella behovsanställningarna. Hon har i samma mån som t.ex. en halvtidsanställd sin försörjning tryggad, dvs. på halvtid.

Arbetsgivarparterna har framhållit att bemanningsavtalen erbjuder flera andra former av visstidsanställningar och att det även är möjligt att arbeta deltid som tillsvidareanställd. Enligt arbetsgivarparterna måste detta beaktas vid bedömningen. Enligt Arbetsdomstolens mening kan detta argument dock inte rättfärdiga att A.A., och den grupp personer hon tillhör, utesluts från den aktuella anställningsformen. Intresset av att hon, och andra som i likhet med henne har en funktionsnedsättning som innebär ett hinder att arbeta mer än halvtid, får möjlighet att arbeta i den utsträckning hon kan få anses vara mycket starkt. Den som har en funktionsnedsättning som innebär nedsatt arbetsförmåga till hälften och som därmed är arbetsför upp till 50 procent av en heltid kan ha svårt att få deltidsanställningar. En möjlighet att få behovsanställningar kan vara ett sätt att visa just sin resterande arbetsförmåga och kompetens.

Vid en samlad bedömning finner Arbetsdomstolen att arbetsgivarparterna inte har visat att sysselsättningskravet – innebärande enbart annan anställning, egen näringsverksamhet eller annat, t.ex. idrottande på elitnivå, om 50 procent av heltid – är lämpligt och nödvändigt för att uppnå de angivna syftena.

Slutsatsen av Arbetsdomstolens ovan gjorda bedömningar är att bolaget utsatt A.A. för indirekt diskriminering vid de två tillfällen hon sökt arbete och det tillfälle hon gjort förfrågan om arbete hos bolaget.

#### *Frågan om A.A. utsatts för ytterligare diskriminering*

Som redovisats inledningsvis har DO gjort gällande att A.A. även utsatts för diskriminering genom att bolaget under i målet aktuell tid uppställt och upprätthållit ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning om minst 50 procent av heltid för att komma i fråga för anställning hos bolaget i dess uthyrningsverksamhet, dvs. för den som inte är studerande eller pensionär. Enligt DO har upprätthållandet av sysselsättningskravet i sig, oavsett de besked hon fått, uteslutit A.A. från möjlighet till anställning hos bolaget och avskräckt henne från att söka anställning hos bolaget inom båda kollektivavtalsområdena.

Arbetsgivarparternas ståndpunkt är sammanfattningsvis att det inte kan vara fråga om diskriminering med rätt till diskrimineringsersättning, förrän i vart fall sysselsättningskravet tillämpas på en person som gör en förfrågan om arbete och på grund av det får ett negativt besked.

DO har hänvisat till EU-domstolens dom Firma Feryn, C 54-07, EU:C:2008:397. Målet rörde ett offentligt uttalande som en företrädare för ett bolag hade gjort där företrädaren sagt att bolaget inte ville anställa montörer med utländsk härkomst, på grund av kundernas motvilja mot att ge dem tillträde till sina hem. En organisation, som inte förde talan för någon som ansåg sig diskriminerad, väckte talan mot bolaget och ville ha fastställt att bolaget tillämpade en diskriminerande anställningspolicy. EU-domstolen uttalade att diskriminering kan föreligga utan att det finns en identifierbar person som anser sig vara diskriminerad. Domstolen anförde att det faktum att en arbetsgivare offentligt uttalar att han inte kommer att anställa personer

med viss etnisk tillhörighet, kan avskräcka dessa från att söka arbete och kan därför utgöra ett hinder för deras tillträde på arbetsmarknaden. Beteendet utgjorde därför direkt diskriminering enligt EU-domstolen.

Arbetsdomstolen gör följande bedömning.

EU-domstolen fastslår i Firma Feryn-domen att en arbetsgivares offentliga uttalande, om att arbetsgivaren inte kommer att anställa arbetstagare med visst etniskt ursprung eller av viss ras, utgör direkt diskriminering avseende anställning, eftersom sådana uttalanden starkt kan avskräcka vissa arbetssökande från att anmäla sitt intresse för ett arbete. EU-domstolen uttalar vidare att direktivet (artikel 7 i rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung) inte utgör hinder för att medlemsstaterna ger föreningar eller andra organ rätt att anhängiggöra rättsliga eller administrativa förfaranden med syfte att säkerställa efterlevnaden av skyldigheterna enligt direktivet, utan att de agerar för en bestämd klagandes räkning och även om det inte finns några identifierbara klagande. Domstolen påpekar att det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om det finns en sådan möjlighet enligt den nationella lagstiftningen.

I aktuellt fall för DO talan för A.A. Arbetsdomstolen har funnit att bolaget sorterat bort henne i rekryteringsprocessen med tillämpning av kravet på annan huvudsaklig sysselsättning när hon sökt och gjort förfrågan om arbeten, tjänstemannaarbeten, och att hon därigenom utsatts för indirekt diskriminering. Bolaget är därmed skyldigt att betala diskrimineringsersättning till henne.

Enligt DO har A.A. dock inte enbart sorterats bort i de aktuella rekryteringsprocesserna, utan även uteslutits och avskräckts från att söka andra arbeten hos bolaget när hon upplysts om att bolaget tillämpar ett krav som hon inte kan uppfylla och därför inte kan ingå i uthyrningspoolen. Enligt DO är hon därmed skadelidande.

Det DO gör gällande är att A.A. har utsatts för diskriminering från och med det att hon upplysts om att hon inte kunde komma i fråga för anställning i uthyrningsverksamheten eftersom hon inte uppfyllde sysselsättningskravet, och fram till dess att kravet ändras eller tas bort, eller med andra ord någon form av fortgående, perdurerande, diskriminering.

Arbetsdomstolen kan konstatera att bolaget, i annonser som åberopats av DO och som avser tjänstemannaarbeten, sökt personer för behovsanställning och då uppgett att personen – om den inte är studerande alternativt pensionär – kan komma i fråga för anställning om han eller hon har en annan huvudsaklig sysselsättning. Enligt Arbetsdomstolens mening kan kravet i sig i dessa annonser inte anses utgöra direkt diskriminering på det sätt som var fallet i Firma Feryn-domen. Personer med funktionsnedsättning pekas inte ut i annonserna. Inget i annonserna talar heller för att personer med funktionsnedsättning och begränsad arbetsförmåga, med anledning av annonsernas utformning, skulle bli avskräckta från att söka arbete hos bolaget. Redan på grund härav kan A.A. inte anses ha blivit utsatt för direkt



diskriminering, med rätt till diskrimineringsersättning, genom att bolaget offentligt i annonser uppställt kravet.

Bolaget kan inte heller, enligt Arbetsdomstolens mening, enbart genom att i annonser avseende tjänstemannarbeten, efter november 2015, fortsatt att uppge att det kan tänka sig att anställa personer med annan huvudsaklig sysselsättning anses ha utsatt A.A. för fortsatt indirekt diskriminering, med rätt till diskrimineringsersättning. Detta trots att hon då fått besked om att hon inte kunde komma i fråga för visstidsanställning, eftersom hon inte hade annan sysselsättning om minst 50 procent. Någon rätt till eller skyldighet att betala diskrimineringsersättning enligt diskrimineringslagen kan inte anses finnas i de fall en arbetsgivare på en arbetssökande tillämpat ett krav för anställning som funnits vara indirekt diskriminerande och arbetssökanden med anledning av kravet avstår från att fortsättningsvis söka eller en göra en förfrågan om sådan anställning.

DO har också gjort gällande att A.A. avskräckts från att söka arbeten inom tillämpningsområdet för bemanningsavtalet för arbetare. Det är ostridigt att bolaget även har kunder som hyr in arbetskraft av bolaget för att bemanna arbeten inom det avtalets tillämpningsområde och att möjligheten att visstidsanställa den med annan huvudsaklig sysselsättning funnits i det avtalet under i målet aktuell period. A.A. har i förhör uppgett att hon mycket väl skulle ha kunnat tänka sig att arbeta inom även det området. Arbetsdomstolen kan dock konstatera att hon inte ens visat intresse för något sådant arbete och att bolaget inte heller tillämpat sysselsättningskravet gentemot henne såvitt avser arbete inom arbetarområdet. Enligt Arbetsdomstolens mening har DO inte ens gjort antagligt att A.A. under aktuell period utsatts för någon form av diskriminering såvitt avser arbeten på arbetarområdet.

Slutsatsen av det anförda är att bolaget inte utsatt A.A. för diskriminering under i målet aktuell tid, utöver vid de tre tillfällen som Arbetsdomstolen funnit ovan.

I sammanhanget bör dock tilläggas att den omständigheten att domstolen funnit att A.A. utsatts för diskriminering vid flera tillfällen utspritt under en lång tidsperiod har betydelse för diskrimineringsersättningens storlek.

#### *Diskrimineringsersättningens storlek*

Enligt 5 kap. 1 § första stycket diskrimineringslagen ska den som bryter mot förbuden mot diskriminering betala diskrimineringsersättning för den kränkning som överträdelsen innebär. I lagrummet anges vidare att när ersättningen bestäms ska särskilt syftet att motverka sådana överträdelser av lagen beaktas.

Av förarbetena till diskrimineringslagen (prop. 2007/08:95 s. 398 f.) framgår att diskrimineringsersättning i varje enskilt fall ska bestämmas så att den utgör en rimlig compensation till den drabbade – utifrån allvaret i den överträdelse av lagstiftningen som han eller hon utsatts för – och dessutom bidrar till att på ett effektivt sätt motverka förekomsten av diskriminering i

samhället. Arbetsdomstolen har vid flera tillfällen prövat vilken diskrimineringsersättning som ska dömas ut vid olika fall av diskriminering (se AD 2014 nr 19 och AD 2016 nr 38 med där angivna rättsfall).

Arbetsdomstolen gör följande bedömning.

A.A. har utsatts för indirekt diskriminering vid tre tillfällen, två gånger hösten 2015 och en gång i augusti 2017. Hon har genom att ha bortsorteras i rekryteringsprocessen vid dessa tillfällen gått miste om möjligheten att komma i fråga för att ingå i bolagets uthyrningspool och därmed från möjligheten att få en behovsanställning.

I fall där en diskriminering lett till att en person skiljts från pågående anställning bör diskrimineringsersättningen, enligt Arbetsdomstolens mening, sättas högt och lägre om den diskriminerade gått miste om ett sökt arbete. I aktuellt fall bör beaktas att det inte varit fråga om ett diskriminerande anställningsbeslut och inte heller fråga om tillsvidareanställningar, utan det A.A. gått miste om är möjligheten att ingå i en uthyrningspool som i sin tur skulle ha kunnat leda till behovsanställningar. Å andra sidan bör beaktas att sådana anställningar skulle kunnat vara viktiga för A.A. i sin strävan att visa att hon faktiskt är arbetsför på halvtid och att det varit fråga om ett upprepat beteende.

Arbetsdomstolen finner vid en samlad bedömning att diskrimineringsersättningen bör bestämmas till 70 000 kr såvitt avser tillfällena hösten 2015 och till 40 000 kr såvitt avser tillfället i augusti 2017, dvs. ett sammanlagt belopp om 110 000 kr. Ränta ska belöpa på 70 000 kr från den 22 juli 2016 och på 40 000 kr från den 19 mars 2018, allt till dess betalning sker.

#### *Yrkandena om jämkning alternativt ogiltigförklaring*

DO har yrkat att Arbetsdomstolen ska på visst sätt jämka alternativt ogiltigförklara bestämmelsen om möjlighet att tidsbegränsat anställa den som har annan huvudsaklig sysselsättning i såväl bemanningsavtalet för tjänstemän som bemanningsavtalet för arbetare, vilket arbetsgivarparterna motsatt sig.

#### Rättighetsstadgan

DO har åberopat artikel 15 och 47 i EU:s rättighetsstadga (Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna) till stöd för att kollektivavtalsregleringen i fråga ska jämkas eller ogiltigförklaras. I artikel 15 anges bl.a. att var och en har rätt att arbeta och utöva ett fritt valt eller accepterat yrke samt att varje unionsmedborgare har rätt att söka arbete, arbeta, etablera sig samt tillhandahålla tjänster i varje medlemsstat. Av artikel 47 följer bl.a. att var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför domstol.

Enligt Arbetsdomstolens mening följer inte av artikel 15 och 47 i rättighetsstadgan att diskriminerande avtalsvillkor ska jämkas eller ogiltigförklaras. Att en sådan möjlighet ska finnas följer dock av rådets direktiv 2000/78/EG

om inrättandet av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet och av diskrimineringslagen, vilket redovisas nedan.

Någon på rättighetsstadgan självständig grund för jämkning eller ogiltigförklaring finns alltså, enligt Arbetsdomstolens mening, inte. DO:s yrkanden härom kan alltså inte vinna bifall på den grunden.

#### Diskrimineringslagen m.m.

Som redan angetts föreskrivs i 5 kap. 3 § diskrimineringslagen att om någon diskrimineras genom en bestämmelse i bl.a. ett kollektivavtal på ett sätt som är förbjudet enligt lagen, ska bestämmelsen jämkas eller förklaras ogiltig om den som diskriminerats begär det.

Bestämmelsen har sin bakgrund bl.a. i rådets direktiv 2000/78/EG om inrättandet av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet. Enligt artikel 16 i direktivet har medlemsstaterna en skyldighet att vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att bestämmelser som strider mot likabehandlingsprincipen och som finns i individuella avtal, kollektivavtal, interna regler för företag, regler för fria yrkesutövare och i regler för arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer, kan förklaras ogiltiga eller ändras.

Ogiltighetsregler fanns tidigare i jämställdhetslagen och 1999 års arbetsrättsliga lagar, dvs. lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning. I t.ex. 1999 års arbetsrättsliga lagar angavs att om en arbetstagare diskriminerades genom en bestämmelse i ett avtal med arbetsgivaren på ett sätt som var förbjudet enligt lagarna kunde bestämmelsen jämkas eller förklaras ogiltig, om arbetstagaren begärde det. Därutöver gällde att om en arbets sökande eller arbetstagare diskriminerades på ett sätt som var förbjudet enligt lagarna genom en ordningsregel eller liknande intern bestämmelse på arbetsplatsen, kunde bestämmelsen jämkas eller förklaras sakna verkan om den arbets sökande eller arbetstagaren begärde det.

Av förarbeten till diskrimineringslagen (prop. 2007/08:95 s. 417) framgår enbart att ogiltighetsreglerna i de då gällande lagarna kunde utan materiella ändringar flyttas över till den nya diskrimineringslagen.

Arbetsdomstolen har jämkat diskriminerande bestämmelser i kollektivavtal enligt 6 § lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning (2002 års lag), se AD 2017 nr 31. Parter i målet var Saco-S genom Reservofficerarna och staten genom Arbetsgivarverket och mellan parterna gällde kollektivavtal, bl.a. det s.k. rörlighetsavtalet. Målet rörde bl.a. reservofficerare hos Försvarsmakten, medlemmar hos Reservofficerarna, som anställts på viss tid för en utbildning i Sverige inför en militär insats utomlands och då inte fått s.k. logitillägg enligt aktuellt kollektivavtal, vilket de tillsvidareanställda fått. Arbetsdomstolen fann att de visstidsanställda diskriminerats i strid med

2002 års lag och att vid sådant förhållande skulle det aktuella kollektivavtalet jämkas i enlighet med vad parterna var överens om.

#### Arbetsdomstolens bedömning

Arbetsdomstolen har funnit att bolaget utsatt A.A. för indirekt diskriminering genom att bolaget för tidsbegränsat arbete i bolagets uthyrningsverksamhet på tjänstemannaområdet tillämpat ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning om minst 50 procent, i form av huvudsakligen anställning eller egen verksamhet. Ett av de tillfällen domstolen funnit att hon diskriminerats har varit i augusti 2017. Vid det tillfället hade bemanningsavtalet för tjänstemän tillförts möjligheten att tidsbegränsat anställa ambulerande tjänstemän med annan huvudsaklig sysselsättning.

Av anmärkningen till bestämmelsen i fråga framgår att med annan huvudsaklig sysselsättning avses att tjänstemannen har annan eller andra anställningar, bedriver aktiv näringsverksamhet eller av annat yrkesmässigt skäl inte har möjlighet att stå till arbetsgivarens förfogande i en omfattning som i genomsnitt uppgår till omkring 50 procent av en heltidsanställning. Det är därutöver upplyst att kollektivavtalsparterna i fråga om personer som är sjukskrivna eller uppbär sjukersättning är överens om att sysselsättningskravet ska bedömas i förhållande till arbetsförmågan, på så sätt att en person som t.ex. har sjukersättning på 50 procent av heltid måste ha en annan huvudsaklig sysselsättning som omfattar omkring 25 procent av heltid. Kollektivavtalsparternas ståndpunkt får förstås så att de vid avtalstillfället var eniga om att kravet på annan huvudsaklig sysselsättning ska förstås på detta sätt. Den aktuella kollektivavtalsregleringen har således denna innebörd.

Bolagets agerande att i augusti 2017 inte gå vidare med A.A. i rekryteringsprocessen, eftersom hon inte uppfyllde ett krav på annan sysselsättning om minst 50 procent av heltid, var alltså inte en korrekt tillämpning av kollektivavtalet, utan en tillämpning av ett annat sysselsättningskrav än det som kollektivavtalsparterna kommit överens om skulle gälla för en arbetssökande som har sjukersättning med 50 procent av heltid.

A.A. har alltså inte diskriminerats genom kravet enligt kollektivavtalsbestämmelsen i fråga, utan genom ett annat krav tillämpat av bolaget. Någon grund för att jämka bestämmelsen i fråga i bemanningsavtalet för tjänstemän – med stöd av regleringen i diskrimineringslagen – finns därmed redan av den anledningen inte.

Arbetsdomstolen har därutöver inte funnit att bolaget utsatt A.A. för diskriminering såvitt avser arbeten inom tillämpningsområdet för bemanningsavtalet för arbetare. Någon grund för jämkning eller ogiltigförklaring av aktuell bestämmelse med stöd av regleringen i diskrimineringslagen i det bemanningsavtalet finns därmed inte heller.

#### *Frågan om förhandsavgörande*

Arbetsdomstolen har kommit fram till att A.A. utsatts för indirekt diskriminering av bolaget. Domstolen finner därmed att det inte finns skäl

för att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen på sätt DO begärt. Arbetsdomstolen har, för att kunna döma i målet, inte varit beroende av de frågeställningar som DO önskat få besvarade. DO:s begäran om att Arbetsdomstolen ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen ska därför avslås.

#### *Rättegångskostnader*

Den angivna utgången innebär att arbetsgivarparterna får anses vara förlo-rande parter. De ska därmed ersätta DO för myndighetens rättegångskostna-der. Om beloppet råder ingen tvist.

Med tillämpning av 5 kap. 2 § tredje stycket arbetstvistlagen finner Arbets-domstolen att arbetsgivarparterna ska betala ersättningen med hälften var-dera.

#### **Domslut**

1. Arbetsdomstolen förpliktar Manpower Student AB att till A.A. betala diskrimineringsersättning med sammanlagt 110 000 kr, med ränta enligt 6 § räntelagen på 70 000 kr från den 22 juli 2016 och på 40 000 kr från den 19 mars 2018, allt till dess betalning sker.
2. Diskrimineringsombudsmannens yrkande om jämkning alternativt ogil-tigförklaring på visst sätt av kollektivavtalsbestämmelser avslås.
3. Diskrimineringsombudsmannens yrkande om inhämtande av förhandsav-görande från EU-domstolen avslås.
4. Arbetsdomstolen förpliktar Bemanningföretagen och Manpower Student AB att med hälften vardera ersätta Diskrimineringsombudsmannens rätte-gångskostnader med 78 766 kr, varav 71 240 kr avser ombudsarvode, med ränta enligt 6 § räntelagen på det förstnämnda beloppet från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Cathrine Lilja Hansson, Peter Syrén, Inga Jerkeman, Elisabeth Ankarcrona och Paul Lidehäll. Enhälligt.

Rättssekreterare: Malin Simon Holm

**juni 18 s 50**

**AD 2018 nr 42**