

aktuell arbetsrätt

MÅNADSRAPPORT NOVEMBER 2018

novemberrapporten innehåller följande domar

- AD 2018 nr 69, som handlar om tolkning av kollektivavtal – ordalydelseprincipen, s 1
- AD 2018 nr 74, som handlar om avslutande av provanställning för gravid kvinna – diskriminering, s 11

De Bästa Hälsningar



Tommy Iseskog

Domar från Arbetsdomstolen november 2018

1. AD 2018 nr 68

Tredskodom

2. AD 2018 nr 69

Fallet, som handlar om tolkning av kollektivavtal – ordalydelseprincipen, refereras ingående på vita blad.

3. AD 2018 nr 70

Förlikning

4. AD 2018 nr 71

Tredskodom

5. AD 2018 nr 72

Förlikning

6. AD 2018 nr 73

Tredskodom

7. AD 2018 nr 74

Fallet, som handlar om avslutande av provanställning för gravid kvinna – diskriminering, refereras ingående på vita blad.

ARBETSDOMSTOLEN

DOM
2018-11-14
Stockholm

Dom nr 69/18
Mål nr A 110/17

KÄRANDE

Svenska Kommunalarbetareförbundet, Box 19039, 104 32 Stockholm
Ombud: förbundsjuristen Henric Ask, LO-TCO Rättsskydd AB, Box 1155,
111 81 Stockholm

SVARANDE

1. Sveriges Bussföretag, Box 5384, 102 49 Stockholm
2. Nettbuss Aktiebolag, 556429-0319, Polhemsplatsen 5, 411 11 Göteborg
Ombud för båda: chefsjuristen Jan Bergman, Transportföretagen, Box 5384,
102 49 Stockholm

SAKEN

kollektivavtalsbrott

Bakgrund

Mellan Sveriges Bussföretag och Svenska Kommunalarbetareförbundet (Kommunal) gäller bussbranschavtalet. Nettbuss Aktiebolag (Nettbuss) är medlem i Sveriges Bussföretag och P.S. är medlem i Kommunal.

P.S. är anställd som bussförare hos Nettbuss och har sedan december 2016 haft ett schema som innefattar passet (tjänsten) nummer 764 med körningar mellan Borås och Göteborg. Körningen slutade kl. 22.17 vid Depå Borås. Hans arbetstid slutade dock kl. 22.43. Skälet till att hans arbetstid varade längre än körningen är att den sista matrasten slutade kl. 20.43 och att en rast, enligt bussbranschavtalet, inte får läggas ut mindre än två timmar från arbetstidens slut. P.S. har dock inte utfört något arbete efter kl. 22.17. Nettbuss har för denna tid inte krävt något arbete och han har haft bolagets tillåtelse att lämna arbetsplatsen efter att körningen var klar kl. 22.17, vilket han också gjort.

Twisten gäller hur en regel om ”uppräknning av tid” i bussavtalet ska tillämpas i en situation som den aktuella. Regeln finns i § 5 mom. 6 punkt 1 och har följande lydelse.

mom 6 Uppräknning av tid vid linjetrafik

1. Varje arbetad timme som utförs mellan kl. 22.00 - 06.00 ska räknas upp med 1,17 vid fastställande av den ordinarie arbetstiden. Mellan 22.00 - 06.00 får inte uppehållstid förläggas.

Rast förläggs enligt avtalets regler.

Yrkanden

Kommunal har yrkat att Arbetsdomstolen ska förplikta Nettbuss att betala allmänt skadestånd till P.S. med 50 000 kr och till Kommunal med 100 000 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 27 oktober 2017 (dag för delgivning av stämning) till dess betalning sker.

Arbetsgivarparterna har bestritt käromålet. De har inte vitsordat något belopp men väl sättet att beräkna ränta.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Domskäl

Twisten

Twisten gäller om P.S:s arbetstid mellan kl. 22.17 och kl. 22.43 ska räknas upp med 1,17 enligt regeln om uppräkningsregeln i § 5 mom. 6 i bussbranschavtalet (uppräkningsregeln).

Nettbuss har räknat tiden fram till kl. 22.43 som arbetstid, men bara räknat upp arbetstiden med 1,17 fram till kl. 22.17. Enligt arbetsgivarparterna ska någon uppräkningsregeln av tiden inte ske för tiden därefter, eftersom P.S. då varit arbetsbefriad och det därför inte varit frågan om någon ”arbetad timme som utförts”.

Kommunal menar att all arbetstid mellan kl. 22.00 och 06.00 ska räknas upp enligt bestämmelsen, oavsett om faktiskt arbete utförs eller inte och att P.S:s arbetstid alltså ska räknas upp med 1,17 även för tiden efter kl. 22.17.

Allmänt om bussbranschavtalet

Av utredningen framgår följande.

Uppräkningsregeln infördes i samband med bussbranschavtalets tillkomst 2003.

Före 2003 träffades kollektivavtal för bussbranschen mellan olika arbetsgivarorganisationer och fackförbund. En stor del av branschen omfattades av ett avtal som träffades mellan Biltrafikens Arbetsgivarförbund och Kommunal. Det fanns även ett antal andra kollektivavtal, som slöts av delvis andra organisationer. Avtalen i branschen skiljde sig åt bl.a. beträffande pensionsvillkoren och reglering av arbetstiden.

När trafikhuvudmännen under 1990-talet i större utsträckning än tidigare började upphandla busstjänster uppfattade parterna skillnaderna mellan de olika kollektivavtalen som problematiska. Ett problem var att de olika avtalen påverkade konkurrensen mellan bussföretagen vid upphandling. Andra problem var att entreprenörsbyten i samband med upphandling kunde leda till förändrade villkor för förarna och att de olika pensionsvillkoren i avtalen skapade problem när bussförare bytte anställning mellan företag som omfattades av olika avtal. Av bland annat av dessa skäl träffade Arbetsgivarförbundet Bussarbetsgivarna (numera Sveriges Bussarbetsgivar) och Kommunal den 8 januari 2003 ett gemensamt kollektivavtal för hela bussbranschen, bussbranschavtalet.

I bussbranschavtalet fanns ett flertal bestämmelser om att en arbetstagar ska tillgodoräknas arbetstid utan att han eller hon arbetar. Bland annat anges att tid under vilken förare står till arbetsgivarens förfogande, dock minst tre timmar per dygn, ska räknas som arbetstid (§ 5 mom. 2 punkten 1 A). Tidigare fanns i bussbranschavtalet en regel om att anställda som kallas in för tjänstgöring på tid som inte ansluter till ordinarie arbetstid enligt schemat skulle få ersättning för minst fyra timmar (§ 5 mom. 5 sista stycket). Bestämmelserna innebär att en förare som tas i anspråk för arbete för kortare tid än de som anges ändå ska tillgodoräknas tre respektive fyra timmars arbete. Det är upplyst att dessa regler om s.k. minsta passlängd hämtades till bussbranschavtalet från tidigare gällande avtal, men att minimitiden höjdes i samband med införandet i bussbranschavtalet.

I avtalet föreskrivs också att 75 procent av s.k. uppehållstid på bortaort som huvudregel ska räknas som arbetstid (§ 5 mom. 2 punkt 1 B). Vid delad tjänst/delade pass på hemmaort ska 17 procent av uppehållstiden räknas som arbetstid (§ 5 mom. 6). Uppehållstid syftar på ledig tid mellan tjänstgöringspass samma dag som överstiger 90 minuter (jfr § 5 mom. 12 som anger att rast inte får överstiga 90 minuter per tjänstgöringsdag).

I avtalet finns även den rastregel vilken redan berörts och som anger att rast inte får utläggas tidigare än två timmar bl.a. från arbetstidens slut. Om en rast läggs ut senare än två timmar innan arbetspasset slutar medför regeln att två timmar efter rasten ändå ska räknas som arbetstid. Detta gäller ostridigt även om arbetstagar inte behöver utföra arbete under hela denna tid. En rastregel med denna innebörd fanns redan före 2003 i flera av kollektivavtalen inom bussbranschen.

Bussbranschavtalets regler om övertids- och ob-ersättning gör skillnad mellan sådan arbetstid som ska räknas som arbetstid trots att arbete inte utförts och arbetstid då arbete faktiskt utförs. Av §§ 9 och 10 framgår nämligen att övertids- och ob-ersättning endast ska betalas för ”faktiskt arbetad tid”. Parterna är ense om att bestämmelserna innebär att arbetstagare endast har rätt till övertids- och ob-ersättning för tid då de utför arbete och alltså inte för sådan tid som ska räknas som arbetstid trots att inget arbete utförts. Som Arbetsdomstolen förstått saken fanns sådana regler redan i tidigare gällande avtal.

De regler om minsta passtid, uppehållstid och rast som här redovisats innebär att förarna kompenseras för en för dem ogynnsam utläggning av arbetspass, raster och uppehåll genom att de tillgodoräknas arbetstid utan att de arbetar. Sådan tid – som arbetsgivarna kallar garantitid – berättigar inte till övertids- eller ob-ersättning. I vart fall flertalet av dessa regler härrör från tiden före bussbranschavtalet.

Avtalsförhandlingarna

Av utredningen framgår följande.

Bussbranschavtalet förhandlades fram i en arbetsgrupp. Syftet med förhandlingarna var att med utgångspunkt i de då gällande avtalen skapa ett gemensamt avtal för hela branschen. Parterna var överens om att det nya avtalet skulle förbättra bussförarnas arbetstidsvillkor bl.a. i syfte att höja statusen på yrket och underlätta rekrytering.

Vid förhandlingarna om bussbranschavtalet var parterna överens om att införa en regel om arbetstidsförkortning vid nattarbete, eftersom nattarbete i flera avseenden är särskilt betungande. I det avtal som tidigare gällde för de kommunala bolagen fanns en regel som innebar att arbetstiden förkortades stegvis om arbetstagaren arbetade nattetid och på helger i sådan omfattning att denne nådde upp till vissa i kollektivavtalet fastställda nivåer. Arbetsgivar sidan ansåg att den regeln inte var lämplig eftersom den inte tog hänsyn till exakt hur mycket varje arbetstagare arbetade nattetid, vilket man menade skulle innebära svårigheter för framförallt de mindre bolagen i branschen. Parterna enades därför om en regel som angav att varje arbetad timme som utförs mellan kl. 22.00–06.00 ska räknas upp med 1,17. Uppräkningsregeln medför en arbetstidsförkortning med ungefär 10 minuter per arbetad timme. Bestämmelsen hade inte någon direkt motsvarighet i de tidigare kollektivavtalen i branschen.

I målet har förhör hållits med R.W. och J.P. som företrädde Kommunal samt A.E. och B.H. som företrädde Bussarbetsgivarna i den arbetsgrupp som förhandlade fram bussbranschavtalet. Dessa har alla berättat att avtalet har den innebörd som respektive part hävdar i målet. B.H. har vidare berättat att det var Bussarbetsgivarna som föreslog formuleringen ”varje arbetad timme som utförs” och att Bussarbetsgivarnas avsikt med uttrycks sättet var att det

skulle bli tydligt att endast arbetstid då arbete utfördes skulle räknas upp enligt bestämmelsen. Hon har dock inte sagt något om att parterna skulle ha berört innebörden av den valda formuleringen under förhandlingarna. Inte heller övriga förhörspersoner har lämnat några uppgifter om när eller på vilket sätt den av respektive part påstådda innebörden av bestämmelsen skulle ha behandlats under avtalsförhandlingarna.

Kommunal har åberopat ett brev med information om bussbranschavtalet som R.W. skickade till bl.a. förbundets avdelningar några veckor efter att avtalet träffats. Kommunal har anfört att informationen visar att kommunals företrädare uppfattade att partsavsikten vid avtalsslutet var den som förbundet gjort gällande. Enligt Arbetsdomstolens mening framgår inte klart av informationen att tid, som räknas som arbetstid men där arbetstagaren inte utför arbete, ska uppräknas enligt § 5 mom. 6.

Sammantaget ger utredningen inte stöd för annat än att parterna när bussbranschavtalet infördes tolkade den aktuella bestämmelsen olika.

Uppräkningsregelns lydelse m.m.

I § 5 mom. 6 punkt 1 anges att varje arbetad timme som utförs mellan kl. 22.00–06.00 ska räknas upp med 1,17 vid fastställande av den ordinarie arbetstiden.

Enligt Arbetsdomstolens mening ger ordalydelsen och då särskilt formuleringen ”arbetad timme som utförs” ett starkt stöd för arbetsgivarparternas uppfattning att P.S:s arbetstid efter 22.17 inte ska uppräknas med 1,17. Enligt Arbetsdomstolens uppfattning stöds denna tolkning även av att det i bussbranschavtalet görs en sådan skillnad mellan arbetstid som ska räknas som arbetstid trots att arbete inte utförs och arbetstid då arbete utförs, även när det gäller rätten till ob- och övertidsersättning.

Kommunal har pekat på att det i reglerna om ob- och övertidsersättning talas om ”faktiskt arbetad tid” och inte ”arbetad timme som utförs” som i uppräkningsregeln. Enligt Kommunal skulle parterna, om de avsett att det skulle krävas ”faktiskt arbetad tid” för uppräkningsregeln enligt § 5 mom. 6, ha skrivit detta på samma sätt i reglerna om ob- och övertidsersättning. Enligt Arbetsdomstolens mening är den omständigheten att olika uttryckssätt används i bestämmelserna ägnade att väcka visst tvivel om parterna avsett något annat vad gäller bestämmelsen i § 5 mom. 6 än det krav på ”faktiskt utfört arbete” som finns i §§ 9 och 10. Å andra sidan framstår det märkligt att i bestämmelsen ange att uppräkningsregeln ska ske för ”varje arbetad timme som utförs” om avsikten var att uppräkningsregeln skulle göras beträffande all tid som enligt avtalet räknas som arbetstid, även sådan där något arbete inte utförs. Om detta hade varit avsikten hade det legat närmare till hands att t.ex. skriva att arbetstid mellan kl. 22.00 och 06.00 ska räknas upp.

Sammantaget ger avtalets ordalydelse ett klart försteg för arbetsgivarparternas uppfattning att uppräkningsregeln inte ska ske i sådana situationer som tvisten avser.

Av utredningen framgår att uppräkningsregeln har sin bakgrund i att nattarbete är särskilt betungande och att regeln syftar till att åstadkomma en arbetstidsförkortning för förare som arbetar natt. Enligt Arbetsdomstolens mening är det fullt förenligt med detta syfte att tolka uppräkningsbestämelsen så att den inte är tillämplig på en arbetstagare som i enlighet med sin körspecifikation får sluta sin tjänstgöringsdag vid ett visst klockslag, men därefter ändå ska få tillgodoräkna sig arbetstid under en viss tid enligt t.ex. rastregeln. Att arbetstagaren får tillgodoräkna sig tid efter att han eller hon slutat sin arbetsdag som arbetstid, är inte på något vis betungande på ett sätt som förknippas med nattarbete. Arbetstagaren har ju varit ledigt från den tidigare tidpunkten.

Kommunal har anfört att det är tillräckligt att bussföraren stått till förfogande för arbete för att tiden ska räknas upp enligt § 5 mom. 6. Kommunal menar, som Arbetsdomstolen förstår det, att arbetstagarna enligt bussbranschavtalet per definition ska anses stå till förfogande för arbete under hela sin arbetstid. Förbundet har dock inte närmare specificerat på vilket sätt detta kommer till uttryck i avtalet.

Enligt bussbranschavtalet ska den ordinarie arbetstiden förläggas enligt ett på förhand upprättat arbetstidsschema (§ 5 mom. 3). Det är enligt Arbetsdomstolens mening rimligt att utgå från att avtalet innebär att arbetstagare som utgångspunkt har rätt till lön enligt avtalet om de är tillgängliga för arbetet på det sätt som framgår av arbetstidsschemat. Det är även ostridigt att arbetstagare också har rätt till lön enligt kollektivavtalet för sådan tid som ska räknas som arbetstid även om arbete inte utförs. Enligt Arbetsdomstolens mening går det dock inte av dessa förhållanden att dra slutsatsen att arbetstagare i avtalets mening per definition ska anses stå till förfogande för arbete under tid som räknas som arbetstid även om arbete inte utförs.

Det kan tilläggas att det av körspecifikationen framgår att P.S:s arbetspass slutade kl. 22.17. Han har inte efter kl. 22.17 varit skyldig att hålla sig tillgänglig för att kunna åta sig ytterliga arbetsuppgifter. Parterna är ense om att han då varit fri att lämna arbetsplatsen och göra vad han ville. Enligt Arbetsdomstolens mening är det främmande att säga att P.S. stått till förfogande för arbete efter kl. 22.17.

Sammantaget ger avtalets lydelse, systematik och uppräkningsregelns syfte klart försteg för arbetsgivarparternas uppfattning. Arbetsdomstolen finner alltså att uppräkningsregelns syfte inte ska ske för tid som arbetstagaren, efter att han eller hon slutat sitt arbete för dagen, får tillgodoräkna sig som arbetstid till följd av t.ex. rastregeln. Med denna bedömning behöver Arbetsdomstolen inte ta ställning till om även avtalets tillämpning – som arbetsgivarparterna har gjort gällande – talar för en sådan tolkning.

Det ska understrykas att Arbetsdomstolen i det föregående enbart tagit ställning till hur avtalet ska tillämpas i en situation som den aktuella, dvs. när en förare slutar sin arbetsdag vid ett visst klockslag och efter det klockslaget får tillgodoräkna sig viss tid som arbetstid, t.ex. med tillämpning av rastregeln. Kommunal har i målet argumenterat kring att ett krav på faktiskt utfört arbete skulle medföra orimliga konsekvenser i andra situationer, t.ex. om arbetstagaren blir ”ledig” under en kortare eller längre tid under ett tjänstgöringspass till följd av att en busstur ställs in. Arbetsdomstolen har i detta mål inte anledning att pröva hur avtalet ska tillämpas i en sådan situation, men vill ändå peka på att uppehållstid enligt avtalet inte får läggas ut mellan kl. 22.00 och 06.00. Inte heller behöver Arbetsdomstolen ta ställning till om uppräknings ska ske om arbetsgivaren kräver att arbetstagaren ska vara tillgänglig för att med kort varsel utföra arbete.

Sammanfattande bedömning och rättegångskostnader

Den tolkning som Arbetsdomstolen gjort av § 5 mom. 6 punkt 1 innebär att Nettbuss inte har brutit mot kollektivavtalet genom att inte räkna upp

P.S:s arbetstid mellan kl. 22.17 och 22.43 med 1,17. Kommunals talan ska därför avslås.

Vid denna utgång ska Kommunal ersätta arbetsgivarparterna för deras rättegångskostnader. Den ersättning som arbetsgivarparterna begärt är skälig.

Domslut

1. Arbetsdomstolen avslår Svenska Kommunalarbetareförbundets talan.
2. Svenska Kommunalarbetareförbundet ska ersätta Nettbuss Aktiebolags och Sveriges Bussföretags rättegångskostnader med 179 617 kr, varav 168 000 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, Inga Jerkeman, Åsa Kjellberg Kahn, Gabriella Forssell, Veli-Pekka Säikkälä och Ronny Wenngren (skiljaktig).

Rättssekreterare: Peter Edin

Ledamoten Ronny Wenngrens skiljaktiga mening

P.S:s arbetstid sträcker sig fram till kl. 22.43. Arbetsgivaren leder och fördelar arbetet. Att arbetsgivaren väljer att inte utnyttja en arbetstagares arbetstid ska som utgångspunkt inte påverka arbetstagarens rätt till betalning enligt avtalet. Formuleringen ”varje arbetad timme som utförs” är inte klar och avviker från den formulering som återfinns i bestämmelserna om övertids- och ob-ersättning. Det var arbetsgivarsidan som föreslog avtalstexten. Utredningen ger inte stöd för att arbetsgivarsidan i samband med att avtalet träffades klargjorde vad man avsåg med formuleringen. Mot bakgrund härav anser jag att § 5 mom. 6 punkt 1 i bussbranschavtalet innebär att uppräknig ska ske för tid som arbetstagaren, efter att han eller hon slutat sitt arbete för dagen, får tillgodoräkna sig som arbetstid till följd av t.ex. rastregeln. Denna bedömning ändras inte av vad som framkommit om avtalets tillämpning.

Överröstad i denna del är jag i övrigt ense med majoriteten.

november 18 s 10

AD 2018 nr 69

ARBETSDOMSTOLEN

DOM
2018-11-28
Stockholm

Dom nr 74/18
Mål nr A 15/17

KÄRANDE

Diskrimineringsombudsmannen, Box 4057, 169 04 Solna
Ombud: processförarna Julia DeMarinis Giddings och Karin Ernfors, adress som ovan

SVARANDE

BiTA Service Management AB, Gamla Brogatan 11, 111 20 Stockholm
Ombud: advokaten Fredrik Wennerstrand, Advokatfirman Carler, Box 7557, 103 93 Stockholm

SAKEN

diskrimineringsersättning

Bakgrund

Diskrimineringsombudsmannen (DO) för med stöd av 6 kap. 2 § diskrimineringslagen talan om diskrimineringsersättning för Anna Essehag, som är medlem i Ledarna som alltså inte för hennes talan. Anna Essehag har gått med på att DO för hennes talan om diskrimineringsersättning.

Anna Essehag har varit provanställd som managementkonsult hos BiTA Service Management AB (bolaget). Tvisten gäller om Anna Essehag blev missgynnad av skäl som hade samband med hennes graviditet och minskade arbetsförmåga till följd av graviditeten och därmed hennes könstillhörighet, när bolaget den 10 maj 2016 gav besked om att provanställningen skulle avbrytas i förtid och när bolaget sedan, den 2 juni 2016, avbröt provanställningen. Parterna är även oense om Anna Essehag var medlem i någon arbetstagarorganisation när hon var anställd hos bolaget. Om så inte var fallet, är parterna överens om att rätten till talan om diskrimineringsersättning till Anna Essehag är förlorad på grund av preskription och ska ogillas.

Vid ett möte den 18 november 2015 skrev bolagets verkställande direktör Barbara Carreno och Anna Essehag under ett avtal om provanställning för tiden den 14 december 2015–14 juni 2016. Dessförinnan hade Anna Essehag berättat att hon var gravid och när hon beräknades föda. Anna Essehag påbörjade som planerat provanställningen den 14 december 2015. Den 24 mars 2016 hade Barbara Carreno och Anna Essehag ett utvärderingsmöte. Perioden den 4 till 15 april 2016 var Anna Essehag sjukskriven på halvtid på grund av sjukdom hänförlig till graviditeten. Den 15 april 2016

påbörjade Anna Essehag hel sjukledighet för att sedan vara helt föräldraledig. Den dagen sammanträffade också Barbara Carreno och Anna Essehag. Anna Essehag fick den 10 maj 2016, efter sin förlossning, besked från bolaget om att provanställningen skulle avbrytas i förtid. Bolaget avbröt sedan provanställningen den 2 juni 2016.

Yrkanden

DO har yrkat att Arbetsdomstolen ska förplikta bolaget att till Anna Essehag betala diskrimineringsersättning med 100 000 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämning (den 22 februari 2017) till dess betalning sker.

Bolaget har bestritt yrkandet och inte vitsordat något belopp som skäligt i och för sig, men väl sättet att beräkna ränta.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Domskäl

Preskriptionsinvändningen

Parterna är överens om att DO:s talan är preskriberad för det fall Anna Essehag inte var medlem i någon arbetstagarorganisation när hon var anställd hos bolaget. Enligt bolaget var Anna Essehag inte medlem i någon arbetstagarorganisation under sin anställning. Enligt DO var Anna Essehag medlem i Ledarna under sin anställning.

Den bevisning DO åberopat – bl.a. vittnesförhör med Catarina Gimströmer på Ledarna, som kontrollerat Ledarnas medlemsregister, och ett skriftligt intyg om medlemskap från Ledarna – talar entydigt för att Anna Essehag varit medlem i Ledarna sedan 2011 och således även var det under sin anställning hos bolaget. Bolaget, som enligt vad utredningen visat inför avslutandet av anställningen tillfrågat Anna Essehag om facklig anslutning och fått beskedet att hon var med i Ledarna samt varslat Ledarna, har inte presenterat någon motbevisning. Det är Arbetsdomstolens slutsatser att DO bevisat att Anna Essehag var medlem i Ledarna under sin anställning och att DO:s talan inte är preskriberad.

Diskrimineringstvisten

DO har gjort gällande att Anna Essehag blev missgynnad av skäl som hade samband med hennes graviditet och minskade arbetsförmåga till följd av graviditeten och därmed hennes könstillhörighet, när hon den 10 maj 2016 fick bolagets besked om att hennes provanställning skulle avbrytas i förtid och när bolaget därefter den 2 juni 2016 avbröt provanställningen. Bolaget har bestritt att avbrytandet av provanställningen hade samband med Anna Essehags graviditet eller minskade arbetsförmåga till följd av graviditeten.

Rättsliga utgångspunkter i diskrimineringsfrågan

I 2 kap. 1 § första stycket 1 diskrimineringslagen uppställs ett förbud mot att en arbetsgivare diskriminerar den som är arbetstagare hos arbetsgivaren. Definitionen av diskriminering finns i 1 kap. 4 § samma lag. Enligt den bestämmelsen är det fråga om direkt diskriminering när någon missgynnas. Missgynnandet ska ha skett genom att någon behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med bl.a. kön. Såväl Arbetsdomstolen som EU-domstolen har i mål som rör gravida, som bara kvinnor kan vara, ansett att könsdiskriminering förekommit utan att det har gjorts någon jämförelse (se bl.a. AD 2002 nr 45, AD 2011 nr 22 och EU-domstolens dom Dekker, C-177/88, EU:C:1990:383). I förarbetena framhålls att den aktuella diskrimineringsgrunden inte behöver vara det enda eller det avgörande skälet till missgynnandet, utan det räcker med att någon av diskrimineringsgrunderna är en av flera orsaker till ett visst agerande (prop. 2007/08:95 s. 489). Den som bryter mot diskrimineringsförbudet ska betala diskrimineringsersättning enligt 5 kap. 1 § diskrimineringslagen.

I 6 kap. 3 § diskrimineringslagen finns det en särskild bestämmelse under rubriken Bevisbörda. Bestämmelsen innebär att den som anser sig ha blivit diskriminerad har att visa omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering har förekommit. Först om sådana omständigheter visas, har svaranden att visa att diskriminering inte förekommit för att undgå ansvar.

Missgynnande

En första förutsättning för att det ska vara fråga om diskriminering är att det förekommit ett missgynnande, vilket är tvistigt i målet. Att Anna Essehags provanställning avbröts av bolaget innebär, enligt Arbetsdomstolens mening, att hon drabbades av en sådan negativ effekt som utgör missgynnande enligt diskrimineringslagen (AD 2011 nr 22). Av skäl som kommer att framgå i det följande har Arbetsdomstolen inte anledning att ta ställning till om redan bolagets besked till Anna Essehag om att hennes provanställning skulle avbrytas i förtid innebär ett missgynnande enligt diskrimineringslagen.

Den fortsatta prövningen

Eftersom Anna Essehag i och för sig missgynnats, blir det avgörande för bedömningen av om hon diskriminerats om avbrytandet av hennes provanställning och beskedet om att så skulle komma att ske har haft samband med hennes graviditet och minskade arbetsförmåga till följd av graviditeten. Arbetsdomstolen går nu över till att pröva den frågan. Bara om DO först visat omständigheter som ger anledning att anta att Anna Essehag blivit diskriminerad på det sätt DO påstått, kan DO:s talan bifallas. Har DO åberopat tvistiga omständigheter i den delen, ska även bolagets motbevisning i fråga om dessa omständigheter beaktas vid bedömningen av vad DO visat.

Har DO visat omständigheter som ger anledning att anta att Anna Essehag blivit diskriminerad på det sätt DO påstått?

Följande är ostridigt eller framgår av den av DO presenterade utredningen. Bolaget kände redan när det den 18 november 2015 skrev under avtalet om Anna Essehags provanställning till att hon var gravid med beräknad nedkomst i maj 2016. Bolaget lät Anna Essehag börja provanställningen som planerat den 14 december 2015 och gav henne utbildning under flera dagar och kvalificerade arbetsuppgifter som Anna Essehag uppskattade. Under sin anställning fick Anna Essehag uppskattande omdömen från bolagets ledning. Den 4 till 15 april 2016 var Anna Essehag sjukskriven på halvtid på grund av sjukdom hänförlig till graviditeten och från den 15 april 2016, då det varit planerat att hon skulle gå på hel föräldraledighet, var hon av samma anledning sjukskriven på heltid. Anita Myrberg, en av bolagets ägare som ingick i bolagets ledning, önskade i mejl den 14 april 2016 Anna Essehag välkommen tillbaka när det är dags. Först sedan Anna Essehag fött sitt andra barn fick hon, den 10 maj 2016, bolagets besked om att hennes provanställning skulle avbrytas i förtid.

DO har gjort gällande att bolagets verkställande direktör Barbara Carreno vid möten på tu man hand med Anna Essehag den 18 november 2015, när Anna Essehag anställdes, och den 15 april 2016, när Anna Essehag skulle påbörja hel sjukskrivning och sedan hel föräldraledighet, uttalat sig på ett sätt som skulle kunna ge anledning att anta att diskriminering förekommit. Bolaget har förnekat att Barbara Carreno sagt som DO påstått. Anna Essehag har under sanningsförsäkran berättat att Barbara Carreno sagt i stort sett som DO påstått, medan Barbara Carreno under sanningsförsäkran har förnekat att hon sagt så. Beträffande mötet den 18 november 2015 finns det ingen egentlig kringbevisning om vad som förekom. I fråga om mötet den 15 april 2016 finns det bevisning i form av förhör under ed med personer som Anna Essehag respektive Barbara Carreno i nära anslutning till mötet berättat sin version för. Utredningen ger enligt Arbetsdomstolens mening inte stöd för att sätta Anna Essehags uppgifter om vad som sagts vid mötena framför Barbara Carrenos. Arbetsdomstolens slutsats är därför att DO inte har förmått visa att Barbara Carreno uttalat sig som DO påstått.

Anna Essehag har vidare berättat att Barbara Carreno, när Anna Essehag i slutet av mars 2016 informerade om att hon skulle vara sjukskriven på halvtid från och med den 4 april 2016, ställde frågan hur det då skulle bli för den kund hos vilken Anna Essehag hade ett uppdrag, vilket Barbara Carreno mer eller mindre har bekräftat. Anna Essehag har berättat att Barbara Carreno också sade att sjukskrivningen skulle medföra merarbete för Barbara Carreno, vilket Barbara Carreno inte direkt motsagt. Att Barbara Carreno sagt som Anna Essehag berättat, vilket Arbetsdomstolen finner bevisat, ger enligt Arbetsdomstolens mening inte i sig anledning att anta att avbrytandet av provanställningen hade samband med sjukskrivningen. Uttalandena kan inte ses som att bolagets företrädare visat sitt missnöje med att Anna Essehag behövde vara sjukskriven. Redan av Anna Essehags uppgifter framgår att hon själv var mån om kunden och att hon förväntade sig att bli delaktig i att göra det så bra som möjligt för kunden. Barbara Carrenos fråga och konstaterande

framstår som naturliga och ganska självklara spontana reaktioner på ett oväntat besked och som led i planeringen för Anna Essehags ledighet. Frågan och konstaterandet kan, enligt Arbetsdomstolens mening, inte rimligen tas till intäkt för att det efterkommande avbrytandet av provanställningen skulle vara något slags "hämnad" för att Anna Essehags graviditet orsakat merarbete och kundproblem eller annars ha samband med graviditeten eller minskad arbetsförmåga till följd av den. Inte heller det förhållandet att bolaget fick planera om utförandet av sitt uppdrag för kunden på grund av Anna Essehags oväntade deltidsfrånvaro ger i sig anledning att anta att det förekommit diskriminering på det sätt DO påstått.

Det har inte av vad DO gjort gällande eller DO:s bevisning framkommit att bolagets företrädare i övrigt skulle ha sagt något negativt eller annars visat missnöje i fråga om graviditet eller nedsatt arbetsförmåga till följd av graviditet.

DO har emellertid särskilt pekat på dels att det finns ett tidssamband mellan Anna Essehags sjukskrivning till följd av graviditeten och bolagets avbrytande av provanställningen, dels att Anna Essehag, under den tid hon arbetade, från bolagets företrädare fick uppskattande omdömen om sina arbetsinsatser.

Det finns visserligen ett visst tidssamband mellan avbrytandet av provanställningen och sjukskrivningen som skedde inför och sedan i stället för den planerade föräldraledigheten. Bolaget lämnade emellertid beskedet om att provanställningen skulle avbrytas först i anslutning till Anna Essehags nedkomst. När provanställningen avbröts var Anna Essehag inte längre gravid. Det måste därför, när bolaget lämnade beskedet, rimligen ha stått klart för alla inblandade att det vid fortsatt anställning inte för Anna Essehags del under överskådlig tid skulle på nytt vara aktuellt med någon graviditet eller minskad arbetsförmåga på grund av något sådant. Tidssambandet i sig ger därmed inte anledning att anta att avbrytandet hade samband med överväganden om framtida problem för bolaget till följd av graviditet eller över huvud taget graviditet. Inte heller ger tidssambandet i sig anledning att anta att avbrytandet skulle vara ett slags "hämnad" för att Anna Essehag varit gravid och att minskad arbetsförmåga på grund av den tidigare graviditeten kan ha orsakat bolaget vissa problem.

Att provanställningen avbröts i förtid, den 2 juni 2016, och inte i ännu närmare anslutning till att den avtalade prøvotiden skulle löpa ut (den 14 juni 2016) ger, trots visst tidssamband, inte heller anledning att anta att avbrytandet hade samband med den sjukskrivning som var en följd av graviditeten. Det stod ju redan innan bolaget initierade avbrytandet klart att det till följd av den redan tidigare planerade föräldraledigheten inte skulle finnas ytterligare möjlighet att pröva Anna Essehag i arbete innan provanställningen skulle övergå i en tillsvidareanställning, om inte bolaget avbröt den.

Enbart det förhållandet att en arbetsgivare, före prøvotidens utgång, avbryter en provanställning för en arbetstagare som under prøvotiden varit gravid och haft minskad arbetsförmåga till följd av graviditeten ger inte anledning

att anta att avbrytandet hade samband med graviditeten. Det gäller i synnerhet när arbetsgivaren, såsom i detta fall, känt till graviditeten redan när anställningsavtalet ingicks och väntat med avbrytandet till dess att alla möjligheter till prövning av arbetstagaren, inför en eventuell tillsvidareanställning, var uttömda och arbetstagaren inte längre gravid.

Att bolagets ledning under prövotiden gett Anna Essehag uppskattande omdömen och önskat henne välkommen tillbaka ger, enligt Arbetsdomstolens mening, inte i sig anledning att anta att avbrytandet av provanställningen hade samband med just graviditeten eller minskad arbetsförmåga till följd av den. Detsamma gäller i fråga om DO:s påstående om att Barbara Carreno bl.a. i samband med ett utvärderingsmöte den 24 mars 2016 ska ha sagt att Anna Essehags anställning skulle komma att övergå i en tillsvidareanställning, vilket bolaget förnekat. Dessa omständigheter har nämligen ingen koppling till graviditeten eller minskad arbetsförmåga till följd av den. Omständigheterna kan inte ens tillsammans med tidssambandet mellan sjukskrivningen till följd av graviditeten och avbrytandet av provanställningen ge anledning att anta att diskriminering förekommit på det sätt DO påstått. Redan av DO:s egen bevisning framgår för övrigt att Anna Essehag även under sin deltidssjukskrivning av bolagets ledning fick beröm för de arbetsinsatser hon då presterade och andra uppskattande ord. Även beträffande den arbetstagare som utfört olika arbetsuppgifter bra under prövotiden och därmed förtjänat och under prövotiden fått beröm för detta av arbetsgivaren och andra indikationer på att provanställningen skulle komma att övergå i en tillsvidareanställning kan det finnas en mängd skäl, som inte har samband med någon diskrimineringsgrund, till att arbetsgivaren ändå väljer att avbryta provanställningen.

DO har vidare gjort gällande att bolaget under deltidssjukskrivningen ”pressat” Anna Essehag till arbete trots att hon på grund av graviditeten inte fick stressa. För Arbetsdomstolen är det något svårt att förstå hur en sådan omständighet skulle kunna ge anledning att anta att det förekommit diskriminering genom avbrytandet av provanställningen; möjligen skulle den kunna tyda på en negativ inställning hos bolaget till arbetsförmåga till följd av graviditet. Av Anna Essehags uppgifter framgår visserligen att hon upplevde att bolaget inte tog tillräcklig hänsyn till hennes graviditet, bl.a. genom att insistera på att hon skulle genomföra en utannonserad tvådagarskurs som planerat, men också att bolaget faktiskt gav henne avlastning så att hon kunde koncentrera sig på att förbereda och sedan, med gott resultat, genomföra tvådagarskursen. Det är Arbetsdomstolens slutsats att vad DO förmått visa i fråga om Anna Essehags arbetssituation under deltidssjukskrivningen och bolagets inställning till avlastning för Anna Essehag inte ger anledning att anta att det förekommit diskriminering på det sätt DO påstått.

Arbetsdomstolens sammanfattande slutsats är att de omständigheter som DO åberopat och förmått visa inte ens sammantagna ger anledning att anta att diskriminering förekommit på det sätt DO påstått. Det innebär att DO:s yrkande om diskrimineringsersättning ska avslås.

Rättegångskostnader

DO ha förlorat och ska därför ersätta bolagets rättegångskostnader.

Bolaget har vid huvudförhandlingen yrkat ersättning för ombudsarvode med 285 000 kr och för arbete som utförts av bolagets anställda under 250 timmar i form av förberedelser inför möten, genomgång av material, möten med ombudet och inställelse vid huvudförhandlingen med 372 500 kr. Bolaget har vidare, efter att huvudförhandlingen avslutats, yrkat ersättning för ombudsarvode med ytterligare 128 250 kr avseende nedlagd tid utöver den som avsågs med yrkandet vid huvudförhandlingen.

Enligt 18 kap. 14 § första stycket rättegångsbalken ska en part som vill ha ersättning för rättegångskostnader framställa sitt yrkande innan handläggningen avslutas. Bestämmelsen innebär att en part som inte framställt ett yrkande före denna tidpunkt inte har möjlighet att få ersättning för sin rättegångskostnad. I detta fall avslutades handläggningen när huvudförhandlingen avslutades (se t.ex. AD 2015 nr 57). Det innebär att bolagets yrkande om ytterligare ersättning för rättegångskostnader har framställts för sent och ska avvisas.

Mot bakgrund av målets omfattning och beskaffenhet bedöms 285 000 kr i ombudsarvode vara skäligt. Däremot framstår tidsåtgången, motsvarande drygt sex veckors arbete, och kostnaderna för arbete av bolagets personal som överdrivna för att ta till vara bolagets rätt i målet, även om man tar hänsyn till att bolaget haft att försvara sig mot påståenden om diskriminering. Enligt Arbetsdomstolens mening är inte mer än 125 000 kr skäligt avseende arbete som bolagets personal utfört.

Bolaget har uteblivit från ett sammanträde för fortsatt muntlig förberedelse den 6 november 2017 utan att ha haft giltig ursäkt. Bolagets ombud har hörd om saken vid huvudförhandlingen förklarat bolagets utevaro med att sammanträdet inte hade förts in i hans kalender. Enligt DO, som yrkat ersättning för rättegångskostnader, har kostnader om 5 368 kr, avseende två timmars arbete, uppstått för DO med anledning av att sammanträdet inte kunde genomföras.

Enligt 18 kap. 6 § rättegångsbalken är en part som vållat kostnad för motparten genom att utebli från rätten skyldig att ersätta den kostnaden oavsett hur övriga rättegångskostnader ska fördelas. Om partens ombud genom vårdslöshet eller försummelse vållat sådan kostnad, får domstolen enligt 18 kap. 7 § rättegångsbalken förplikta ombudet att jämte parten ersätta kostnaden, även om något sådant inte yrkats. Domstolen ska, enligt 18 kap. 14 § andra stycket rättegångsbalken, självmant pröva frågor om tillämpningen av dessa bestämmelser.

Arbetsdomstolen finner att bolaget orsakat DO den uppgivna kostnaden genom att utebli från sammanträdet och att utevaron och därmed kostnaden berott på försummelse av bolagets ombud. Därför bör bolaget och ombudet solidariskt ersätta DO för kostnaden, som är skälig.

Domslut

1. Arbetsdomstolen avvisar BiTA Service Management AB:s yrkande om ytterligare rättegångskostnader med 128 250 kr.
2. Arbetsdomstolen avslår Diskrimineringsombudsmannens yrkande om diskrimineringsersättning.
3. Diskrimineringsombudsmannen ska ersätta BiTA Service Management AB:s rättegångskostnader med 410 000 kr, varav 285 000 kr avser ombudsarvode, med ränta enligt 6 § räntelagen på det förstnämnda beloppet från dagen för denna dom till dess betalning sker.
4. BiTA Service Management AB och Fredrik Wennerstrand ska solidariskt ersätta Diskrimineringsombudsmannens rättegångskostnader med 5 368 kr, med ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Sören Öman, Peter Syrén, Christer Måhl, Katarina Novák och Annette Carnhede. Enhälligt.

Rättssekreterare: David Sandström