

En kvinna med en funktionsnedsättning, som innebär en för henne nedsatt arbetsförmåga om 50 procent av heltid, har hos ett bemanningsföretag vid tre tillfällen 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 till kundföretag, när behov uppstår. Bolaget anställer för sådana visstidsanställningar bl.a. personer med ”annan huvudsaklig sysselsättning”. Kvinnan har, sedan hon upplyst bolaget om att hon har sjukersättning på halvtid, av bolaget fått beskedet att hon inte kunde komma i fråga för anställning hos bolaget, då hon enligt bolaget inte uppfyllde kraven för att kunna anställas hos bolaget. Tvisten gäller om bolaget genom beskeden till kvinnan, men även genom uppställande och upprätthållande av ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning, utsatt henne för direkt eller indirekt diskriminering som haft samband med hennes funktionsnedsättning.

ARBETSDOMSTOLEN

DOM
2018-06-20
StockholmDom 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 *arbetstagarne 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 totalförsvarspåbud.

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 entreprenadtjänstemän 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.

Till utveckling av talan har parterna anfört i huvudsak följande.

DO

Bakgrund och händelseförloppet

Endast den som har tecknat ett ramavtal med bolaget och därmed ingår i bolagets uthyrningspool kan därefter få anställning hos bolaget för uthyrning till ett kundföretag. Anställningarna är intermittenta anställningar vid behov hos kundföretagen, om som mest på halvtid. Förutom studerande och pensionärer kan endast personer som har annan huvudsaklig sysselsättning komma i fråga för att ingå i bolagets uthyrningspool. Som annan huvudsaklig sysselsättning räknas bl.a. arbete på minst halvtid.

A.A. har en varaktig nedsättning av sin arbetsförmåga om 50 procent. Hon har, från och med april 2010, beviljats sjukersättning motsvarande nedsättningen i arbetsförmågan och är till resterande del arbetsför. Hennes funktionsnedsättning avser allt på arbetsmarknaden förekommande arbete.

Bolaget har under hösten 2015, genom annonser hos Arbetsförmedlingen, sökt personer för anställning hos bolaget i dess uthyrningsverksamhet. A.A. har en gång i september och en gång i november 2015 svarat på sådana annonser och därmed ansökt om arbete hos bolaget, dvs. om att få ingå det ramavtal som gäller för anställning hos bolaget vid uthyrning till bolagets kundföretag.

Vid båda ansökningstillfällena har A.A. vid telefonsamtal med företrädare för bolaget fått beskedet att hon inte kunde komma i fråga för anställning. Tillfället i september läggs dock inte till grund för talan i målet. I annonsen vid det tillfället anges emellertid bl.a. att anställningen är en timanställning och att ”enligt vårt kollektivavtal får vi endast anställa dig som redan har en annan sysselsättning på minst 50 %”.

I annonsen såvitt avser tillfället i november anges att bolaget har lediga extrajobb i Malmö/Lund inom ”reception, administration, kundtjänst, kundvård och växel” och att sista ansökningssdag var den 20 november 2015. I annonsen anges att för tjänsten krävs att sökanden är ”student på högskola/universitet eller motsvarande (på minst 50 %) eller har en annan form av deltidssyssla”. Med anledning av annonsen registrerade sig A.A. som

sökande hos bolaget den 3 november 2015. Hon ansökte alltså om att få ingå ramavtal med bolaget och därmed om att få ingå i bolagets uthyrningspool.

A.A. blev kontaktad av bolaget den 17 november 2015. Hon fick då frågan vilken annan huvudsaklig sysselsättning hon hade. Hon svarade att hon hade sjukersättning på halvtid. A.A. fick då beskedet att hon inte kunde komma i fråga för anställning.

Bolaget har således tillämpat kravet om ”annan huvudsaklig sysselsättning” gentemot henne, genom att med hänvisning till kravet sortera bort henne i rekryteringsprocessen och utesluta henne från möjligheten att ingå ramavtal med och därmed anställning hos bolaget.

Bolaget sökte senare, i november 2015, åter efter personal genom annons hos Arbetsförmedlingen. Ansökningstiden gick ut den 17 december 2015. A.A. kontaktade denna gång, den 1 december 2015, bolaget via telefon för att ta reda på vilka möjligheter hon hade att få anställning hos bolaget. Hon talade med J.P. och upplyste henne om att hon hade sjukersättning på halvtid. Hon fick då åter beskedet att hon inte kunde komma i fråga för anställning eftersom hon inte uppfyllde sysselsättningskravet och att det därför inte var någon idé för henne att söka anställning hos bolaget. Beskedet fick A.A. att avstå från att söka det aktuella arbetet och andra arbeten hos bolaget. A.A. mor L.A. hörde samtalet.

A.A. skickade därefter samma dag, dvs. den 1 december 2015, ett mejl till J.P. med en begäran om en närmare förklaring. A.A. undrade om J.P. kunde ta reda på vem som bestämt att hon som sjukskriven på 50 procent inte kunde söka jobb som är på deltid eller halvtid. Mejlet nådde dock inte J.P. eftersom A.A. använde fel mejladress.

A.A. anmälde den 2 december 2015 till DO att hon ansåg sig diskriminerad av bolaget. I anmälan uppgav hon att hon hade blivit nekad arbete när hon uppgett att hon hade sjukersättning om 50 procent.

Den 13 december 2015 angav A.A., som arbetssökande i sin aktivitetsrapport till Arbetsförmedlingen, att hon hade nekats möjlighet till anställning hos bolaget med hänvisning till att hon var sjukskriven på halvtid.

Den 14 januari 2016 hade C.W.B., tidigare utredare hos DO, telefonkontakt med A.A. A.A. uppgav då att när hon svarat bolagets företrädare att hon var sjukskriven på halvtid uppgav de att hon inte kunde komma i fråga för arbete eftersom den som anställs ska vara student eller ha ett annat arbete om minst 50 procent.

Bolaget har för anställning i dess uthyrningsverksamhet uppställt och upprätthållit ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning om minst 50 procent

av heltid. Kravet har upprätthållits i bolagets annonser och genom utformningen av det digitala ansökningsförfarandet. Kravet framgår av bl.a. följande.

Bolaget sökte personal genom annonsen ”Sök extrajobb i Malmö idag!” med sista ansökningsdag den 20 november 2015. Det var arbetet i denna annons A.A. sökte i november 2015 och som hon kontaktades om av bolagets företrädare den 17 november 2015. Denna annons har förlängts av bolaget, med sista ansökningsdag den 20 januari och därefter den 27 januari 2016.

Bolaget sökte personal genom annonsen ”Ledigt extrajobb i Malmö för dig som studerar!”. Det var arbetet i denna annons som A.A. gjorde en förfrågan om den 1 december 2015.

Bolaget har därefter fortsatt att upprätthålla kravet på annan huvudsaklig sysselsättning om minst 50 procent i följande annonser.

- Annons ”Spännande extrajobb inom mäklarbranschen i Malmö” med sista ansökningsdag den 28 oktober 2016,
- annons ”Är du pensionär och vill jobba som receptionist?” av den 19 december 2016, och
- annons ”Manpower söker dig som är student och vill arbeta extra” med sista ansökningsdag den 21 januari 2017.

Den 31 juli 2017 sökte A.A. åter arbete hos bolaget med anledning av annonsen ”Vi har extrajobb inom reception i Malmö”. A.A. kontaktades inte av bolaget med anledning av att hon anmält intresse för det annonserade arbetet.

Bolaget sökte därefter personal genom annonsen ”Vill du utvecklas inom kundservice? Ledigt extrajobb i Malmö!”. A.A. sökte arbete hos bolaget med anledning av annonsen och kontaktades av bolagets rekryterare den 17 augusti 2017.

I annonser av den 7 september 2017 sökte bolaget åter personal genom annonserna ”Jobba extra inom service på global företag i Älmhult”, ”Nu söker vi studenter i Hudiksvall och Söderhamn” och ”Studenter sökes för timjobb som dokumentadministratör i Östersund”.

Som anförts kontaktades A.A. av bolaget per telefon den 17 augusti 2017 med anledning av att hon än en gång hade sökt av bolaget utannonserat arbete. A.A. missade samtalet, men ringde sedan upp och spelade in samtalet. Hon fick då av bolaget samma besked som när hon sökt arbete respektive gjort en förfrågan under hösten 2015.

Det stämmer att de arbeten som A.A. sökt eller gjort förfrågan om under hösten 2015 och i augusti 2017 har varit inom tillämpningsområdet för bemanningsavtalet för tjänstemän. Hon har dock även varit intresserad av arbeten inom tillämpningsområdet för bemanningsavtalet för arbetare.

Diskriminering

Bolaget har tillämpat ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning

Bolaget har för anställning i sin uthyrningsverksamhet tillämpat ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning om minst 50 procent, oavsett om det varit fråga om uthyrning till arbeten som faller under bemanningsavtalet för tjänstemän eller bemanningsavtalet för arbetare och alltså även före den 1 maj 2017, när den möjligheten till tidsbegränsad anställning uttryckligen togs in i tjänstemannaavtalet.

Arbetsgivarparterna har anfört att bemanningsavtalet för tjänstemän, i dess lydelse från och med den 1 maj 2017, har innebörden att sysselsättningskravet ska bedömas i förhållande till sökandens arbetsförmåga. Det skulle innebära att den som har sjukersättning på t.ex. 50 procent ska ha annan sysselsättning om 25 procent av heltid för att kunna komma i fråga för arbete i bolagets uthyrningsverksamhet. Bolaget har dock fortsatt att tillämpa ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning om minst 50 procent av heltid. Detta framgår av bolagets annonser och utformningen av det digitala ansökningsförfarandet och av de besked A.A. fått samt av de kontakter som DO haft med bolaget.

Bolaget har i yttranden till DO, i februari 2016, anfört bl.a. att det avgörande för arbete hos bolaget är att kandidaten har annan huvudsaklig sysselsättning på minst 50 procent av heltid, dvs. studier, annat arbete eller är pensionär. DO hade den 28 april 2016 ett möte med företrädare för Manpower Group och bolaget. Med på mötet var C.W.B. Bolaget anförde att båda bemanningsavtalen innefattade ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning och att kravet upprätthölls oavsett vilket av avtalen som kunde bli tillämpligt. Samma ståndpunkt framfördes senare i ett yttrande till DO av den 10 maj 2016.

Arbetsgivarparterna har också inledningsvis i processen i målet hävdade att båda bemanningsavtalen innefattade en möjlighet att tidsbegränsat anställa den som har annan huvudsaklig sysselsättning, dvs. även före den 1 maj 2017.

Det väsentliga är att bolaget, för anställning, uppställt och tillämpat sysselsättningskravet. Kravet är diskriminerande oavsett om det följer av kollektivavtal eller inte. En arbetsgivare ansvarar för lagstridiga handlingar även när de har sin grund i kollektivavtal (se AD 2011 nr 37 och EU-domstolens dom Dansk Industri, C-441/14, EU:C:2016:278).

Sysselsättningskravet i sig är diskriminerande

A.A. har alltså sjukersättning med 50 procent på grund av sin nedsatta arbetsförmåga. Hon kan uppfylla kravet att ha annan huvudsaklig sysselsättning, t.ex. ett arbete på halvtid, men kan inte därutöver utföra arbete för bolagets räkning i dess uthyrningsverksamhet. Hon kan alltså inte samtidigt uppfylla kravet på annan huvudsaklig sysselsättning om minst 50 procent av heltid och komma i fråga för arbete hos bolaget.

Bolagets agerande och upprätthållande av sysselsättningskravet om minst 50 procent har uteslutit A.A. från möjlighet till arbete hos bolaget. Bolagets besked till henne har också medfört att hon avskräckts från att söka arbete hos bolaget inom båda kollektivavtalsområdena.

Det är sysselsättningskravet som sådant som uteslutit A.A. från anställning hos bolaget. Oavsett det exakta innehållet i de besked hon fått från bolaget har hon diskriminerats redan genom att bolaget uppställt sysselsättningskravet och därigenom utestängt henne och andra med en funktionsnedsättning i samma omfattning från arbete hos bolaget.

Därutöver har A.A. utsatts för diskriminering genom de besked bolaget lämnat till henne.

Arbetsdomstolen ska dock först avgöra om bolaget har uppställt ett krav som i sig konstituerar en överträdelse av diskrimineringslagens diskrimineringsförbud, i enlighet med EU-domstolens dom Firma Feryn, C-54/07, EU:C:2008:397.

Om det föreligger en överträdelse av diskrimineringsförbudet på sätt som anges ovan uppkommer frågan om A.A. kan ses som skadelidande mot bakgrund av hennes funktionsnedsättning och att hon hösten 2015 och i augusti 2017 sökt eller gjort förfrågan om arbete samt därutöver under i målet aktuell tid varit intresserad av att få anställning hos bolaget.

Av Firma Feryn-domen följer att personer som ingår i den skyddade kretsen räknas som arbets sökande även när personerna avskräcks från att i faktisk mening söka arbete (se punkten 25). Detta ger stöd för att personer, som i likhet med A.A., söker arbete och kan visa att de faktiskt har uteslutits från arbeten de har varit intresserade av eller i vart fall avskräckts från att söka, ska kunna anses som diskriminerade och därför ha rätt till diskrimineringsersättning.

Bolagets annonser och de besked som getts till A.A. och DO är omständigheter som gör det antagligt att bolaget under den aktuella tiden har uppställt ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning som helt eller delvis har uteslutit A.A. från arbete hos bolaget.

A.A. är skadelidande dels för att hon har sökt och gjort förfrågan om arbete hos bolaget och bortsorterats när hon upplyst om sin funktionsnedsättning, dels för att hon avskräckts från att söka arbeten hos bolaget när hon har upplysts om att bolaget tillämpar ett krav som hon inte kan uppfylla och därför inte kan ingå i uthyrningspoolen.

Direkt diskriminering

Det av bolaget för anställning tillämpade kravet på annan sysselsättning om minst 50 procent av heltid får till effekt att halvtidsarbetslösa personer som på grund av en varaktig funktionsnedsättning inte kan arbeta mer än halvtid utesluts från möjligheten att antas till bolagets uthyrningspool. Kravet på

annan huvudsaklig sysselsättning innefattar på ett oupplösligt sätt ett krav på sysselsättningsförmåga eftersom det måste finnas en förmåga att ha en annan huvudsaklig sysselsättning för att kunna komma i fråga för bolagets ramavtal, för den som inte studerar eller är pensionär. Kravet är därigenom sådant att det genom sin utformning innebär direkt diskriminering som har samband med funktionsnedsättning, se för ett liknande resonemang AD 2011 nr 37 och EU-domstolens dom, Hay, EU:C:2013:823.

Det tillämpade urvalskriteriet, sysselsättningskravet, förutsätter alltså en sysselsättningsförmåga på mer än 50 procent av heltid. Kravet har således till syfte att utesluta bl.a. personer som, i likhet med A.A., har en funktionsnedsättning som innebär ett hinder att arbeta mer än halvtid. Det finns alltså ett orsakssamband mellan skälen bakom kravet i fråga och de uteslutande konsekvenser det får på ett sådant sätt att det är fråga om direkt diskriminering. Om det finns ett diskriminerande syfte spelar det mindre roll om kravet i sig skulle anses neutralt utformat.

Arbetsgivarparterna har anfört att A.A. och andra med hennes funktionsnedsättning kan uppfylla sysselsättningskravet eftersom de faktiskt kan studera eller ha annat arbete. Om det i formell mening skulle vara möjligt att ingå i bolagets uthyrningspool är dock oväsentligt, eftersom det är tydligt att det krav som uppställs för att få anställning hos bolaget för arbete hos ett kundföretag är att sådant arbete faktiskt kan utföras. I bolagets annonser uttrycks detta genom att det krävs att den som söker till poolen ska kunna arbeta minst två pass i veckan. A.A., och andra med en nedsatt arbetsförmåga om minst 50 procent av heltid, kan inte vid sidan om en syssla på 50 procent dessutom utföra arbete för bolaget. Samtliga personer med sådan nedsättning utesluts därmed från möjligheten att utföra arbete för bolaget samt avskräcks därmed även från att söka anställning hos bolaget.

Kravet på annan huvudsaklig sysselsättning om minst 50 procent av heltid, sysselsättningskravet, innebär alltså att halvtidsarbetslösa personer som på grund av funktionsnedsättning inte kan arbeta mer än halvtid, utesluts permanent från möjligheten att ingå i bolagets uthyrningspool. Sådana personer missgynnas därför i förhållande till halvtidsarbetslösa personer utan denna funktionsnedsättning som uppfyller sysselsättningskravet, t.ex. egenföretagare eller personer med annat arbete på halvtid. Den som på grund av en funktionsnedsättning inte kan arbeta mer än halvtid, kan inte uppfylla kravet på annan huvudsaklig sysselsättning och samtidigt arbeta hos bolaget.

I och med att uteslutningen är kopplad till oförmågan att ha ett annat arbete och samtidigt arbeta hos bolaget sker ett missgynnande även i förhållande till heltids- och halvtidsarbetslösa utan funktionsnedsättning som inte uppfyller sysselsättningskravet. Sådana personer är inte permanent uteslutna eftersom de kan komma att uppfylla sysselsättningskravet vid en senare tidpunkt.

Bolaget har genom att tillämpa sysselsättningskravet och utesluta A.A. från möjligheten till anställning hos bolaget missgynnat henne genom att

behandla henne sämre än andra personer utan funktionsnedsättningen behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation. Missgynnandet har haft samband med hennes funktionsnedsättning.

Att kravet även utesluter heltidsarbetslösa personer som inte har aktuell funktionsnedsättning påverkar inte bedömningen, se EU-domstolens dom Chez RB, C-83/14, EU:C:2015:480, punkten 60, och Svea hovrätts dom RH 2014:9.

Att bolaget tillämpat och upprätthållit ett sysselsättningskrav om minst eller omkring 50 procent framgår, som anförts ovan, av dels bolagets annonser, utformningen av det digitala ansökningsförfarandet och genom de negativa besked som så sent som den 17 augusti 2017 har lämnats till A.A., dels av det företrädare för bolaget och Almega uppgett till DO och i processen i Arbetsdomstolen. Mot bakgrund av detta är det antagligt att bolaget har upprätthållit sysselsättningskravet om 50 procent – även såvitt avser arbeten inom tillämpningsområdet för bemanningsavtalet för tjänstemän – även efter den 1 maj 2017, ett krav som utesluter A.A. och andra personer med hennes funktionsnedsättning.

A.A. har uteslutits även från sådana arbeten som omfattas av tillämpningsområdet för bemanningsavtalet för arbetare. Hon har ansökt om att få ingå i bolagets uthyrningspool för att kunna ta emot erbjudanden baserad på så kallad matchning, dvs. när hennes kvalifikationer motsvarar vad kunden efterfrågar. Sådana erbjudanden kan bli aktuella oberoende av kollektivavtalsområde. Det finns inget i A.A. ansökningar eller kontakter med bolaget som talar för att hon skulle ha varit intresserad av enbart arbete som regleras i bemanningsavtalet för tjänstemän. Bolaget har tillämpat sysselsättningskravet oavsett vilket kollektivavtalsområde som varit tillämpligt.

Att bolaget till A.A. uppgett att hon inte kunde komma i fråga för uthyrningspoolen då hon inte uppfyllde sysselsättningskravet, och inte gav detta besked med hänvisning till hennes funktionsnedsättning, innebär inte att hon inte utsatts för diskriminering som har samband med hennes funktionsnedsättning.

Det saknar också betydelse om A.A. faktiskt hade kvalifikationerna för de arbeten som var aktuella eller om hon skulle ha erbjudits ett ramavtal eller fått arbete, om bolaget inte uteslutit eller sorterat bort henne på grund av hennes oförmåga att ha annat arbete på minst halvtid och samtidigt arbeta i bolagets uthyrningsverksamhet.

Arbetsgivarparterna har betonat att bolaget premierar studerande vid rekrytering till uthyrningspoolen och att det endast är om det inte finns studerande i tillräcklig omfattning som andra kan komma i fråga. Arbetsgivarparterna har även uppgett att det vid de rekryteringar som skedde i samband med A.A. kontakter med bolaget fanns tillräckligt med studerande som sökte och uppfyllde kraven för anställning. Arbetsgivarparterna menar alltså att A.A. inte missgynnats i en jämförbar situation eftersom hon inte var studerande. Det som i första hand görs gällande är dock att bolaget uppställt

ett krav som uteslutit och därigenom avskräckt henne och andra personer i hennes situation från att söka anställning hos bolaget. Huruvida A.A. skulle ha fått ett arbete hos ett kundföretag genom bolaget saknar betydelse för den talan som förs. Det har heller inte någon betydelse om bolaget premierar studerande eller inte vid sina rekryteringar.

Även om bolaget efter den 1 maj 2017 skulle ha tillämpat den särskilda tolkningsregeln i förhållande till A.A., på så sätt att det beträffande henne skulle ha ställts ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning om omkring 25 procent av heltid, har hon utsatts för direkt diskriminering. Enligt tolkningsregeln särbehandlas uttryckligen personer utifrån kriteriet ”sjukersättning”, vilket knappast är ett neutralt kriterium.

Indirekt diskriminering

För det fall Arbetsdomstolen inte finner att A.A. utsatts för direkt diskriminering görs i andra hand gällande att hon utsatts för indirekt diskriminering.

Det av bolaget tillämpade sysselsättningskravet är neutralt utformat. Det är dock tydligt att kravet i fråga riskerar att särskilt drabba halvtidsarbetslösa som på grund av funktionsnedsättning inte kan ha någon annan huvudsaklig sysselsättning och samtidigt arbeta hos bolaget.

Kravet på annan huvudsaklig sysselsättning har enligt parterna i de båda kollektivavtalen till syfte att dels möjliggöra deltidsarbete, dels begränsa visstidsanställningar så att de inte missbrukas. Det är i och för sig berättigade syften. Det bestrids dock att de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå dessa syften.

Det är arbetsgivarparterna som ska visa att sysselsättningskravet är lämpligt och nödvändigt för att uppnå nämnda syften. Åtgärden, dvs. uppställandet och tillämpningen av kravet, är varken lämplig eller nödvändig och åtgärden är under alla omständigheter alltför ingripande för de enskilda som drabbas (angående kravet på proportionalitet i strikt bemärkelse se *Chez RB*, C- 83/14, EU:C:2015:480, punkten 128).

Sysselsättningskravet har till effekt att bl.a. personer med varaktigt nedsatt arbetsförmåga utesluts från möjligheten till visstidsarbete på deltid i den form som bolaget tillhandahåller. Att på detta sätt begränsa personkretsen innebär inte en begränsning av användandet av visstidsanställningar, utan bara en begränsning av vilka som kan komma i fråga för sådan anställning. En mindre ingripande åtgärd hade varit att använda sig av t.ex. tidsgränser för anställningsformen i fråga.

Möjligheten för andra grupper att arbeta extra blir inte mindre av att även andra personer, t.ex. de som i likhet med A.A. har en varaktigt nedsatt arbetsförmåga, också ges möjlighet att göra detta.

Sysselsättningskravet är alltför ingripande eftersom det faktiskt innebär att personer med nedsatt arbetsförmåga avskräcks eller hindras från att söka och få deltidsarbeten som motsvarar deras funktionsförmåga. Personer med funktionsnedsättning i form av nedsatt arbetsförmåga får anses ha ett särskilt starkt intresse av att för sin försörjning kunna få deltidsarbeten eftersom de inte kan utföra heltidsarbeten.

Redan mot bakgrund av det anförda föreligger indirekt diskriminering. Det finns dock ytterligare skäl till att sysselsättningskravet inte kan anses lämpligt och nödvändigt för att uppnå nämnda syften med kravet.

En ordning som genom centrala kollektivavtal inskränker A.A., och andra personer med motsvarande funktionsnedsättning, rätt till arbete är inte förenligt med de grundläggande utgångspunkterna i visstidsdirektivet, ramavtalet om deltidsarbete (klausul 5.1 b) och bemanningsdirektivet (artikel 4.1). Vid bedömningen av lämpligheten i sysselsättningskravet ska Arbetsdomstolen även beakta att det rör sig om en inskränkning av A.A. rätt till arbete enligt artikel 15 i EU:s rättighetsstadga. Begränsningen kan inte motiveras av allmänintresset. A.A. och andra personer med nedsatt arbetsförmåga kan endast arbeta deltid. Allmänintresset är att sådana personer ska kunna få arbeta deltid motsvarande deras arbetsförmåga. Begränsningarna i rätten till arbete ska därtill vara föreskrivna i lag, något som följer av artikel 52.1 i EU:s rättighetsstadga.

Även om bolaget efter den 1 maj 2017 i förhållande till A.A. tillämpat den särskilda tolkningsregeln, innebärande ett krav på annan huvudsaklig sysselsättning om omkring 25 procent av heltid, har hon utsatts för indirekt diskriminering.

Jämkning alternativt ogiltighet av kollektivavtalsbestämmelser

Kravet på annan huvudsaklig sysselsättning i kollektivavtalsbestämmelserna har till syfte och effekt att, helt eller delvis, utesluta A.A. från sådant arbete som bestämmelserna avser att möjliggöra. Uteslutningen sker permanent från allt sådant arbete, eller i vart fall från allt arbete som överstiger 25 procent av heltid. Bestämmelserna innebär att alla personer med varaktigt nedsatt arbetsförmåga till viss del, beroende på grad av nedsättning, utesluts permanent från att komma i fråga för deltidsarbeten (om 50 procent eller lägre) som motsvarar deras faktiska arbetsförmåga.

Eftersom A.A. har intresse av att kunna komma i fråga för anställning hos bolaget och bolaget är bundet av kollektivavtalsbestämmelser som för anställning innefattar ett krav som är antingen direkt eller indirekt diskriminerande i förhållande till arbetssökande som i likhet med A.A. har en nedsatt arbetsförmåga om 50 procent av heltid finns ett intresse av att bestämmelserna jämkas, utfylls eller ogiltigförklaras på ett sådant sätt att dess utestängande och diskriminerande verkan upphör för A.A. Bestämmelserna ska därför jämkas, utfyllas eller ogiltigförklaras med stöd av 5 kap. 3 § diskrimineringslagen eller artikel 16 b i arbetslivsdirektivet, alternativt artikel 47 i EU:s rättighetsstadga.

Rätten till arbete enligt artikel 15 i EU:s rättighetsstadga är i sig grund för det ogiltighetsyrkande som framställts.

Det finns inte något krav i 5 kap. 3 § diskrimineringslagen om att den som för talan om jämkning, utfyllnad eller ogiltighet måste vara part i avtalet i fråga. EU-rättens effektivitetskrav förutsätter att det finns en möjlighet att angripa t.ex. diskriminerande kollektivavtalsbestämmelser även för personer som inte är med i den avtalsslutande arbetstagarorganisationen.

Förhandsavgörande

I den mån begränsningarna av A.A. möjligheter att utan hinder av sin funktionsnedsättning få arbete som motsvarar hennes arbetsförmåga bedöms strida mot annan EU-rätt, kan begränsningarna inte uppfylla lämplighetskravet inom ramen för en bedömning enligt bestämmelsen om indirekt diskriminering. Det betyder att om Arbetsdomstolen inte skulle finna att kollektivavtalsbestämmelserna är direkt diskriminerande – genom syftet att utestänga eller det samband som finns mellan arbetsförmågan och möjligheten att ha annan huvudsaklig sysselsättning – torde en prövning aktualiseras av om begränsningarna kan rättfärdigas som lämpliga i den mening som avses i 1 kap. 4 § 2 diskrimineringslagen om indirekt diskriminering eller enligt artikel 15 i EU:s rättighetsstadga. I så fall blir det nödvändigt att undersöka om begränsningarna över huvud taget är tillåtna mot bakgrund av stadgandet i artikel 4.1 i bemanningsavtalet, klausul 5.1 b i ramavtalet om deltidsarbete, samt artiklarna 15 och 52.1 i EU:s rättighetsstadga. Förhandsavgörande från EU-domstolen bör därför inhämtas.

Sammanfattning av grunderna för talan

Bolaget har från och med november 2015 och fram till dag för huvudförhandling uppställt ett krav som innebär att den som inte är studerande eller ålderspensionär, måste ha annan huvudsaklig sysselsättning om minst 50 procent av heltid för att komma i fråga för bemanningsarbete hos bolaget.

A.A. har under perioden den 3 november – 1 december 2015 en gång sökt och en gång gjort förfrågan om arbete hos bolaget. Bolaget har vid dessa två tillfällen gett A.A. besked om att hon, på grund av att hon inte uppfyller kravet på annan huvudsaklig sysselsättning, inte kan ingå i bolagets uthyrningspool. A.A. har därutöver i augusti 2017, efter att hon sökt annonserat arbete, åter fått besked om att hon på grund av att hon inte uppfyller kravet på annan huvudsaklig sysselsättning inte kan ingå i bolagets uthyrningspool.

Bolagets besked till henne och bolagets upprätthållande av kravet i övrigt har medfört att hon avskräckts från att söka arbete hos bolaget. Bolagets upprätthållande av kravet på annan huvudsaklig sysselsättning har därför i sig utslutit A.A. från möjligheten till arbete hos bolaget. Hon har redan därigenom utsatts för direkt eller indirekt diskriminering.

Bolaget har i vart fall utsatt A.A. för direkt eller indirekt diskriminering genom de besked hon fått tre gånger om att hon inte kan ingå i bolagets uthyrningspool då hon saknar annan huvudsaklig sysselsättning om minst 50 procent av heltid.

Det av bolaget tillämpade sysselsättningskravet har till syfte att utesluta bl.a. personer som – i likhet med A.A. – har en funktionsnedsättning som innebär ett hinder att arbeta mer än halvtid. Bolaget har härigenom missgynnat A.A. genom att behandla henne sämre än andra personer utan funktionsnedsättningen behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation. Missgynnandet har haft samband med A.A. funktionsnedsättning.

Alternativt har bolaget upprätthållit ett krav, ett kriterium, som förefaller neutralt men som kan komma att särskilt missgynna halvtidsarbetslösa personer med en funktionsnedsättning i form av nedsatt arbetsförmåga om 50 procent av heltid eller mer. Kriteriet är inte lämpligt, nödvändigt eller proportionerligt för att göra det möjligt för personer som har annan huvudsaklig sysselsättning att få bemanningsarbeten på deltid och viss tid eller för att allmänt begränsa användningen av visstidsanställningar.

Bolaget har således utsatt A.A. för direkt eller indirekt diskriminering i strid med 2 kap. 1 § 2 diskrimineringslagen jämfört med 1 kap. 4 § 1 eller 2 samma lag. Bolaget ska därför betala diskrimineringsersättning till A.A. för den kränkning som diskrimineringen har inneburit.

Bolaget, som är bundet av bemanningsavtalen, uppställer i sin verksamhet båda avtalens krav på annan huvudsaklig sysselsättning och utsätter därigenom A.A. för diskriminering som har samband med funktionsnedsättning. Avtalsbestämmelserna diskriminerar personer som har en funktionsnedsättning som innebär en nedsatt arbetsförmåga om 50 procent av heltid. Bestämmelserna innebär också en kränkning av A.A. rätt till arbete enligt artikel 15 i EU:s rättighetsstadga, som inte kan rättfärdigas enligt artikel 52.1 i rättighetsstadgan. Kollektivavtalsbestämmelserna ska därför jämkas, utfyllas eller förklaras ogiltiga enligt 5 kap 3 § diskrimineringslagen och/eller artikel 16 b i arbetslivsdirektivet, alternativt med stöd av artikel 47 i EU:s rättighetsstadga så att A.A. och bolaget, utan hinder av bestämmelserna, kan sluta avtal om anställning i bolagets uthyrningsverksamhet.

Arbetsgivarparterna

Bolagets verksamhet och anställningsformer

Bolaget är i sin uthyrningsverksamhet särskilt inriktad mot uthyrning av studerande, som vid sidan av studierna vill arbeta extra. Den grundläggande förutsättningen för anställning hos bolaget för sådan uthyrning är att sökanden är inskriven vid universitet, högskola eller motsvarande och studerar på minst halvtid. Sådana studerande utgör alltså den målgrupp som bolaget

vänder sig till när rekrytering sker till bolagets uthyrningspool för kommande uthyrning till bolagets kundföretag. Andelen studerande i bolagets uthyrningspool är cirka 95 procent. Att bolagets målgrupp utgörs av studerande, även omnämnda som studenter, framgår av bolagets platsannonser där det anges t.ex. följande. "Är du student och vill ha ett extrajobb vid sidan av dina studier?"

Anställning av studerande på viss tid är en godtagen anställningsform enligt båda kollektivavtalen och följaktligen ett tillåtet avsteg från huvudregeln om tillsvidareanställning. Endast i de fall det i ett rekryteringsförfarande inte finns studerande att tillgå bland de sökande, kommer andra kategorier i fråga. Bolaget tillämpar alltså en prioritetsordning vid rekrytering som innebär att studerande ges företräde till att antas i poolen och därmed till anställning, även om det finns andra kategorier sökande som i och för sig bedöms uppfylla kvalifikationskraven.

Det är framförallt två omständigheter som kännetecknar bolagets verksamhet. Den första är den som nämnts ovan, dvs. bolagets uttalade inriktning mot uthyrning av studenter. För att kunna upprätthålla denna smala men tydliga nisch i bemanningsbranschen och på arbetsmarknaden i stort, är det utomordentligt viktigt för bolaget att inte annat än undantagsvis och marginellt öppna för andra kategorier än studenter.

Det andra som utmärker bolagets verksamhet är att de anställningar som bolaget tillhandahåller utgör extraarbete eller bisyssla för arbetstagaren. Bolaget ställer inget löfte om arbete och inkomst för den som antas till uthyrningspoolen. Att en sökande antas i ett rekryteringsförfarande innebär inte med automatik att ett anställningsavtal träffas. Sökanden antas till bolagets pool för framtida uthyrningsuppdrag och det träffas i samband därmed ett ramavtal som anger de villkor som gäller för kommande visstidsanställningar. Det är således kundernas behov som avgör om och när eventuella uthyrningsuppdrag aktualiseras och det är nödvändigt för bolaget att tillämpa så kallade intermittenta behovsanställningar. Arbetstagaren anställs då arbetsgivaren har behov av honom eller henne, vilket kan ske mer eller mindre regelbundet. Arbetstagaren har ingen skyldighet att stå till förfogande för arbete utan kan fritt tacka nej till arbetsgivarens erbjudande. Varje enskilt tillfälle eller, i förekommande fall, sammanhängande period som arbetstagaren accepterar erbjudande om arbete utgör en anställning och sker på de villkor parterna enats om i ramavtalet. Perioder mellan dessa anställningstillfällen är följaktligen inte att betrakta som anställningstid och någon lön eller annan ersättning utgår då inte. Möjligheterna till denna typ av anställningsförhållande är starkt kringskuren i kollektivavtalen och en anställning hos bolaget ska inte vara arbetstagarens ordinarie syssla.

Det förekommer, om än i mycket begränsad omfattning, att bolaget tar in även andra än studerande i sin pool för uthyrning. En sådan kategori är pensionärer, för vilka det finns en särskild visstidsanställningsform i båda kollektivavtalen. Utöver studerande och pensionärer kan ytterligare en kate-

gori komma i fråga. Det är personer som har annan huvudsaklig sysselsättning. Även i fråga om dessa två senare kategorier gäller att anställningen hos bolaget ska ha karaktären av extraarbete eller bisyssla.

Av bolagets statistik framgår att de som ingår i bolagets pool arbetar i genomsnitt mindre än 30 timmar i månaden, vilket motsvarar en ungefärlig sysselsättningsgrad om drygt 15 procent. Anställningarna hos bolaget är således av utpräglad bisysslekaraktär.

Annan huvudsaklig sysselsättning

Med kravet på annan huvudsaklig sysselsättning avses att sökanden ska ha annat arbete på minst halvtid eller sysselsättning i form av egen verksamhet eller annat i samma omfattning. Före den 1 maj 2017 fanns anställningsformen enbart i bemanningsavtalet för arbetare. I bemanningsavtalet för tjänstemän utvidgades möjligheterna till tidsbegränsad anställning med verkan från den 1 maj 2017 genom att anställningsformen då även infördes i detta avtal.

Såvitt avser bemanningsavtalet för tjänstemän, i dess lydelse från och med den 1 maj 2017, är även där utgångspunkten att personen ska ha annan sysselsättning som omfattar omkring 50 procent av heltid. Kollektivavtalsparterna har dock i fråga om personer som är sjukskrivna eller uppbär sjukersättning enats 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 annan huvudsaklig sysselsättning som omfattar omkring 25 procent av heltid.

Händelseförloppet

A.A. lämnade vid två tillfällen under hösten 2015, den 22 september och den 3 november, in ansökningar till bolaget med anledning av att bolaget annonserat efter personal för uthyrning. Vid båda rekryteringstillfällena vände sig bolaget i första hand till målgruppen studerande.

Vid sin ansökan i september 2015 lämnade A.A. en redogörelse för sina tidigare anställningar och utbildningar. Hon lämnade även uppgifter om sin sjukdom och den funktionsnedsättning som sjukdomen medför.

När en ansökan kommer in till bolaget granskas den översiktligt. Om sökanden uppfyller de grundläggande kraven och tycks kunna komma i fråga för anställning, kontaktas han eller hon för en kortare telefonintervju. Kontakt kan även tas om det i ansökan finns oklarheter i något avseende.

A.A. sökte i september 2015 en studerandeanställning. För en sådan kunde hon inte komma i fråga eftersom hon inte studerade. Bolagets rekryterare, J.P., kontaktade dock A.A. för kompletterande information. Hon ville undersöka om A.A. kunde komma i fråga för visstidsanställning av person som har annan huvudsaklig sysselsättning, om behov skulle uppstå. Vid samtalet klargjorde J.P. vilka villkor som gäller för att antas till poolen och

gav därefter A.A. besked om att hon inte uppfyllde något av villkoren och därför inte kunde komma i fråga för anställning hos bolaget.

J.P. kontaktade A.A. även efter hennes ansökan i början av november 2015. Vid samtalet, som ägde rum den 17 november, hade J.P. tillgång till de uppgifter som A.A. lämnat i sin tidigare ansökan i september.

Det framgick inte av ansökan i november vad A.A. gjorde i övrigt, dvs. om hon nu studerade eller hade någon annan anställning eller liknande. Efter att A.A. berättat att hon alltså var arbetslös och inte heller studerade, redogjorde J.P. åter för de anställningsformer som kunde komma i fråga och vilka villkor som måste vara uppfyllda för att en anställning hos bolaget skulle kunna bli aktuell.

Vid båda de ovan angivna rekryteringstillfällena fanns det sökande som var studerande och som uppfyllde uppställda kvalifikationskrav. Bolaget antog därför studerande till uthyrningspoolen vid dessa tillfällen.

Det har därutöver förekommit ett tredje samtal mellan J.P. och A.A. Bolaget har dock inga uppgifter om samtalet var just den 1 december 2015. Vid samtalet upplyste J.P. åter om kriterierna för antagande till poolen hos bolaget och uppmanade A.A. att i stället söka anställning hos Manpower AB som ingår i samma koncern. Även detta bolag är verksamt inom bemanningsbranschen och bundet av de båda bemanningsavtalen. Manpower AB tillämpar dock även övriga anställningsformer enligt kollektivavtalen varför A.A. alltså skulle kunna komma i fråga för såväl tillsvidareanställning som visstidsanställning på halvtid hos Manpower AB.

De annonser som DO hänvisat till är bolagets annonser.

Det stämmer att A.A. sökte arbete och kontaktades av bolaget den 17 augusti 2017, och då fick samma besked av bolaget som vid tillfällena under hösten 2015. Även vid detta tillfälle fanns det sökande som var studerande och som uppfyllde uppställda kvalifikationskrav. Bolaget antog därför studerande till uthyrningspoolen också vid detta tillfälle.

Sysselsättningskravet i sig innebär inte diskriminering.

DO har hävdatt att det är sysselsättningskravet som sådant som utestängt A.A. från anställning och inte i första hand de besked hon fått av bolaget vid de tre aktuella tillfällena. DO har även gjort gällande att Arbetsdomstolen först ska pröva om sysselsättningskravet som sådant strider mot diskrimineringsförbudet. En sådan prövning aktualiseras dock först om Arbetsdomstolen finner att sysselsättningskravet faktiskt har tillämpats och att det var konsekvenserna av denna tillämpning som innebar att A.A. inte fick anställning. Det kan bara bli aktuellt att pröva ett påstående om diskriminering om någon person i en konkret situation, exempelvis i samband med ansökan eller förfrågan om arbete, anser sig ha blivit utsatt för diskriminering.

DO har framhållit att A.A. även utöver de tillfällen hon kontaktat bolaget med anledning av dess annonser, varit intresserad av arbete hos bolaget. Ett sådant intresse hos en person är inte i sig tillräckligt för att kunna ligga till grund för ett påstående om diskriminering. Det krävs att detta intresse kommer till uttryck i form av en ansökan eller en förfrågan om arbete för att den tilltänkte arbetsgivaren ska kunna göra sig skyldig till diskriminering.

DO har hänvisat till EU-domstolens dom, Firma Feryn. De omständigheter som aktualiserades i den domen var emellertid särpräglade och det finns ingen beröring mellan dem och omständigheterna i detta mål. Förevarande mål gäller en saklig och neutral bestämmelse, som inte pekar ut någon specifik grupp av personer. Någon parallell kan därför inte dras till Firma Feryn-domen, som alltså saknar betydelse för prövningen i detta mål.

Endast uppställande av ett sysselsättningskrav kan alltså inte i sig innebära diskriminering i strid med diskrimineringslagen och medföra rätt till diskrimineringsersättning. Det kan inte vara fråga om diskriminering, med rätt till diskrimineringsersättning, förrän i vart fall kravet tillämpas på en person som gör en förfrågan om arbete och får ett negativt besked.

Syftet med kravet på annan huvudsaklig sysselsättning i kollektivavtalsregleringen

I bemanningsavtalen är tillsvidareanställning huvudregel. Det finns inga hinder i sig för den som har en funktionsnedsättning att få en tillsvidareanställning på hel- eller deltid.

Huvudregeln om tillsvidareanställning kompletteras av bestämmelser som gör det möjligt att, under vissa i kollektivavtalen angivna förutsättningar, träffa avtal om tidsbegränsad anställning. De båda kollektivavtalen innehåller ett flertal former för tidsbegränsade anställningar, såsom t.ex. vikariat, säsong, visst arbete, tillfällig arbetstopp, praktik samt för studerande, pensionärer och den med annan huvudsaklig sysselsättning. Kollektivavtalsreglerna om visstidsanställning avviker delvis från regleringen i anställningsskyddslagen och är en följd av de särskilda behov som finns i bemanningsbranschen.

För studerande vid universitet och högskolor och motsvarande innebär anställning och uthyrning till kundföretagen en möjlighet till försörjning under studietiden samt att inträdet på arbetsmarknaden underlättas. Kollektivavtalsregleringen syftar till att möjliggöra detta. Genom bolagets verksamhet tillgodoses vidare kundföretagens behov av tillfällig arbetskraft samtidigt som framtida rekryteringar stimuleras, vilket är positivt för sysselsättningen.

De villkor som i övrigt uppställs i bemanningsavtalen syftar till att begränsa användningen av andra anställningsformer än tillsvidareanställning på heltid. Eftersom tidsbegränsade anställningar samtidigt fyller en viktig funktion för såväl arbetsgivare som arbetstagare är det dock varken lämpligt eller möjligt att helt förbjuda användningen av sådana anställningar. Den möjlig-

het som står till buds är därför att, på det sätt som skett, begränsa användningen genom att reglera under vilka förutsättningar som tidsbegränsade anställningar ska vara tillåtna.

Tidsbegränsad anställning för den som har annan huvudsaklig sysselsättning möjliggör återkommande korta anställningar och är avsedd för arbetstagare som önskar tillfälligt extraarbete. Eftersom det inte gäller några särskilda begränsningar i övrigt har sysselsättningskravet uppställts för att säkerställa att anställningsformen endast används i avsedda fall, dvs. att anställningen för arbetstagaren utgör en bisyssla vid sidan av en annan ordinarie sysselsättning. Som villkor gäller följaktligen att personen ska ha arbete eller annan huvudsaklig sysselsättning som motsvarar minst halvtid. De som är avsedda att komma i fråga för denna typ av anställning är exempelvis deltidsanställda, egenföretagare, konsulter, deltidsjordbrukare och idrottsmän. Sysselsättningskravet har alltså uppställts för att förhindra missbruk och användning av visstidsanställningar i form av behovsanställningar i andra situationer än den avsedda, dvs. som bisyssla. En person som av något skäl inte kan komma i fråga för denna anställningsform är naturligtvis inte utesluten från vare sig tillsvidareanställning eller någon annan form av tidsbegränsad anställning.

Möjligheten till intermitterant anställning vid behov, som förekommer hos bolaget, är alltså starkt kringskuren i bemanningsavtalen och är ett resultat av förhandlingar mellan parterna på förbunds nivå. Kravet på annan huvudsaklig sysselsättning har inte till syfte och effekt att utesluta personer som har en funktionsnedsättning, utan är i sig sakligt och neutralt och har inget samband med vare sig funktionsnedsättning eller någon annan diskrimineringsgrund.

Som anförts tillåter kollektivavtalen även andra former av tidsbegränsade anställningar, såsom vikariat, säsongsanställning och anställning vid arbetstopp. Sådana anställningar tillämpas dock inte hos bolaget, men väl hos andra bolag i koncernen Manpower Group.

Möjligheten att visstidsanställa den med annan huvudsaklig sysselsättning infördes i bemanningsavtalet för tjänstemän med verkan från och med den 1 maj 2017. Härigenom har möjligheterna att träffa avtal om tidsbegränsad anställning utökats jämfört med den avtalsreglering som gällde hösten 2015. Införandet av denna möjlighet till visstidsanställning ska alltså inte uppfattas som en begränsning av en annars föreliggande rätt eller möjlighet till anställning.

Diskriminering

A.A. har inte utsatts för direkt diskriminering

A.A. har vid tre tillfällen sökt arbete hos bolaget, dels i september och november 2015, dels i augusti 2017. DO har därutöver hävdats att hon har gjort förfrågan om arbete i december 2015, vilket inte ifrågasätts.

I första hand görs det gällande att sysselsättningskravet inte har tillämpats i förhållande till A.A.

Vid samtliga angivna tillfällen var det fråga om arbeten på vilka bemanningsavtalet för tjänstemän var tillämpligt. Någon tillämpning av sysselsättningskravet i bemanningsavtalet för arbetare har därmed inte aktualiserats.

De arbeten som A.A. sökte under hösten 2015 samt den förfrågan hon gjort i december samma år avsåg i samtliga fall arbeten på vilka bemanningsavtalet för tjänstemän var tillämpligt. Anställningsformen i fråga fanns då inte i detta avtal och sysselsättningskravet har därför inte tillämpats i förhållande till A.A. Hon kan därmed inte anses ha blivit diskriminerad genom tillämpning av en bestämmelse som infördes i kollektivavtalet först långt senare. Bolaget tillämpar inte några egna anställningsformer vid sidan av tillämpliga kollektivavtal och uppställer därmed inte heller några egna krav för anställning. Bolagets besked till A.A. föranleder ingen annan bedömning, eftersom hon då endast upplysningsvis informerades om vilka krav som gäller för anställning i bolagets uthyrningsverksamhet. Detta kan inte likställas med att något av kraven faktiskt tillämpades beträffande henne.

Eftersom anställningarna omfattades av bemanningsavtalet för tjänstemän kunde endast studenter och pensionärer komma i fråga för anställning. A.A. uppfyllde inget av kraven. Hon var därför inte i en jämförbar situation med de sökande som var antingen studenter eller pensionärer.

Vid ansökningstillfället i november 2015 fanns även andra sökande. En av dessa var R.K. Hon var studerande. I enlighet med den av bolaget tillämpade prioriteringsordningen anställdes R.K. A.A. var inte studerande och var därför inte i en med Rebecka K jämförbar situation.

När det särskilt gäller ansökningstillfället i augusti 2017 hade som nämnts bemanningsavtalet för tjänstemän tillförts ytterligare en möjlighet till visstidsanställning, nämligen av den med annan huvudsaklig sysselsättning. I avtalet tas, vid bedömningen av om sysselsättningskravet är uppfyllt, särskilda hänsyn till om en person är sjukskriven eller uppbär sjukersättning. Sysselsättningskravet bedöms då i förhållande till personens arbetsförmåga.

A.A. kunde ha uppfyllt sysselsättningskravet genom att t.ex. ha en annan anställning om 25 procent av heltid. Hon skulle då ha kunnat komma i fråga för ett ramavtal om bisyssla eller extraarbete vid sidan av sin huvudsakliga sysselsättning. A.A. skulle då ha kunnat ta erbjudna extraarbeten, dvs. anställning av det slag och i den omfattning som bolaget tillhandahåller.

A.A. har följaktligen tillräcklig sysselsättningsförmåga för att kunna komma i fråga för anställning. Arbetsgivarparterna bestrider därför DO:s påstående att halvtidsarbetslösa personer som på grund av en varaktig funktionsnedsättning inte kan arbeta mer än halvtid, utesluts från möjligheten att antas till bolagets uthyrningspool.

Det är visserligen riktigt att kravet på annan huvudsaklig sysselsättning innefattar ett krav på sysselsättningsförmåga. Genom sin utformning kan dock personer som likt A.A. endast kan arbeta halvtid, ändå komma i fråga för ramavtal. Sysselsättningskravet kan därmed inte i sig sägas innebära direkt diskriminering som har samband med funktionsnedsättning.

Även vad gäller ansökningstillfället i augusti 2017, görs i första hand gällande att sysselsättningskravet inte tillämpades i förhållande till A.A. Liksom vid tidigare ansökningstillfällen fanns nämligen studenter att tillgå bland de sökande och som också anställdes. A.A. skulle följaktligen inte heller vid detta tillfälle ha anställts även om hon hade uppfyllt sysselsättningskravet.

För det fall domstolen skulle finna att sysselsättningskravet har tillämpats görs följande gällande. Sysselsättningskravet följer av kollektivavtal och är i sig sakligt och neutralt och tillämpas lika för alla. Den som inte uppfyller detta villkor och inte heller är studerande eller pensionär, kan inte komma i fråga för anställning hos bolaget. A.A. uppfyllde inte något av kraven för anställning och hon kan därmed inte sägas ha behandlats sämre än någon annan behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation.

I fråga om ansökningstillfället i augusti 2017 görs det gällande att A.A., med hänvisning till vad som ovan anförts om tillämpningen av sysselsättningskravet i bemanningsavtalet för tjänstemän, inte uppfyllde kravet på annan huvudsaklig sysselsättning i relation till sin arbetsförmåga. Hon uppfyllde inte heller något av de övriga kraven för att kunna komma i fråga för anställning. Hon har således inte behandlats sämre än någon annan har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation.

A.A. har inte heller utsatts för indirekt diskriminering

Bolaget har i förhållande till A.A. inte tillämpat det kriterium – sysselsättningskravet – som DO hävdar särskilt missgynnar halvtidsarbetslösa personer med nedsatt arbetsförmåga. Den möjlighet som finns i bemanningsavtalet för arbetare, att anställa den som har annan huvudsaklig sysselsättning, var inte aktuell vid de aktuella rekryteringstillfällena hösten 2015, eftersom de avsåg antagning till uthyrningspoolen för anställning inom tillämpningsområdet för bemanningsavtalet för tjänstemän.

För att antas till bolagets uthyrningspool krävs att sökanden studerar, är pensionär eller har en sysselsättning i form av arbete, egen verksamhet eller liknande som omfattar minst halvtid. Som redan anförts kan även den som har en funktionsnedsättning studera, ha arbete eller egen verksamhet i sådan omfattning att sysselsättningskravet uppfylls och har därigenom möjlighet att antas till uthyrningspoolen. Sysselsättningskravet kan därför inte heller sägas särskilt komma att missgynna den grupp som A.A. tillhör, dvs. personer med en funktionsnedsättning i form av nedsatt arbetsförmåga om 50 procent av heltid.

Sysselsättningskravet har under alla omständigheter ett berättigat syfte och de medel som använts för att uppnå detta är lämpligt och nödvändigt.

De för avtalsområdet tillämpliga anställningsformerna är reglerade i kollektivavtal som träffats på förbunds nivå. Bolaget är särskilt inriktat mot uthyrning av studerande. För studerande innebär anställning och uthyrning till kundföretagen en möjlighet till försörjning under studietiden samt att inträdet på arbetsmarknaden underlättas. Kollektivavtalsregleringen syftar till att möjliggöra detta. Genom bolagets verksamhet tillgodoses vidare kundföretagens behov av tillfällig arbetskraft samtidigt som framtida rekryteringar stimuleras, vilket är positivt för sysselsättningen. De villkor som i övrigt uppställs i kollektivavtalen syftar till att begränsa användningen av andra anställningsformer än tillsvidareanställning på heltid. Eftersom tidsbegränsade anställningar samtidigt fyller en viktig funktion för såväl arbetsgivare som arbetstagare är det dock varken lämpligt eller möjligt att helt förbjuda användningen av sådana anställningar. Den möjlighet som står till buds är därför att, på det sätt som skett, begränsa användningen genom att reglera under vilka förutsättningar som tidsbegränsade anställningar ska vara tillåtna.

När det särskilt gäller möjligheten att visstidsanställa den som har annan huvudsaklig sysselsättning är detta således endast en av ett flertal former av tidsbegränsad anställning. Övriga visstidsanställningar innehåller inget sysselsättningskrav. Sysselsättningskravet har uppställts för att förhindra missbruk och användning av visstidsanställning vid behovsanställning i andra situationer än den avsedda, dvs. som bisyssla.

De aktuella kollektivavtalsregleringarna strider inte mot de EU-rättsliga regleringar som DO hänvisat till.

Angående yrkandena om jämkning alternativt ogiltighet

Det finns inte förutsättningar för jämkning, utfyllnad eller ogiltigförklaring av de aktuella kollektivavtalsbestämmelserna, eftersom det inte har skett någon diskriminering genom bestämmelserna.

Det är inte heller möjligt att bifalla DO:s talan om jämkning, utfyllnad eller ogiltighet av kollektivavtalsbestämmelserna, eftersom A.A. inte är medlem i någon av arbetstagarorganisationerna som är part i bemanningsavtalen och då avtalen därför inte är bindande i relation till henne.

Arbetstagarorganisationerna som är part i bemanningsavtalen är inte heller instämnda i målet.

Angående yrkandet om förhandsavgörande från EU-domstolen

Tillsvidareanställning är huvudregel enligt båda bemanningsavtalen. Därtill möjliggör båda bemanningsavtalen ett flertal former av tidsbegränsade anställningar. När det gäller bemanningsavtalet för tjänstemän finns ingen särskild reglering eller begränsning avseende deltidsarbete. Av bemanningsavtalet för arbetare framgår uttryckligen att huvudregeln är anställning på heltid. I anslutning härtill anges dock att deltidsanställning kan ske efter lokal överenskommelse. Båda bemanningsavtalen möjliggör således anställning på deltid. Att bemanningsavtalen, för en av alla förekommande viss-

tidsanställningar, uppställer krav på att arbetstagaren ska ha annan huvudsaklig sysselsättning kan inte anses innebära någon otillåten begränsning av möjligheterna till deltidsarbete. Därtill kommer att, som kollektivavtalsparterna samstämmt framhållit, syftet är att begränsa användningen av tidsbegränsade anställningar.

Sammanfattning av bestridandegrunderna

A.A. har inte utsatts för vare sig direkt eller indirekt diskriminering.

Bolaget har i förhållande till A.A. inte tillämpat något sysselsättningskrav.

Endast uppställande av ett sysselsättningskrav i t.ex. annonser kan i sig inte anses innebära diskriminering och medföra rätt till diskrimineringsersättning. Det kan inte vara fråga om diskriminering, med rätt till diskrimineringsersättning, förrän en person faktiskt gör i vart fall en förfrågan om arbete och får ett negativt besked.

A.A. har inte heller vid de tre tillfällena hon hos bolaget sökt alternativt gjort förfrågan om anställning för uthyrning utsatts för diskriminering i någon form.

A.A. hade, även om hon hade uppfyllt sysselsättningskravet – annan huvudsaklig sysselsättning – inte kommit i fråga för att antas till uthyrningspoolen. Vid rekryteringstillfällena i november och december 2015 och i augusti 2017 befann hon sig därför inte i en jämförbar situation. Bolagets besked till A.A. under hösten 2015 och i augusti 2017 att hon inte kunde komma i fråga för anställning, hade i vart fall inget samband med hennes funktionsnedsättning.

Sysselsättningskravet har inte till syfte och effekt att utesluta personer som har en funktionsnedsättning.

Sysselsättningskravet kan inte heller sägas särskilt komma att missgynna den grupp som A.A. tillhör, dvs. personer med en funktionsnedsättning i form av nedsatt arbetsförmåga om 50 procent av heltid.

Sysselsättningskravet har under alla omständigheter ett berättigat syfte och de medel som använts för att uppnå detta är lämpligt och nödvändigt.

Möjligheten att visstidsanställa den som har annan huvudsaklig sysselsättning är avsedd att möjliggöra anställning av den som, vid sidan om sin huvudsakliga sysselsättning om minst 50 procent av heltid, önskar en bisyssla. Sysselsättningskravet har uppställts för att förhindra missbruk och användning av visstidsanställning i andra situationer än den avsedda.

Det finns inte rättsliga förutsättningar att jämka, fylla ut eller ogiltigförklara kollektivavtalsbestämmelserna.

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 förfaringsätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med t.ex. funktionsnedsättning, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet 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 tillämpat det påstådda sysselsättningskravet i förhållande till A.A.

Har bolaget tillämpat 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 tillämpat 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 tillämpat 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 anför 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 deltidsarbetslösa 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 tjänstemannen 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 anställda 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 tillfällena 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 kompensation 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 tillfallet 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 arbetssökande 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 arbetssökande 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 avtalsstillfället 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 förlorande parter. De ska därmed ersätta DO för myndighetens rättegångskostnader. Om beloppet råder ingen tvist.

Med tillämpning av 5 kap. 2 § tredje stycket arbetstvistlagen finner Arbetsdomstolen att arbetsgivarparterna ska betala ersättningen med hälften vardera.

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 ogiltigförklaring på visst sätt av kollektivavtalsbestämmelser avslås.
3. Diskrimineringsombudsmannens yrkande om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen avslås.
4. Arbetsdomstolen förpliktar Bemanningföretagen och Manpower Student AB att med hälften vardera ersätta Diskrimineringsombudsmannens rättegångskostnader 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