

Sammanfattning

Fråga om en 62-årig kvinna har utsatts för dels könsdiskriminering och åldersdiskriminering genom att hon inte kallats till anställningsintervju, dels åldersdiskriminering genom att hon inte har erbjudits anställning som jobbcoach.

ARBETSDOMSTOLEN

DOM
2010-12-15Dom nr 91/10
Mål nr A 268/09**KÄRANDE**

Diskrimineringsombudsmannen (DO), Box 3686, 103 59 Stockholm
Ombud: jur. kand. Therese Östmark och jur. kand. Cecilia Landolf Hjort,
adress som ovan

SVARANDE

Staten genom Arbetsgivarverket, Box 3267, 103 25 Stockholm
Ombud: advokaten Gunnar Bergström, Elmszell Advokatbyrå AB,
Gamla Brogatan 32, 111 20 Stockholm

SAKEN

diskrimineringsersättning enligt diskrimineringslagen

Bakgrund och yrkanden

A.H. sökte i februari 2009 en av två anställningar som jobbcoach vid Arbetsförmedlingens kontor i Strängnäs. Hon var då 62 år. Hon kallades inte till intervju och tjänsterna tillsattes med två kvinnor som var 27 respektive 36 år.

Sedan A.H., som inte är medlem i någon facklig organisation, anmält staten till Diskrimineringsombudsmannen (DO) har det mellan parterna uppkommit tvist om A.H. har utsatts för diskriminering som har samband med dels kön och ålder genom att hon inte kallades till intervju, dels ålder genom att hon inte fick någon av de två anställningarna.

DO har väckt talan i Arbetsdomstolen mot staten genom Arbetsgivarverket (staten) och yrkat att staten ska förpliktas att till A.H. utge diskrimineringsersättning med 300 000 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämning, den 22 december 2009, till dess betalning sker.

Staten har bestritt käromålet. För det fall Arbetsdomstolen skulle finna att staten är skadeståndsskyldig har staten yrkat att diskrimineringsersättningen ska sättas ned till noll.

DO har bestritt att det föreligger skäl för jämkning.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Till utveckling av talan har parterna anfört i huvudsak följande.

DO

Platsannonsen m.m.

I en annons, daterad den 30 januari 2009, sökte Arbetsförmedlingen två jobbcoacher till kontoret i Strängnäs. Av annonsen framgår att den man sökte skulle

- ha arbetslivserfarenhet, gärna inom olika branscher,
- ha goda kunskaper genom utbildning eller erfarenhet inom beteendevetenskap, pedagogik, "sälj", entreprenörskap eller vad som bedöms likvärdigt,
- ha utbildning motsvarande minst treårig gymnasieutbildning och gärna relevant högskoleutbildning,
- ha förmåga att själv prioritera och strukturera sitt dagliga arbete,
- ha god datorvana,
- ha förmåga att arbeta mål- och resultatinkompatibelt,
- gärna ha erfarenhet av olika coachningstekniker alternativt lösningsfokuserat arbetssätt, samt
- gärna inneha körkort B.

Vidare angavs i annonsen att det var viktigt att den sökande var serviceinriktad och hade förmåga att skapa goda relationer samt att ett brett nätverk var meriterande. Det betonades också att stor vikt skulle läggas vid den personliga lämpligheten för befattningen.

Sista ansökningsdag var den 6 februari 2009 och A.H. lämnade in sin ansökan den 3 februari 2009. Hon kallades dock inte till intervju. Den 6 mars respektive den 13 mars 2009 kungjordes att respektive anställning hade tillsatts med en annan person.

A.H:s meriter

Av A.H:s CV, som hon bifogade sin ansökan, framgår bl.a. följande. Hon har en psykologexamen från år 1983 och en rektorsexamen från år 1996 samt utbildning i "KBT". Hon har arbetat som vikarierande lärare, skyddskonsulentassistent och psykolog. Åren 1987–1990 arbetade hon som skolpsykolog och därefter som social- och familjehemssekreterare samt mellan åren 1992–2004 som rektor och skolledare. Hon drev ett eget företag i cirka 13 år mellan åren 1990–2003. Därefter var hon år 2004 enhetschef inom vård och omsorg och år 2005 verksamhetschef och föreståndare för ett LSS-boende för ungdomar. Hon har körkort och god datorvana.

Genom sin utbildning och sina arbeten har A.H. stor erfarenhet av att arbeta med olika coachningstekniker och lösningsfokuserade arbetssätt. Alla hennes arbeten har krävt god serviceförmåga och förmåga att kunna skapa goda relationer. Hon uppfyllde väl de krav som ställdes i annonsen. A.H. var även personligen lämplig för arbetet.

Av uppgifterna i A.H:s CV om hennes långa arbetslivserfarenhet samt tidpunkterna för hennes examina, framgår att det rör sig om en äldre person.

Under hösten 2009 blev A.H. beviljad jobbcoachning för egen del. När hennes jobbcoach hade gått igenom hennes CV erbjöds hon arbete som lärare och jobbcoach av denna privata aktör som hade anlitats av Arbetsförmedlingen.

De som kallades till intervju

Arbetsförmedlingen, kontoret i Strängnäs, kallade tio personer till intervju. Av deras ingivna meritföreteckningar framgår följande.

T.B. var en av de två som anställdes. Hon har en högskoleexamen i välfärdsarbete med inriktning mot rehabilitering. Hon var vid tidpunkten för ansökan 27 år och hade sammanlagt cirka två års arbetslivserfarenhet som vårdare vid ett gruppboende.

A.R. var den andra personen som anställdes. Hon var 36 år. Hon har en lärarexamen och hade arbetat som lärare sedan år 2000. Dessförinnan har hon en blandad arbetslivserfarenhet som biblioteksassistent, kvalitetsgranskare av pedagogiska CD-ROM-program, lärarassistent, vårdare, gruppleadare på dagcenter för utvecklingsstörda och som museivakt.

Därutöver kallades följande personer till intervju.

- *P.D.* var 23 år. Han har en gymnasieexamen från Scantias industrigymnasium år 2005. Han hade sommarjobbat som lagerplockare och hade under utbildningen praktiserat som bl.a. maskinoperatör. Efter gymnasiet hade han arbetat som maskinoperatör och golvläggare.
- *T.N.*, vars ålder har uppskattats till 48 år med ledning av uppgiften om hans gymnasieexamen, hade arbetat som processoperatör under åren 1989–2005 och som byggsvetsare under åren 2006–2009. Under åren som processoperatör var han fackligt aktiv. Han hade tidigare arbetat som yrkesfiskare, maskinoperatör och operatör.
- *U.J.*, vars ålder har uppskattats till cirka 60 år, gick under åren 1980–1982 på utbildningen YTH fordon vid Mälardalens Högskola. Mellan åren 1983–1989 arbetade han som servicemarknadszonchef och utbildningsledare hos Saab Ana. Han har därefter drivit eget företag: utbildningskonsult under åren 1989–1998 och en bensinstation under åren 1998–2004.
- *S.J.S.*, som var knappt 43 år vid ansökningstillfället, har en lärarexamen från år 1989 och har därefter arbetat som lärare. Hon har läst en termin psykologi och även arbetat som butiksbiträde, glassförsäljare, simlärare, "kolloledare" och barnrytmikledare.

Av de övriga personer som kallades till intervju var tre kvinnor i åldrarna uppskattningsvis 36, 36 respektive 50 år och en man som var 42 år.

Bland de tio som kallades till intervju fanns det således ingen äldre kvinna, men väl en man i 60-årsåldern.

Jämförbar situation

A.H. uppfyllde kraven i annonsen i högre grad och var mer meriterad för arbetet än samtliga eller i vart fall flertalet av de personer som kallades till intervju. Hon har i vart fall varit i en jämförbar situation med de personer som kallades till intervju och de två som anställdes.

Det kan särskilt framhållas hur mycket mer meriterad A.H. var än både T.B. och P.D. Den sistnämnde kan inte ens anses ha uppfyllt kravprofilen, eftersom han inte har den inriktning på utbildning, den breda arbetslivserfarenhet och det breda nätverk som efterfrågades.

Arbetsförmedlingens agerande

I ett yttrande till DO den 2 juli 2009 över A.H:s anmälan till DO anförde Arbetsförmedlingen att skälet till att A.H. inte kallades till intervju eller anställdes var att hon inte ansågs uppfylla kravprofilen i lika hög utsträckning som dem som kallades till intervju. Hennes arbetslivserfarenhet och nätverk hade enligt Arbetsförmedlingen inte den bredd som de andra sökandena kunde erbjuda.

I oktober 2009 lämnade Arbetsförmedlingen nya uppgifter där det anfördes att man hade gjort en samlad bedömning av A.H:s meriter och hennes agerande som inskriven arbetssökande hos Arbetsförmedlingen. Arbetsförmedlingen hänvisade till en daganteckning från den 13 mars 2009 om ett telefonsamtal, enligt vilken A.H. skulle ha underlåtit att söka ett annat arbete. Eftersom hon inte hade skött sig korrekt som arbetssökande ansågs hon enligt verksamhetschefen vid Arbetsförmedlingen, L.H., inte lämplig att "coacha" andra sökande och detta var det viktigaste skälet till att hon inte hade kallats till intervju.

Med hänsyn bl.a. till att anställningsbesluten kungjordes den 6 respektive den 13 mars 2009 ifrågasatte DO den ovan nämnda förklaringen och anförde att ett telefonsamtal så sent som den 13 mars inte rimligen kunde ha haft betydelse för besluten att inte kalla A.H. till intervju och att inte erbjuda henne anställning. A.H. hade för övrigt vid telefonsamtalet den 13 mars blivit upplyst om att hon, med hänsyn till att hon höll på att starta eget företag med ett s.k. starta eget-bidrag, inte behövde söka de anvisade arbetena.

Arbetsförmedlingen, genom L.H., hänvisade då till stress och gav en tredje förklaring, nämligen att L.H. hade pratat med två av sina arbetsförmedlare – A.E. och U.L. – och att dessa hade sagt att A.H. nog inte skulle passa in i arbetslaget.

Med hänsyn till att Arbetsförmedlingen har lämnat tre olika och efterhand ändrade förklaringar anser DO att den senast lämnade förklaringen är en efterhandskonstruktion som inte förtjänar tilltro. Det kan också ifrågasättas om de två arbetsförmedlarna kan anses utgöra referenser i den mening som är vedertaget vid ett tillsättningsförfarande.

Av Riksförsäkringsverkets rapport "Arbetsgivares attityder till äldre yrkesverksamma" framgår att äldre personer ofta blir förbigångna vid rekrytering.

Frågan om jämkning

De krävs särskilda skäl för att jämkning av diskrimineringsersättning ska kunna ske. Några sådana skäl föreligger inte i detta fall och de av staten anförda skälen för jämkning kan över huvud taget inte utgöra grund för jämkning. Arbetsförmedlingen är en myndighet som ska sätta förtjänst och skicklighet främst vid tjänstetillsättning oavsett eventuell tidspress.

Sammanfattning av grunderna för talan

A.H. blev inte kallad till intervju och fick inte någon av de två utannonserade anställningarna, trots att hon var mer kvalificerad än de två som anställdes och de övriga som kallades till intervju. Till intervju kallades i huvudsak personer som var mycket yngre än A.H. och ingen äldre kvinna, men däremot en äldre man. Tjänsterna tillsattes med två kvinnor som var mycket yngre än hon var.

A.H. har blivit utsatt för diskriminering som har samband med ålder och kön, alternativt ålder, vid urvalet till intervju. Hon har även utsatts för diskriminering som har samband med ålder vid anställningsbesluten. Staten har härigenom brutit mot 2 kap. 1 § diskrimineringslagen och är därmed skyldig att utge diskrimineringsersättning till henne.

Staten

Händelseförloppet

Arbetsförmedlingen fick i uppdrag att under år 2009 rekrytera ett stort antal jobbcoacher. Två av dessa skulle rekryteras till kontoret i Strängnäs. Verksamhetschefen vid kontoret, L.H., ansvarade för rekryteringen.

L.H. kom aldrig att bedöma A.H:s yrkesmeriter. Strax efter att ansökningshandlingarna hade kommit in blev L.H. varse att två arbetsförmedlare på kontoret, A.E. och U.L., hade träffat A.H. som inskriven arbetssökande vid två tidigare tillfällen. När L.H. frågade dem hur de såg på A.H:s personliga lämplighet för arbetet, uttryckte de tvekan om A.H. hade

den empati som krävdes. Enligt A.E. och U.L. hade A.H. visat arrogans, överlägsenhet och avsaknad av ödmjukhet. A.E. och U.L. har lång erfarenhet som arbetsförmedlare och L.H. hade ingen anledning att ifrågasätta deras bedömning. Detta var anledningen till att A.H. inte kallades till intervju och därmed inte heller anställdes.

Det är riktigt att Arbetsförmedlingen inte framförde de ovannämnda omständigheterna till DO förrän i ett senare skede av skriftväxlingen med DO. De framfördes dock innan målet instämde vid domstol.

Inte jämförbar situation

Av annonsen framgick att stor vikt skulle läggas vid sökandens personliga lämplighet för befattningen. A.H. var på grund av framför allt sin bristande personliga lämplighet inte i en jämförbar situation med de övriga sökandena.

Arbetsförmedlingen har vid kontakter med DO hävdade att A.H. i stort uppfyllde kraven för den aktuella anställningen, dock inte i lika hög grad som de personer som kallades till intervju och anställdes. Det krävdes bredd i erfarenheterna. A.H. har förvisso lång arbetslivserfarenhet, men denna har främst avsett arbete med ungdomar och deras familjer samt vård och omsorg i den offentliga sektorn. Staten gör alltså gällande att A.H. inte hade samma bredd i utbildning och arbetslivserfarenhet som dem som kallades till intervju och de två som anställdes.

Inget orsakssamband

Såsom anförts i det föregående var det A.H:s bristande personliga lämplighet, och inte hennes kön eller ålder, som var anledningen till att hon inte kallades till intervju eller anställdes. Vidare framhålles följande.

Det aktuella rekryteringsförfarandet hade sitt ursprung i ett statligt regleringsbrev enligt vilket 1,1 miljarder kr skulle användas för upphandling av jobbcoacher i Arbetsförmedlingens regi. Av detta belopp skulle upp till 300 miljoner kr användas för tillfällig jobbcoachning. Uppdraget lämnades i mitten av januari 2009 och skulle genomföras på kort tid. Den första jobbcoachen skulle vara på plats i början av mars 2009.

Det kom in 137 ansökningar till arbetsmarknadsområdet Södertälje, dit Strängnäs hör, och dessa gick igenom inom en förhållandevis kort period. Många sorterades bort. Inom arbetsmarknadsområdet Södertälje kallades 31 personer till intervju. Av dessa, som befann sig i åldersspannet 24–63 år, var 14 män och 17 kvinnor. Av de tio som kallades till intervju avseende anställningarna i Strängnäs var sex kvinnor och fyra män och de var födda i perioden från år 1946 till år 1986. Spridningen i fråga om ålder och kön talar emot att det har förelegat ett orsakssamband mellan dessa faktorer och det förhållandet att A.H. inte kallades till intervju eller erbjöds anställning.

Även det faktum att Arbetsförmedlingen inte vid något tillfälle har motiverat sina ställningstaganden i fråga om kallelse till intervju respektive anställning

med att de grundades med hänsyn tagna till ålder eller kön, talar mot att det föreligger ett sådant samband.

Om Arbetsdomstolen skulle finna att det gjordes felaktiga bedömningar i fråga om de sökandes meriter, görs det gällande att detta inte har haft samband med vare sig A.H:s ålder eller kön.

Skäl för jämkning

Under alla förhållanden måste utrymmet för misstag vara större när det såsom i detta fall har varit fråga om rekrytering till en kort tidsbegränsad anställning och en kort rekryteringstid. Om Arbetsdomstolen skulle finna att A.H. har blivit diskriminerad, bör diskrimineringsersättningen därför sättas ned i dess helhet.

Sammanfattning av grunderna för bestridandet

A.H. har inte befunnit sig i en jämförbar situation med dem som kallades till intervju. Hon var känd för Arbetsförmedlingen redan tidigare och det fanns varken behov av eller skäl för att kalla henne till intervju. I vart fall har det inte funnits något orsakssamband mellan A.H:s ålder eller kön och det förhållandet att hon inte kallades till intervju eller anställdes.

Om Arbetsdomstolen skulle finna att A.H. har blivit diskriminerad finns det skäl att jämka diskrimineringsersättningen till noll med hänsyn till dels tidspressen under anställningsförfarandet, dels att anställningen var tidsbegränsad.

Domskäl

Tvisten

A.H. sökte i februari 2009 en av två anställningar som jobbcoach vid Arbetsförmedlingens kontor i Strängnäs. Hon var då 62 år. Hon varken kallades till intervju eller anställdes.

Tio personer kallades till intervju, varav två kvinnor anställdes. Av de intervjuade var sex kvinnor och fyra män. De var i åldrarna 23 år–cirka 60 år. De två kvinnor som anställdes var 27 respektive 36 år.

Tvisten i målet gäller frågan om staten, genom Arbetsförmedlingens agerande, har utsatt A.H. för dels ålders- och könsdiskriminering alternativt enbart åldersdiskriminering genom att inte kalla henne till anställningsintervju, dels åldersdiskriminering genom att inte anställa henne utan de två betydligt yngre kvinnorna.

Utredningen

Målet har avgjorts efter huvudförhandling. Vid denna har på DO:s begäran A.H. hörts under sanningsförsäkran. Vidare har på begäran av staten hållits

vittnesförhör med arbetsförmedlarna A.E. och U.L. samt verksamhetschefen L.H., vilka vid tiden för det aktuella anställningsförfarandet var verksamma vid Arbetsförmedlingens kontor i Strängnäs. DO har även åberopat skriftlig bevisning.

Rättsliga utgångspunkter

I 2 kap. 1 § första stycket 2 diskrimineringslagen uppställs bl.a. ett förbud mot att en arbetsgivare diskriminerar den som söker arbete hos arbetsgivaren. Definitionen av begreppet diskriminering återfinns i 1 kap. 4 § samma lag. Enligt denna bestämmelse är det fråga om direkt diskriminering när 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 bl.a. kön eller ålder. I förarbetena framhålls att den aktuella diskrimineringsgrunden inte behöver vara det enda eller det avgörande skälet, utan det räcker med att någon av diskrimineringsgrunderna är en av flera orsaker till ett visst agerande (prop. 2007/08:95 s. 489).

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.

Var A.H. i en jämförbar situation?

En första förutsättning för att det ska vara fråga om diskriminering är att det varit fråga om ett missgynnande. Att A.H. inte blev kallad till intervju och inte fick erbjudande om anställning innebär att hon drabbades av en sådan negativ effekt som avses med missgynnande enligt diskrimineringslagen. Den frågan synes parterna vara överens om. Den första frågan Arbetsdomstolen därmed har att bedöma är om A.H. var i en jämförbar situation med dem som kallades till intervju respektive fick anställning.

DO har hävdats att A.H. väl fyllde de krav som framgår av annonsen och att hon var mer kvalificerad än de flesta som kallades till intervju och de två som fick anställning. Staten har gjort gällande att A.H. hade sämre bredd i fråga om utbildning och arbetslivserfarenhet och att hon framför allt inte var personligen lämplig för anställningen som jobbcoach.

Av förarbetena till tidigare gällande jämställdhetslag framgår, angående anställningsfallen, att likvärdiga meriter för en sökt anställning är detsamma som lika goda sakliga förutsättningar för arbetet (se prop. 1990/91:113 s. 82). AD har tidigare, se t.ex. AD 2005 nr 69, uttalat att sökandenas kvalifikationer ska värderas efter bedömningsgrunderna utbildning, yrkes- och arbetslivserfarenhet samt personlig lämplighet. Dessa uttalanden bör ha giltighet även såvitt avser bedömningen av jämförbar situation enligt 2008 års diskrimineringslag.

Arbetsdomstolen utgår vid sin bedömning från dels innehållet i platsannonser, dels de ingivna meritförteckningarna avseende såväl A.H. som de tio personer som kallades till intervju, varav två alltså anställdes.

Utbildning

I Arbetsförmedlingens platsannons efterfrågades utbildning motsvarande minst treårigt gymnasium och gärna högskoleutbildning med relevant inriktning. I annonsen angavs vidare att sökanden skulle ha dokumenterat goda kunskaper genom utbildning eller erfarenhet inom beteendevetenskap, pedagogik, "sälj", entreprenörskap eller vad som bedöms likvärdigt.

I A.H:s meritförteckning anges att hon har en psykologexamen från Stockholms universitet år 1983 och en rektorexamen från Lärarhögskolan i Stockholm år 1996 samt en utbildning i KBT från år 2007. Kravet på utbildning enligt annonsen får därmed, enligt Arbetsdomstolens mening, anses uppfyllt. Någon invändning om att A.H:s utbildningar inte skulle vara relevanta för arbetet har inte gjorts.

Staten har, utan att precisera påståendet närmare, hävdat att A.H. hade "sämre bredd" i fråga om bl.a. utbildning än de övriga nu aktuella sökandena.

Av handlingarna framgår att T.B. har en högskoleexamen i välfärdsarbete med inriktning mot rehabilitering från juni 2008 och att A.R. har genomgått grundskolläroprogrammet 1–7 i svenska/SO och språk åren 1995–1999 och en magisterutbildning med inriktning mot skolutveckling år 2003–2004 och därutöver genomfört ytterligare högskolekurser med framför allt inriktning mot skola.

Arbetsdomstolen kan konstatera att såväl A.H. som de två som anställdes har högskoleutbildning inom de efterfrågade områdena. Jämfört med T.B. framstår det, enligt Arbetsdomstolens mening, som om A.H. är den av de två som har en större bredd på sin utbildning.

Bland de övriga åtta som kallades till intervju finns personer som inte har någon högskoleutbildning, t.ex. P.D., född år 1986, som har genomgått treårig teknisk utbildning på Scantias industrigymnasium åren 2002–2005 och T.N. som genomgått sjömansutbildning med inriktning på yrkesfiske år 1982–1983 samt svetsutbildning och därutöver diverse utbildningar inom "Livs/LO" och internutbildningar hos Hemglass. När det gäller den sistnämnda personen kan Arbetsdomstolen konstatera att han i sin

meritförteckning inte redovisat att han har någon utbildning motsvarande treårig gymnasieutbildning.

Yrkes- och arbetslivserfarenhet

I annonsen efterfrågades arbetslivserfarenhet inom olika branscher och, som nämnts tidigare, dokumenterat goda kunskaper inom beteendevetenskap, pedagogik, "sälj" och entreprenörskap eller vad som bedöms likvärdigt.

A.H. har, som meritförteckningen får förstås, i början av sin yrkesbana arbetat som vikarierande lärare, skyddskonsulentassistent och psykolog. Åren 1987–1990 arbetade hon som skolpsykolog och därefter som social- och familjehemssekreterare samt mellan åren 1992–2004 som rektor och skolledare. Hon drev ett eget företag, en friskola, i cirka 13 år mellan åren 1990–2003. Därefter var hon år 2004 enhetschef inom vård och omsorg och år 2005 verksamhetschef och föreståndare för ett LSS-boende för ungdomar. Hon har därutöver medverkat i Folkuniversitetets utbildningar för undersköterskor och mentalskötare. Kravet på arbetslivserfarenhet enligt annonsen får därmed, enligt Arbetsdomstolens mening, anses uppfyllt.

Staten har, även här utan att precisera påståendet närmare, hävdad att A.H. hade "sämre bredd" i fråga om yrkeserfarenhet än de övriga nu aktuella sökandena.

Av handlingarna framgår att T.B. har arbetat som vårdare i ett gruppboende för unga och äldre förståndshandikappade och att arbetet påbörjades år 2001 och avslutades år 2003, dvs. före hennes högskoleexamen. Enligt A.R:s meritförteckning har hon arbetat som museivakt under gymnasieåren (1989–1991) och därefter som vårdare och gruppleddare samt lärarassistent till och med år 1995. Efter genomgången grundskolläraprogram år 1999 har hon arbetat som biblioteksassistent, klasslärare och inom vikariepoolen för förskolorna i Eskilstuna.

Jämfört med T.B:s yrkeserfarenhet om cirka två år är det uppenbart att A.H. har klart bättre meriter såvitt avser den efterfrågade arbetslivserfarenheten. Jämfört med A.R:s arbetslivserfarenhet har A.H. även erfarenhet som egen företagare vilket A.R. inte har. Detta bör vara av relevans vid bedömningen, eftersom Arbetsförmedlingen efterfrågat erfarenhet av entreprenörskap, och bör kunna ses som ett försteg för A.H.

Jämfört med t.ex. två av männen och deras arbetslivserfarenhet framstår A.H. som klart mer meriterad. P.D:s arbetslivserfarenhet efter gymnasiet, år 2005, har bestått i arbete som maskinoperatör hos Scania till sommaren 2008 och därefter ett antal månaders arbete med golvläggning. T.N. har arbetat som yrkesfiskare i början av 1980-talet och därefter som operatör på olika företag, senast med glasstillverkning åren 1989–2005. Under åren 2006–2009 arbetade han hos ett bolag som byggsvetsare.

Övriga krav och personlig lämplighet

Någon invändning om att A.H. inte uppfyllde kraven på datorvana och körkort har inte framförts.

I annonsen angavs som önskvärda egenskaper förmåga att själv prioritera och strukturera sitt arbete, förmåga att arbeta mål- och resultatorienterat och erfarenhet av olika coachningstekniker alternativt lösningsfokuserat arbets-sätt. Det framhölls därutöver som viktigt att den sökande skulle vara servi-ceinriktad och ha en förmåga att skapa goda relationer, att ett brett nätverk var meriterande samt att stor vikt skulle komma att läggas vid den personliga lämpligheten för befattningen.

De ovan uppräknade önskvärda egenskaperna får huvudsakligen anses höra till kravet på personlig lämplighet för arbetet. Det är typiskt sett svårt att, genom att enbart ta del av en meritförteckning, dra några slutsatser om huru-vida en sökande har de uppgivna egenskaperna eller i övrigt är personligt lämplig. Därmed inte sagt att inte ansökningshandlingar, med eventuella bilagor, i sig kan ge en bild av vissa personliga egenskaper eller färdigheter. Staten har inte invänt att det var något i A.H:s upprättade CV, som är det som ingivits i målet, som ledde till att Arbetsförmedlingen ifrågasatte hennes personliga lämplighet.

Sammanfattande bedömning

Med beaktande av uppgifterna i A.H:s meritförteckning kan Arbetsdomstolen inte komma till någon annan slutsats än att A.H. mycket väl uppfyllde den kravprofil som angavs för arbetet, särskilt i fråga om kraven på utbildning och arbetslivserfarenhet. Arbetsdomstolen gör också bedömningen att hon var bättre meriterad när det gäller efterfrågad utbildning och arbetslivserfarenhet än flera av de åtta som kallades till intervju men som inte fick anställning och även jämfört med T.B., en av de två som anställdes. Enligt Arbetsdomstolens mening kan hon därutöver inte anses ha varit klart mindre meriterad än någon av de tio som kallades till intervju. Slutsatsen av det anförda är att Arbetsdomstolen så här långt i sin prövning finner visat att A.H. var i en jämförbar situation med dem som kallades till intervju, varav två var de som anställdes.

Staten har invänt att det var framför allt A.H:s bristande personliga lämplighet som var skälet till att hon inte ens kallades till intervju. Staten har anförts att Arbetsförmedlingen redan hade personlig kännedom om A.H. eftersom hon vid den aktuella tidpunkten var inskriven vid Arbetsförmedlingen i Strängnäs som arbetsökande och hade haft kontakt med två av kontorets arbetsförmedlare samt att de gjorde bedömningen att hon inte var personligen lämplig för arbetet. Arbetsdomstolen behandlar invändningen och vad som framkommit av utredningen i den delen senare. Enligt Arbetsdomstolens mening leder vad som framkommit härvidlag inte till någon annan bedömning än att A.H. får anses ha varit i en jämförbar situation.

Finns det anledning att anta att diskriminering förekommit?

Frågan är då om DO visat sådana omständigheter som ger anledning att anta att A.H. har utsatts för köns- eller åldersdiskriminering.

Såvitt avser de tio aktuella personernas ålder framgår inte uttryckligen av handlingarna vilken ålder samtliga hade. DO har med hjälp av uppgifterna i meritförteckningarna uppskattat vissas ålder. Dessa uppgifter har staten vitsordat. Parterna är mot den bakgrunden överens om att de tio intervjuades ålder och kön fördelade sig enligt följande: 23 år – man, 27 år – kvinna, 36 år – kvinna, 36 år – kvinna, cirka 36 år – kvinna, 42 år – man, 43 år kvinna, cirka 48 år – man, drygt 50 år – kvinna och cirka 60 år – man.

Av uppgifterna framgår således följande. Av de tio som kallades till intervju var sex kvinnor och fyra män. Alla utom en var yngre än A.H. Deras ålder var i ett åldersspann från 23 år till drygt 50 år. En man var i 60-årsåldern.

Vid en jämförelse med två av männen, P.D. som var 23 år och T.N. cirka 48 år, framstår A.H. som klart mer meriterad. Ingen av de två männen har genomgått högskolestudier och en av dem har i sin ansökan inte angett att han har utbildning motsvarande treårigt gymnasium. Som framgår av redovisningen ovan har ingen av dem arbetslivserfarenhet inom beteendevetenskap, pedagogik, "sälj" eller entreprenörskap vilket A.H. har. Det kan mot bakgrund av deras redovisade meriter ifrågasättas om de två männen över huvud taget uppfyllde kravprofilen i fråga.

Vid en jämförelse med de två personer som fick anställning får A.H. anses vara betydligt mer meriterad än T.B., som efter genomgången utbildning i form av bl.a. högskola enbart hade cirka två års arbetslivserfarenhet som vårdare bakom sig, och i vart fall likvärdigt meriterad med A.R., vars huvudsakliga arbetslivserfarenhet varit som lärare, lärarassistent och vårdare. Vid tidpunkten för ansökan var T.B. 27 år och A.R. 36 år.

DO har därutöver pekat på den omständigheten att Arbetsförmedlingen i sin kontakt med DO ändrat sina uppgifter om skälen för att A.H. inte kallades till intervju eller anställdes och har gjort gällande att den senast lämnade förklaringen är en efterhandskonstruktion som inte förtjänar tilltro. DO har sammanfattningsvis anfört följande. Arbetsförmedlingen angav först att A.H. inte hade kallats till intervju eftersom hon inte ansågs uppfylla kravprofilen i lika hög utsträckning som dem som blev kallade till intervju. Arbetsförmedlingen kom därefter med nya uppgifter och anförde att man hade gjort en samlad bedömning av A.H:s meriter och hennes agerande som inskriven arbetssökande hos Arbetsförmedlingen – att hon, enligt en daganteckning den 13 mars 2009, underlåtit att söka ett annat arbete – och därmed inte var lämplig att ”coacha” andra sökande. Efter att DO påpekat att datumet i fråga rimligen infallit efter de genomförda intervjuerna anförde Arbetsförmedlingen som en tredje förklaring att verksamhetschefen hade pratat med två av sina medarbetare och att dessa hade sagt att A.H. inte skulle passa in i arbetslaget.

Det ovan beskrivna händelseförloppet – som vinner stöd av den skriftliga utredningen i målet – har inte ifrågasatts i sak av staten.

Arbetsdomstolen gör sammanfattningsvis följande bedömning.

Arbetsdomstolen har gjort bedömningen att två av männen som kallades till intervju var klart sämre meriterade än A.H. såvitt avsåg utbildning och arbetslivserfarenhet. Som redan anförts kan det även ifrågasättas om de två männen i fråga över huvud taget uppfyllde kravprofilen enligt annonsen. När det gäller T.B., som var 27 år och som var en av de två som anställdes, har Arbetsdomstolen gjort bedömningen att även hon var klart sämre meriterad än A.H. avseende utbildning och arbetslivserfarenhet. Arbetsförmedlingen kallade alltså i vart fall två män och en betydligt yngre kvinna till intervju som får anses ha haft klart sämre utbildnings- och arbetslivsmeriter än A.H. Därtill kommer att Arbetsförmedlingen inte redan i början av tvisten hos DO anförde att det var A.H:s bristande personliga lämplighet för arbetet som var skälet till att hon inte kallades till intervju.

Dessa omständigheter ger enligt Arbetsdomstolens mening anledning att anta att A.H. har diskriminerats med anledning av både kön och ålder genom att hon inte kallades till intervju samt med anledning av ålder genom att hon inte erbjöds anställning. Det åligger därmed staten att visa att diskriminering inte har förekommit.

Har staten visat att diskriminering inte har förekommit?

Staten har, som redan redovisats, gjort gällande att anledningen till att A.H. inte kallades till intervju eller anställdes var att hon inte bedömdes vara personligen lämplig för arbetet. Denna bedömning har enligt staten grundats på uppgifter som lämnats till verksamhetschefen L.H. av arbetsförmedlarna A.E. och U.L.

L.H., A.E. och U.L. har hörts som vittnen och har i sammanhanget lämnat uppgifter av i huvudsak följande innehåll. L.H., som var den som hade hand om det aktuella anställningsförfarandet i Strängnäs, hade sammanträffat med A.H. i Arbetsförmedlingens lokaler. A.H. hade då uppgett att hon hade sökt arbetet som jobbcoach. Eftersom A.H. även hade upplyst att hon hade A.E. och U.L. som handläggare tog L.H. kontakt med dessa och frågade vad de ansåg om A.H:s personliga lämplighet för arbetet. A.E:s och U.L:s samstämmiga uppfattning var att A.H. inte skulle passa som jobbcoach. Enligt vad A.E. och U.L. har uppgett inför Arbetsdomstolen ansåg de att hon visat en överlägsen attityd och bristande empati och att som jobbcoach måste man vara lyhörd. L.H. har uppgett att hon arbetat länge med A.E. och U.L. och att hon litar fullständigt på deras omdöme, varför hon efter att ha fått del av dessa uppgifter inte fann någon anledning att ens närmare ta del av A.H:s ansökningshandlingar. L.H. har även framhållit att det inte fanns några önskemål om ålder avseende de som skulle rekryteras.

A.H. har i förhöret med henne uppgett att hon inte träffat L.H. vid den aktuella tidpunkten, men har bekräftat att hon har sammanträffat med A.E. och U.L. Enligt A.H. var det U.L. som överlämnade annonsen om tjänsten som jobbcoach till henne. U.L. har uppgett att detta kan vara riktigt.

Arbetsdomstolen gör följande överväganden.

Beträffande vilka krav som ska ställas på arbetsgivaren för att presumtionen om diskriminering ska kunna brytas, bör ledning kunna hämtas från hur Arbetsdomstolen har tillämpat den EU-rättsliga bevisbörderegeln i tidigare praxis.

I t.ex. avgörandet AD 2005 nr 69, som avsåg en fråga om könsdiskriminering, uttalar domstolen bl.a. följande.

När det gäller bedömningsgrunden personlig lämplighet har Arbetsdomstolen uttalat att man inte kan godta en rent subjektivt betonad bedömning eller enbart löst grundade uppgifter, t.ex. från personer som inte har någon förstahandskunskap om den sökande saken gäller (se AD 1987 nr 67). Vad som kan beaktas är däremot sådana uppgifter som en seriöst syftande arbetsgivare inhämtar och väger in i sitt anställningsbeslut (se AD 1989 nr 40). Även om det är svårt att exakt ange vad som legat till grund för arbetsgivarens bedömning av den personliga lämpligheten, måste meritvärderingen genomföras på ett objektiva och från jämställdhetslagens synpunkt godtagbart sätt. Lämplighetsbedömningen måste vara förklarlig och förstälilig för en utomstående bedömare.

Har bevisbördan gått över på arbetsgivaren kan generellt sägas att de omständigheter som denne åberopar måste framstå som sakliga och kunna övertyga en utomstående om att grunden för arbetsgivarens handlande inte haft samband med de berörda arbetstagarnas kön. Det torde däremot inte generellt kunna ställas upp något krav på att de av arbetsgivaren åberopade skälen är av något särskilt kvalificerat slag. Man skall emellertid inte godta påståenden i fråga om arbetsgivarens skäl för sitt beslut som i den meningen är osakliga, att de är rent subjektiva eller att de annars inte låter sig med tillräcklig grad av säkerhet bedömas i en efterföljande rättslig prövning. Det avgörande måste vara om arbetsgivaren på ett övertygande sätt kan visa att det är de av honom åberopade skälen, under förutsättning att det inte är skäl som har att göra med sökandens kön, som faktiskt har varit styrande för hans handlande (se prop. 1999/2000:143 s. 53 samt AD 1987 nr 51, 1989 nr 40 och 2003 nr 55).

I AD 1981 nr 169, som avsåg fråga om könsdiskriminering och prövning enligt 1980 års jämställdhetslag vars regel om diskrimineringsförbud var uppbyggd som en presumptionsregel, har domstolen – om kriteriet personlig lämplighet – bl.a. uttalat att för att förbudet ska få den av lagstiftaren avsedda effekten måste det enligt domstolens mening krävas stark och tillförlitlig bevisning när det gäller påstådd olämplighet.

Det normala sättet att inhämta uppgifter om en sökandes personliga lämplighet bör rimligen vara genom kontakt med referenser i form av tidigare arbetsgivare och andra med relevant personlig kännedom om sökanden. Vidare bör arbetsgivarens egna iakttagelser vid en eventuell anställningsintervju vara av stor betydelse.

Såvitt avser den av staten lämnade förklaringen till att A.H. inte kallades till intervju eller anställdes finner Arbetsdomstolen inte anledning att ifrågasätta att samtalet mellan L.H., A.E. och U.L. har ägt rum och att de två sistnämnda därvid uppgav att de ansåg att A.H. inte var lämplig för arbetet. Att, såsom L.H. påstås ha gjort i detta fall, grunda avgörande slutsatser om en arbetssökandes personliga lämplighet på ett kort internt samtal med två medarbetare vilkas bedömning inte har grundats på någon referenstagning eller intervju inför den aktuella anställningen, kan på intet sätt anses uppfylla de krav som bör ställas på en arbetsgivare i detta sammanhang. Arbetsförmedlarna i fråga har haft en mycket begränsad kontakt med A.H. och har inte haft någon som helst erfarenhet av henne i egenskap av t.ex. arbetstagare. Det framgår inte heller att L.H. närmre utrett vad det var för omständigheter medarbetarna grundade sin bedömning på. Med beaktande av A.H:s meriter i övrigt har det framstått som lämpligt att närmare undersöka den personliga lämpligheten på vedertaget sätt.

Enligt Arbetsdomstolens mening kan det inte genom vad de tre förhörspersonerna berättat anses visat att A.H. var personligen olämplig för arbetet och att det därmed inte ens fanns anledning att kalla henne till intervju.

Som Arbetsdomstolen uppfattat statens talan görs det ändå gällande att det inte förelegat något orsakssamband, dvs. även om bedömningen om A.H:s personliga lämplighet för arbetet var en missbedömning var det den bedömningen som var orsaken till att hon inte kallades till intervju och inte hennes ålder eller kön. Det är möjligt att beslutet att inte kalla A.H. till intervju var grundat enbart på underlaget från den bristande hanteringen i rekryteringsprocessen. Enligt Arbetsdomstolens mening är det dock inte enbart genom ett påstående om att så var fallet motbevisat att det vid beslutsfattandet inte fanns något som helst samband med A.H:s ålder och kön.

Staten har till stöd för att diskriminering inte har förekommit även åberopat dels att Arbetsförmedlingen inte har motiverat sina ställningstaganden med att de grundades på kön eller ålder, dels spridningen i fråga om kön och ålder hos dem som kallades till intervju. Det förstnämnda förhållandet kan enligt Arbetsdomstolens mening inte tillmätas någon betydelse i målet.

Ålders- och könspridningen kan i viss mån anses tala till förmån för staten, särskilt såvitt avser huruvida det var fråga om könsdiskriminering vid uttagningen till intervju. Till intervju kallades flest kvinnor, sex av tio, och det var två kvinnor som anställdes. Detta talar emot att Arbetsförmedlingen i första hand var intresserad av att anställa män. Med beaktande av att A.H. i relation till två av männen som kallades till intervju framstår som så uppenbart mer kvalificerad för arbetet – avseende utbildning och arbetslivserfarenhet – gör Arbetsdomstolen bedömningen att vad som anförts om könsfördelningen i sig inte räcker för att motbevisa att det var fråga om även könsdiskriminering av A.H. vid uttagningen till intervju. Staten har inte argumenterat i frågan om varför Arbetsförmedlingen valde att kalla de två männen i fråga till intervju. Arbetsdomstolen noterar därutöver att de två övriga männen som kallades till intervju inte på något sätt framstår som mer meriterade än A.H., när det gäller utbildning och arbetslivserfarenhet.

Arbetsdomstolen finner vid en samlad bedömning att staten inte har lyckats visa att Arbetsförmedlingens beslut att *dels* inte kalla A.H. till intervju saknat samband med hennes kön eller ålder, *dels* inte erbjuda henne anställning saknat samband med hennes ålder. Staten har därmed, genom Arbetsförmedlingens agerande, brutit mot diskrimineringsförbudet i 2 kap. 1 § första stycket 2 diskrimineringslagen. Staten har alltså ådragit sig skyldighet att utge diskrimineringsersättning till A.H.

Diskrimineringsersättningen

Enligt 5 kap. 1 § diskrimineringslagen ska den som bl.a. bryter mot förbuden mot diskriminering enligt lagen betala diskrimineringsersättning för den kränkning som överträdelsen innebär. I paragrafen anges vidare att när ersättningen bestäms ska särskilt syftet att motverka sådana överträdelser av lagen beaktas. Det anges också att om det finns särskilda skäl kan ersättningen sättas ned helt eller delvis.

DO har yrkat att diskrimineringsersättningen ska bestämmas till 300 000 kr. Staten har yrkat att ersättningen ska jämkas till noll. Som grund för jämkning har staten anført att utrymmet för misstag måste vara större när det som i detta fall har varit fråga om en kort tidsbegränsad anställning och en kort rekryteringstid.

I förarbetena, prop. 2007/08:95 s. 398 f., anges sammanfattningsvis följande om hur diskrimineringsersättningen bör bestämmas. Utgångspunkten vid beräkningen av diskrimineringsersättningen bör vara allvaret i den överträdelse av lagens bestämmelser om diskrimineringsförbud som skett. Flera omständigheter är av betydelse vid den bedömningen. Ytterst måste sammanvägningen av de olika faktorerna göras med hänsyn till omständighe-

terna i det enskilda fallet. Vid bedömningen av hur stor diskrimineringsersättningen ska vara bör vidare det allmänna intresset av att diskriminering inte förekommer i samhället särskilt beaktas. I varje enskilt fall ska alltså diskrimineringsersättningen 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 gör följande överväganden.

Det i lagen intagna diskrimineringsförbudet har överträtts dels genom att A.H. inte har kallats till intervju, dels genom att hon inte har erbjudits anställning. Vid bestämmandet av diskrimineringsersättningen är det enligt Arbetsdomstolens mening varken möjligt eller meningsfullt att bedöma de båda överträdelserna skilda från varandra. Det finns inte heller grund för att här särskilt väga in det förhållandet att den ena överträdelserna haft samband med kön och ålder och den andra enbart med ålder.

Utgångspunkten för bestämmandet av ersättningens storlek bör vara den omedelbara innebörd som överträdelserna av diskrimineringsförbudet har haft för A.H., nämligen att hon inte fått möjlighet att komma i fråga för anställningen. Överträdelserna är av samma art som vid en arbetsgivares brott mot reglerna om företrädesrätt till återanställning så tillvida att det i det fallet också handlar om att förbigås vid ett anställningsbeslut. Vid bedömningen bör i någon mån beaktas att det inte var fråga om en tillsvidareanställning utan om en anställning på viss tid. Vad staten anfört om den korta rekryteringsprocessen finner Arbetsdomstolen inte vara ursäktande, särskilt mot bakgrund av att vid tillsättning av statlig tjänst ska avseende fästas endast vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet (11 kap. 9 § regeringsformen).

Arbetsdomstolen finner vid en samlad bedömning att en skälig diskrimineringsersättning är 75 000 kr. Arbetsdomstolen har då beaktat även det preventiva syftet.

Rättegångskostnader

Vid denna utgång får staten, trots att DO inte vunnit fullt bifall såvitt avser det yrkade beloppet, anses som fullt ut tappande part och ska därmed åläggas att betala DO:s rättegångskostnader. Det råder inte tvist om det yrkade beloppet.

Domslut

1. Arbetsdomstolen förpliktar staten genom Arbetsgivarverket att till A.H. utge diskrimineringsersättning med sjuttiofemtusen (75 000) kr, med ränta enligt 6 § räntelagen från den 22 december 2009 till dess betalning sker.
2. Staten ska ersätta Diskrimineringsombudsmannen för rättegångskostnader med fyrtyofyratusenniohundrafyrtiotvå (44 942) kr, med ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Cathrine Lilja Hansson, Hans Blyme, Anna Heinstedt, Rigmor von Zweigbergk och Margareta Zandén. Enhälligt.

Sekreterare: Pontus Woxner