

En provanställd handläggare vid Försäkringskassan var föräldraledig under huvuddelen av prövotiden. Skälet till föräldraledigheten var främst att hans hustru drabbats av en förlossningsdepression. Mot bakgrund av handläggarens omfattande föräldraledighet ansåg sig Försäkringskassan inte kunna bedöma hans prestationer och beslutade därför att provanställningen inte skulle övergå i en tillsvidareanställning.

Målet gällde om handläggaren blivit utsatt för könsdiskriminering eller missgynnad i strid med 16 § föräldraledighetslagen.

Arbetsdomstolen kom fram till att Försäkringskassans beslut saknade samband med att skälet till att handläggaren tog ut föräldraledighet var hans hustrus förlossningsdepression och att handläggaren inte blivit könsdiskriminerad.

Däremot fann Arbetsdomstolen att handläggaren blivit missgynnad i strid med 16 § föräldraledighetslagen. Eftersom Försäkringskassan hade kunnat tillgodose sitt intresse av att pröva handläggarens prestationsförmåga genom att erbjuda honom förlängning av provanställningen, i stället för att avbryta anställningen, var Försäkringskassans beslut att avbryta anställningen inte en nödvändig följd av föräldraledigheten.

Arbetsdomstolen uttalade att en arbetsgivare och en provanställd arbetstagare, i en situation där frågan om att avbryta en provanställning har aktualiserats på grund av att arbetstagaren varit frånvarande från arbetet under stora delar av prövotiden, utan hinder av anställningsskyddslagen kan komma överens om att förlänga prövotiden med en period som motsvarar frånvaron.

Arbetsdomstolen uttalade även att en myndighets beslut att träffa en sådan överenskommelse inte kan anses ske vid anställning eller avse ett beslut om anställning, och att beslutet därför inte omfattas av bestämmelserna i 12 kap. 5 § regeringsformen, 4 § lagen om offentlig anställning eller 4–8 §§ anställningsförordningen.

ARBETSDOMSTOLENDOM
2020-09-30
StockholmDom nr 53/20
Mål nr A 2/20**KÄRANDE**

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

SVARANDE

Staten genom Arbetsgivarverket, Mäster Samuelsgatan 60, 111 21
Stockholm
Ombud: arbetsrättsjuristen Josephine Trinder, samma adress

SAKEN

diskriminering m.m.

Bakgrund

Diskrimineringsombudsmannen (DO) för talan för P.H.G. Han är inte medlem i någon arbetstagarorganisation och har medgett att DO för hans talan.

P.H.G. påbörjade den 4 april 2019 en anställning hos Försäkringskassan. Anställningen inleddes med en provanställningsperiod om sex månader t.o.m. den 3 oktober 2019.

P.H.G. och hans hustru väntade barn till mitten av maj 2019 och P.H.G. planerade att vara föräldraledig tio dagar i samband med barnets födelse. Efter förlossningen blev hustrun sjuk och kunde inte ta hand om barnet. P.H.G. kom därför att vara föräldraledig under huvuddelen av provanställningsperioden.

P.H.G. fick muntligen den 3 september 2019 besked om att hans provanställning skulle upphöra den 4 oktober 2019 och att han skulle få en skriftlig underrättelse om detta. Han mottog senare en sådan underrättelse, daterad den 3 september 2019.

Parterna är ense om att det direkta skälet till att Försäkringskassan avbröt anställningen var att kassan inte ansåg att den hade underlag för att bedöma P.H.G:s prestationer. Parterna är också överens om att

skälet till att Försäkringskassan inte ansåg sig kunna bedöma hans prestationer var hans omfattande föräldraledighet. P.H.G. hade berättat för Försäkringskassan att skälet till att han tog ut föräldraledighet var att hans hustru drabbats av förlossningsdepression.

DO väckte talan den 2 januari 2020. Stämning i målet kom fram till staten genom Arbetsgivarverket den 7 januari 2020.

Yrkanden m.m.

DO har yrkat att Arbetsdomstolen ska förplikta staten genom Försäkringskassan att till P.H.G. betala

1. diskrimineringsersättning och allmänt skadestånd med 120 000 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 9 januari 2020 till dess betalning sker, samt
2. ekonomiskt skadestånd med 184 569 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 11 juni 2020 till dess betalning sker.

Staten har bestritt yrkandena. Staten har vitsordat beräkningen av yrkat belopp för ekonomiskt skadestånd och ränta. I övrigt har inga belopp vitsordats som skäligen i sig. Staten har även begärt att eventuell diskrimineringsersättning eller allmänt skadestånd ska jämkas, i första hand till noll.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Parterna har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande.

DO

Sammanfattning av grunderna

P.H.G. påbörjade den 4 april 2019 en anställning hos Försäkringskassan. Anställningen inleddes med en provanställningsperiod om sex månader t.o.m. den 3 oktober 2019. Genom en skriftlig handling daterad den 3 september 2019, som P.H.G. mottog den 9 september, gav Försäkringskassan honom besked om att hans anställning skulle upphöra efter provanställningsperioden. Skälet till Försäkringskassans åtgärd, att avsluta anställningen, var att han varit föräldraledig och att kassan därför ansåg sig inte ha underlag för att bedöma hans prestationer. P.H.G. hade, om han inte hade varit föräldraledig, fått en tillsvidareanställning den 4 oktober 2019.

Försäkringskassan har genom att avbryta provanställningen missgynnat P.H.G. av skäl som har samband med hans föräldraledighet. Missgynnandet består dels i att han förlorade möjligheten att bli bedömd genom att provotiden inte förlängdes eller förnyades med tid som motsvarade den tid

han varit föräldraledig, dels i att han därigenom har gått miste om en tillsvidareanställning.

Försäkringskassan har haft kännedom om att P.H.G:s föräldraledighet huvudsakligen har berott på skäl som haft samband med hans hustrus förlossningsrelaterade sjukdom under hennes mammaledighet och därmed med hennes kön. Försäkringskassan har därigenom missgynnat honom, i hans egenskap av anhörig, av skäl som har samband med kön.

Försäkringskassan har genom att avbryta P.H.G:s anställning brutit mot 16 § föräldraledighetslagen och 2 kap. 1 § diskrimineringslagen. Staten ska därför enligt 22 § föräldraledighetslagen och 5 kap. 1 § diskrimineringslagen betala allmänt skadestånd och diskrimineringsersättning till P.H.G. Det finns inte skäl att jämka diskrimineringsersättningen eller det allmänna skadeståndet.

P.H.G. har genom Försäkringskassans agerande gått miste om sitt arbete. Han har därigenom lidit ekonomisk förlust i form av utebliven lön, semesterersättning och pension. Inkomstförlusten är dels hänförlig till den tid hans provanställning skulle ha förlängts eller förnyats, dels tid som han därefter skulle ha varit tillsvidareanställd.

DO:s talan är inte preskriberad. P.H.G. har inte blivit avskedad eller uppsagd. Därmed är preskriptionsreglerna i medbestämmandelagen tillämpliga.

Händelseförloppet

P.H.G. anställdes i februari 2019 hos Försäkringskassan som försäkringshandläggare med placering i Malmö. Anställningen påbörjades den 4 april 2019 och inleddes med en provanställning om sex månader. Samtidigt med P.H.G. anställde Försäkringskassan fler försäkringshandläggare till samma enhet, samtliga med en inledande provanställning om sex månader.

P.H.G. informerade redan i inledningen av anställningen sin chef om att han och hans hustru skulle få barn i maj och att han då avsåg att ta föräldraledigt under tio dagar. Barnet föddes den 13 maj 2019. Förlossningen var mycket svår och han var därför föräldraledig maj månad ut. I juni återgick P.H.G. i arbete. Det visade sig dock att hustrun på grund av förlossningsdepression inte kunde ta hand om barnet. P.H.G. tvingades därför att, redan under hustruns mammaledighet, själv ta föräldraledigt. P.H.G. var frånvarande som föräldraledig på grund av hustruns sjukdom under större delen av provperioden.

Under sommaren höll P.H.G. kontinuerlig kontakt med enhetschefen J.B.C. om hustruns hälsotillstånd och om behovet av att förlänga föräldraledigheten. J.B.C. uppmanade honom att vara hemma med familjen och försäkrade honom om att arbetet skulle finnas kvar.

I slutet av augusti kontaktade P.H.G. åter J.B.C. och meddelade att hustruns sjukskrivning hade förlängts till den 4 oktober 2019. J.B.C. kommenterade inte detta men bad P.H.G. att höra av sig igen i samband med hustruns nästa läkarbesök.

J.B.C. skapade genom sitt agerande en förväntan hos P.H.G. att få vara kvar efter föräldraledigheten.

Den 3 september 2019 blev P.H.G. kontaktad per telefon av J.B.C., som meddelade att Försäkringskassan avsåg att avbryta hans provanställning och att skriftligt besked om detta skulle skickas till honom. J.B.C. uppgav att orsaken var att hon inte hade något underlag för att bedöma hans prestationer. Han mottog den 9 september skriftligt besked om att anställningen skulle upphöra den 4 oktober. Att det inte var fråga om en uppsägning eller ett avskedande framgår bl.a. av att beskedet inte innehöll någon fullföljdshänvisning.

Försäkringskassan lät anställningarna för de övriga tolv försäkringshandläggarna, vilka hade anställts samtidigt som P.H.G., övergå till tillsvidareanställningar.

P.H.G. har genom Försäkringskassans agerande gått miste om en fortsatt anställning. Han blev den 7 november 2019 arbetslös och var från den 9 november inskriven som arbetssökande på Arbetsförmedlingen. Han har inte upplysts av Försäkringskassan om att det fanns två lediga anställningar hos kassan som han kunde söka. Om P.H.G. hade nåtts av information om de lediga anställningarna skulle han ha sökt dem. Han har fått en ny anställning hos en annan statlig arbetsgivare från den 4 maj 2020.

Rättslig argumentation

Preskription

Försäkringskassan har avbrutit anställningen med hänvisning till 6 § anställningsskyddslagen och 8 § lagen om offentlig anställning. Det har alltså inte varit fråga om en uppsägning eller ett avskedande enligt anställningsskyddslagen och inte heller fråga om en rättshandling som i preskriptionshänseende ska likställas med en uppsägning eller ett avskedande enligt anställningsskyddslagen.

Att det inte var fråga om en uppsägning eller ett avskedande framgår även av att det skriftliga beskedet om att anställningen skulle upphöra, som P.H.G. mottog den 9 september 2019, inte innehöll någon fullföljdshänvisning.

I stället är det, med diskrimineringslagens och föräldraledighetslagens terminologi, fråga om en annan ”ingripande åtgärd” för vilken medbestämmandelagens preskriptionsregler ska tillämpas avseende såväl anspråk som grundas på diskrimineringslagen som anspråk som grundas på föräldraledighetslagen, se 6 kap. 4 § andra stycket diskrimineringslagen och 23 § sista meningen föräldraledighetslagen

Om anställningsskyddslagens preskriptionsregler skulle gälla för anspråket på diskrimineringsersättning och skadestånd, ska underrättelsefristen börja löpa från det att anställningen upphörde eftersom P.H.G. inte fått någon fullföljdshänvisning (se 41 § första stycket andra meningen anställningsskyddslagen). DO beslutade att väcka talan för P.H.G., om tvist i saken förelåg. Beslutet expedierades den 16 december 2019. Försäkringskassan hörde av sig till DO den 23 december 2019 och lämnade i svar, som inkom till DO den 30 december 2019, besked med innebörden att tvist i saken förelåg.

Stämningens ansökan inkom till Arbetsdomstolen den 2 januari 2020 och stämningen inkom till Arbetsgivarverket den 7 januari 2020. Eftersom anställningen upphörde den 4 oktober 2019 gick tiden för underrättelse enligt anställningsskyddslagen ut den 4 februari 2020. Staten har alltså i alla händelser underrättats inom underrättelsefristen.

Under alla omständigheter har underrättelse skett inom fyra månader från den skadegörande handlingen. Enligt 8 § lagen om offentlig anställning ska nämligen ett besked om skiljande från en provanställning vara skriftligt för att vara giltigt. Tidpunkten för den skadegörande handlingen är därmed den 9 september 2019, då P.H.G. mottog handlingen med besked om att anställningen skulle upphöra. Stämning, och därmed underrättelse, kom staten genom till handa den 7 januari 2020.

Diskriminering och missgynnande enligt föräldraledighetslagen

Det krävs inte någon jämförelse med en annan person för att etablera en överträdelse av förbudet mot direkt diskriminering eller av missgynnandeförbudet i ett fall som detta. Även om så skulle krävas har P.H.G. missgynnats i förhållande till hur en person skulle ha behandlats som på grund av sjukdomsrelaterad ledighet inte har kunnat fullgöra sin provotid.

Missgynnandet har inte varit en nödvändig följd av föräldraledigheten. Försäkringskassan hade genom att förlänga P.H.G:s provanställning, eller i vart fall erbjuda honom förlängning, kunnat uppnå syftet att kunna bedöma hans prestationer. Försäkringskassan hade alltså kunnat uppnå sitt syfte med mindre ingripande åtgärder.

Det finns inte i nationell rätt eller kollektivavtal något som hindrade Försäkringskassan att förlänga P.H.G:s provanställning, vilket framgår av Arbetsgivarverkets vägledning Anställning i staten, s. 33.

I sammanhanget ska beaktas att Försäkringskassan är skyldig att i sin tillämpning säkerställa rätten för en föräldraledig arbetstagare att återgå i arbete med samma villkor och rättigheter som han eller hon hade när ledigheten påbörjades. Detta följer av artikel 16 i likabehandlingsdirektivet (2006/54/EG) och § 5.1 och § 5.2 föräldraledighetsdirektivet (2010/18/EU) samt av EU-domstolens dom Land Berlin, C-174/16, EU:C:2017:637. Det finns varken enligt diskrimineringslagen eller likabehandlingsdirektivet något utrymme att rättfärdiga en diskriminerande handling med hänvisning till att den utgör en nödvändig följd av ledigheten. Enligt fast praxis från EU-domstolen kan staten inte åberopa sin egen försummelse att säkerställa ett direktivs effektiva verkan för att undgå ansvar.

Ekonomisk skada

Eftersom det var fel av staten att avbryta provanställningen utan att P.H.G. gavs möjlighet att fullgöra den provotid som krävdes för tillsvidareanställning, kan staten inte anföra själva avslutandet som skäl för att P.H.G. inte blev tillsvidareanställd och därmed som stöd för att han inte har rätt till ersättning för inkomstförlust efter den 4 oktober 2019 då provanställningen löpte ut. Hans provanställning borde rätteligen ha förlängts eller förnyats. Han hade då fått 79 arbetsdagars förlängd provotid efter att han återkommit från föräldraledigheten i november (dvs. perioden den 9 november 2019–9 mars 2020).

Av samma skäl kan DO inte ha den fulla bevisbördan för att P.H.G., om han inte varit föräldraledig, skulle ha uppfyllt kraven för anställningen och ha blivit tillsvidareanställd och att Försäkringskassans agerande därigenom medfört ekonomisk skada för tiden efter en sådan provotid (dvs. för perioden 10 mars–3 maj 2020). Möjligheten att bevisa detta kan nämligen också hänföras till statens agerande. För att det inte ska bli orimligt svårt för honom att få den ersättning han har rätt till, är det tillräckligt att DO åberopar och, om omständigheterna är tvistiga, styrker omständigheter som gör att det finns skäl att anta (prima facie) att missgynnandet innefattar att han har gått miste om en tillsvidareanställning (och inte bara möjligheten till en sådan anställning).

Om man utgår från hur stor andel av de provanställda i de sammanställningar som staten har åberopat i målet som fick tillsvidareanställning, är sannolikheten för att även P.H.G. skulle ha fått en tillsvidareanställning minst 92 procent.

Statens argument att det enligt gällande rätt inte varit möjligt att förlänga prövotiden har inte heller någon bäring i jämningshänseende.

Förhandsavgörande från EU-domstolen

Statens invändningar aktualiserar vissa frågor om EU-rättens innebörd. Staten har dels hänvisat till det undantag om nödvändig följd av ledigheten som framgår av 16 § föräldraledighetslagen, dels – som grund för att bestrida yrkandet om ersättning för inkomstförlust – anfört att det har saknats rättsliga möjligheter för Försäkringskassan att förlänga eller förnya

P.H.G:s provanställning, dels bestritt att P.H.G. gått miste om en tillsvidareanställning (och inte bara möjligheten till en sådan anställning). Eftersom dessa frågor får anses vara av vikt för unionsrättens effektiva genomslag och av betydelse för att avgöra målet, ska Arbetsdomstolen besluta att inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen. DO har givit förslag på hur dessa frågor närmare ska utformas.

Staten

Sammanfattning av grunderna

P.H.G. har inte i rätt tid underrättat staten om att han ville kräva diskrimineringsersättning samt allmänt och ekonomiskt skadestånd. DO:s talan är därför preskriberad och ska redan därför ogillas.

Försäkringskassans åtgärd att avbryta P.H.G:s anställning har inte haft samband med kön eller hans föräldraledighet i den mening som avses i diskrimineringslagen eller föräldraledighetslagen. Han har inte heller befunnit sig ”i en jämförbar situation” enligt dessa lagar. Skälet till åtgärden var att han hade varit frånvarande i så stor utsträckning att kassan inte kunde bedöma hans prestationer. Orsaken till frånvaron har inte haft någon betydelse för Försäkringskassans beslut. Om Arbetsdomstolen skulle anse att åtgärden har haft samband med hans föräldraledighet, har statens agerande i vart fall varit en nödvändig följd av denna ledighet.

Eftersom både kvinnor och män kan lida av förlossningsdepression, saknas samband med kön.

När det gäller påståendet om könsdiskriminering ska noteras att åtgärden att avbryta provanställningen vidtogs mer än tre månader efter att P.H.G:s fru födde deras barn. Det skydd som gravida kvinnor har i diskrimineringslagen upphör när kvinnan inte längre är gravid och kan i vart fall inte sträcka sig längre i tid än vad rätten till mammaledighet enligt föräldraledighetslagen och mödravårdsdirektivet gör. Vid tiden för Försäkringskassans besked om att provanställningen skulle upphöra omfattades P.H.G. inte av skyddet för gravida i diskrimineringslagen.

I vart fall finns det skäl att jämka beloppen för diskrimineringsersättning eller allmänt skadestånd, då Försäkringskassan inte har haft något syfte att diskriminera eller missgynna P.H.G.

Händelseförloppet

Bakgrund

Försäkringskassan är förvaltningsmyndighet för delar av socialförsäkringen och andra förmåner samt ersättningar. Verksamheten avser huvudsakligen att besluta om och betala ut dessa förmåner samt ersättningar.

P.H.G. arbetade som försäkringshandläggare inom [REDACTED] och [REDACTED] i Malmö.

Försäkringshandläggare ansvarar för att stödja de försäkrade att ta tillvara sina rättigheter och fullgöra sina skyldigheter enligt reglerna för socialförsäkringen, så att rätt person får rätt ersättning i rätt tid. Vidare ska försäkringshandläggaren ge de försäkrade överblick, kontroll och en känsla av trygghet i sina kontakter med Försäkringskassan. Försäkringshandläggare utreder ärenden genom att inhämta och ge relevant information i kontakt med den enskilde och samarbetspartners samt beräkna ersättningar. Vidare ska han eller hon lämna förslag till, fatta och/eller verkställa beslut m.m. Anställningen som försäkringshandläggare förutsätter goda kunskaper om förvaltningslagen, offentlighet och sekretess, socialförsäkringsbalken samt hur styrande och stödjande dokument ska användas inom Försäkringskassan. Den förutsätter också mycket goda kunskaper om regelverken för de aktuella försäkringsförmånerna, mycket god processkunskap om interna arbetsverktyg och datorstöd, samt goda kunskaper om Försäkringskassans hemsida, självbetjäningstjänster och organisation för att kunna vägleda kunden rätt. Dessa kompetenser har arbetstagaren inte från början utan är något han eller hon tillgodogör sig först under provanställningen.

För anställning som försäkringshandläggare krävs slutbetyg från gymnasiet eller likvärdiga kvalifikationer, datorvana och god kommunikativ förmåga. Vidare ska man vara serviceorienterad, systematisk och noggrann, stabil och kunna behålla energin även i belastade situationer. Det är meriterande att ha arbetat med utredningar och beslut som påverkar individer, gärna på en myndighet, liksom att ha språkkompetens utöver svenska och engelska samt tidigare erfarenhet av kundmöten i telefon.

P.H.G:s anställning inleddes med en introduktionsutbildning. Den första veckan bestod av generell introduktion. Följande två veckor bestod av lärarledd utbildning om den förmån som handläggaren skulle arbeta med. Därefter påbörjades handläggning med stöd av två eller tre handledare per grupp om 15 medarbetare. Denna period pågick under tre av de sex månadernas provanställning. Genom specialdesignade vyer i ärendehanteringssystemet koncentrerades arbetet kring ett visst ärendeslag så att

både svårighetsgrad och volym successivt kunde trappas upp. Utöver den handledda handläggningen hölls utbildningstillfällen en gång i veckan under tolv veckor. Vid dessa veckovisa utbildningstillfällen byggdes kompetensen på med nya delar i handläggningen och först efter cirka fyra månader hade samtliga utbildningsdelar gått igenom.

Försäkringskassan hade mål för vad varje medarbetare skulle kunna prestera under handledarperioden och efterföljande tre månader. Förväntningarna ökade successivt. Den första månaden var förväntan noll procent och sedan ökade förväntan med 20 procentandelar varje månad av målet ”individuell produktion” på 35 ärenden per dag.

P.H.G:s anställning

P.H.G. tillträdde provanställningen den 4 april 2019. Han arbetade till den 13 maj 2019 när hans barn föddes. P.H.G. tog ut de tio dagarna vid barns födelse t.o.m. den 26 maj. Efter semester och helger återkom han i arbete. Under perioden den 1–13 juni arbetade han, med undantag för den 6 juni som var helgdag och den 7 juni då han var sjuk. Han var därefter föräldraledig eller hade semester till dess att anställningen upphörde den 4 oktober.

Provanställningsperioden om sex månader bestod av 126 arbetsdagar. Av dessa har P.H.G. arbetat 30 dagar, varit föräldraledig 79 dagar, haft semester 16 dagar och varit sjuk en dag. Han har alltså arbetat knappt en fjärdedel av provotiden.

Under den arbetade tiden har 15 hela arbetsdagar bestått av introduktionsutbildning och sex arbetsdagar har delvis bestått av introduktionsutbildning. Under de 15 dagar P.H.G. tjänstgjort och inte haft heldagsutbildning, har han handlagt ärenden med handledning under sammanlagt 101 timmar, vilket motsvarar cirka tolv arbetsdagar. Under denna tid har han hunnit handlägga 46 ärenden. Snittet var 1 454 ärenden per person under provanställningstiden.

P.H.G. har inte hunnit genomgå introduktionsutbildningen i dess olika delar. Han och de som anställdes samtidigt som honom var tänkta för uppdraget ”telefoni”. Detta uppdrag förutsätter medlyssning och egna samtal med hjälp av handledare, under introduktionen, för att uppnå självständighet. P.H.G. hann inte genomföra detta.

P.H.G. har under provanställningen haft återkommande kontakt med sina chefer, bl.a. J.B.C. Han har berättat för dem att hans hustru drabbats av förlossningsdepression och att han därför var tvungen att vara föräldraledig. J.B.C. utgick från att han skulle komma tillbaka till ”jobbet”, dvs. den befintliga provanställningen och tänkte att det inom ramen för den skulle gå att planera extra handledarstöd så att P.H.G. skulle kunna komma ikapp.

Staten ifrågasätter inte att P.H.G:s hustrus sjukdom har varit en förlossningsdepression. Det finns dock likväl inte något samband med kön, eftersom även män kan drabbas av förlossningsdepression.

P.H.G. fick den 3 september 2019 besked om att provanställningen skulle upphöra. Han fick det skriftliga beskedet den 6 september. Staten har inte underrättats om att P.H.G. avsåg att yrka diskrimineringsersättning och skadestånd förrän staten mottog stämningen den 7 januari 2020.

J.B.C. har både muntligen och i sms uppmanat P.H.G. att söka sig tillbaka till arbete hos Försäkringskassan. Detta har han dock inte gjort. Han har i vart fall inte sökt någon anställning som han varit kvalificerad för. Han har inte heller uttryckt till J.B.C. att han velat ha en förlängd eller förnyad provanställning.

J.B.C. har inte agerat på ett sätt som gett P.H.G. berättigade förväntningar på att han skulle få en tillsvidareanställning. Detta är inget som åberopas till stöd för jämkning av diskrimineringsersättning och skadestånd i målet.

Rättslig argumentation

Preskription

Försäkringskassans åtgärd att avbryta provanställningen ska i preskriptionshänseende jämföras med en uppsägning eller ett avskedande. Därför ska fristerna i 41–42 §§ anställningsskyddslagen tillämpas, se 6 kap. 4 § första stycket diskrimineringslagen och 23 § andra stycket föräldraledighetslagen.

P.H.G. skulle ha underrättat Försäkringskassan om att han avsåg att yrka diskrimineringsersättning och skadestånd inom fyra månader från den skadegörande handlingen, den dag när han fick besked om anställningen upphörde (41 § första stycket anställningsskyddslagen). Den skadegörande handlingen vidtogs den 3 september 2019, oavsett när han erhöll den skriftliga handlingen. Han skulle därför ha underrättat Försäkringskassan senast den 4 januari 2020. Stämningen kom fram till Arbetsgivarverket den 7 januari 2020. Staten fick således underrättelse först efter den 4 januari 2020. Eftersom underrättelse inte har lämnats i rätt tid har han förlorat sin talan (42 § anställningsskyddslagen).

Diskriminering eller missgynnande enligt föräldraledighetslagen

Försäkringskassan har inte gjort sig skyldig till s.k. anhörigdiskriminering eller missgynnande på grund av föräldraledighet. Anledningen till att Försäkringskassan avbrutit provanställningen är att kassan saknade underlag för att bedöma P.H.G:s prestationer. Försäkringskassan skulle ha agerat på samma sätt oavsett skälet till att sådant underlag saknades. P.H.G. har därför inte missgynnats i förhållande till hur en person i en jämförbar situation skulle ha behandlats. Eftersom det saknas samband mellan

Försäkringskassans åtgärd och kön har staten inte brutit mot 2 kap. 1 § diskrimineringslagen. Eftersom det saknas samband mellan Försäkringskassans åtgärd och föräldraledigheten har staten inte heller brutit mot 16 § första stycket föräldraledighetslagen.

Om Arbetsdomstolen skulle finna att det finns ett samband mellan Försäkringskassans åtgärd och P.H.G:s föräldraledighet har åtgärden i vart fall varit en nödvändig följd av ledigheten.

Försäkringskassan har inte haft möjlighet att *förlänga* en pågående provanställning, varken ensidigt eller genom överenskommelse. Någon sådan möjlighet ges varken i lag eller avtal. Däremot finns det vissa möjligheter för staten att *förnya* en tidigare provanställning efter att denna avbrutits eller att det har lämnats besked om att den inte ska övergå till en tillsvidareanställning. Om provanställningen inte avbrutits eller besked inte lämnats, skulle den anställde ha fått en tillsvidareanställning och då vore det lagstridigt att erbjuda en ny provanställning. Såsom talan är utformad skulle det således inte spela någon roll om Försäkringskassan hade erbjudit P.H.G. en ny provanställning. Det påstådda missgynnandet har skett redan i och med avbrytandet/underrättelsen om att provanställningen inte övergick till en tillsvidareanställning.

Genom att *förnya* en provanställning träffas ett nytt anställningsavtal och då gäller kravet på förtjänst och skicklighet i regeringsformen och lagen om offentlig anställning. Detta innebär att det är den skickligaste som ska anställas och att det därför krävs att information om anställningen lämnas på det sätt som anges i anställningsförordningen. Det ska vara möjligt, för alla som önskar, att söka den lediga anställningen och när arbetsgivaren beslutar om att anställa den skickligaste kandidaten ska även detta informeras om så att andra sökanden har möjlighet att överklaga tillsättningen. Bestämmelserna om förtjänst och skicklighet innebär att Försäkringskassan varit förhindrad att erbjuda P.H.G. en förnyad provanställning utan att ta hänsyn till ovan beskrivna förfarande.

Någon skyldighet för Försäkringskassan att erbjuda fortsatt/förlängd eller förnyad provanställning följer heller inte av EU-rätten.

Ingen rätt till ekonomiskt skadestånd

För att P.H.G. ska ha rätt till ersättning för utebliven lön måste DO styrka att hans provanställning skulle ha övergått till en tillsvidareanställning om han inte varit frånvarande i den utsträckning han var. Staten kan inte vitsorda att så skulle ha blivit fallet. Eftersom Försäkringskassan inte haft något underlag för att bedöma P.H.G:s prestationer, är det oklart om och i vilken omfattning han skulle ha levt upp till den förväntan som beskrivits ovan och om hans provanställning skulle ha övergått i en tillsvidareanställning.

Det är riktigt att Försäkringskassan lät anställningarna för de övriga tolv försäkringshandläggarna, vilka hade anställts samtidigt som P.H.G., övergå till

tillsvidareanställningar. Detta saknar dock relevans för bedömningen av just P.H.G.

Det går alltså inte att fastslå att P.H.G. skulle ha blivit tillsvidareanställd eller att han skulle ha fått en förnyad provanställning (oavsett längd på denna) om han inte varit föräldraledig. Det är inte självklart att en provanställning övergår till en tillsvidareanställning. Det ligger i provanställningens natur att det finns en grad av osäkerhet i anställningen från både arbetsgivar- och arbetstagarhåll. Inte minst det svaga anställningsskydd som gäller vid en provanställning innebär att det inte går att fastställa att en provanställning skulle ha övergått till en tillsvidareanställning om det bara fanns tillräckligt med arbetsunderlag att bedöma den anställde utifrån. Situationen är snarlik den när en arbetssökande inte erhåller ett sökt arbete och det är fastställt att diskriminering förekommit. I sådana fall betalas överhuvudtaget inte något ekonomiskt skadestånd, se 5 kap. 1 § andra stycket diskrimineringslagen.

Förhandsavgöranden

Staten anser inte att det är nödvändigt att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen, men har inget att invända mot att så görs, om Arbetsdomstolen skulle anse att det är nödvändigt.

Utredningen

Målet har avgjorts efter huvudförhandling. På DO:s begäran har förhör hållits med P.H.G. och på statens begäran med hans chef J.B.C. Båda parter har även åberopat skriftlig bevisning.

Domskäl

Frågorna i målet

Arbetsdomstolen kommer inledningsvis att ta ställning till om DO:s talan är preskriberad. Om så inte är fallet kommer domstolen att pröva om P.H.G. blivit utsatt för könsdiskriminering respektive blivit missgynnad av skäl som har samband med föräldraledighet. Om Arbetsdomstolen kommer fram till att Försäkringskassan brutit mot diskrimineringslagen och/eller föräldraledighetslagen ska domstolen ta ställning till de yrkade beloppen avseende diskrimineringsersättning samt allmänt och ekonomiskt skadestånd.

Arbetsdomstolen ska även pröva frågan om domstolen ska begära förhandsavgörande från EU-domstolen.

Preskription

Frågeställningen

I 6 kap. 4 § diskrimineringslagen finns bestämmelser om preskription vid anspråk som grundas på diskrimineringslagen. Bestämmelsen innebär i kortlighet att om någon *för talan med anledning av uppsägning eller avskedande* tillämpas 40–42 §§ anställningsskyddslagen. Om någon *för annan talan mot en arbetsgivare* än en talan med anledning av uppsägning eller avskedande, tillämpas i stället 64–66 och 68 §§ medbestämmandelagen (med vissa modifierationer som saknar betydelse i målet). Enligt 23 § andra stycket föräldraledighetslagen gäller, såvitt här är av intresse, motsvarande i fråga om anspråk som grundas på föräldraledighetslagen.

Parterna är oense om DO för talan ”med anledning av uppsägning eller avskedande” och om preskriptionsbestämmelserna i anställningsskyddslagen därför ska tillämpas, eller om det är frågan om en ”annan talan” på vilka preskriptionsbestämmelserna i medbestämmandelagen som utgångspunkt ska tillämpas.

Staten menar att anställningsskyddslagens preskriptionsregler ska tillämpas och att talan med tillämpning av dessa regler är preskriberad. DO anser att medbestämmandelagens preskriptionsregler ska tillämpas, men att talan inte är preskriberad även om anställningsskyddslagens bestämmelser tillämpas. Parterna är ense om att talan inte är preskriberad om medbestämmandelagen ska tillämpas.

Arbetsdomstolens bedömning

Lagtexten i såväl 6 kap. 4 § diskrimineringslagen som 23 § andra stycket föräldraledighetslagen anger att preskriptionsreglerna i anställningsskyddslagen ska tillämpas om någon för talan med anledning av uppsägning eller avskedande. Båda lagbestämmelserna hänvisar alltså vid uppsägning och avskedande till anställningsskyddslagen. Uttrycken uppsägning och avskedande har i den lagen en bestämd innebörd och omfattar inte andra rättshandlingar som medför att en anställning upphör. Till exempel kan en arbetsgivare som vill att en arbetstagare ska lämna sin anställning i samband med att arbetstagaren enligt socialförsäkringsbalken får rätt till hel sjukersättning, ge arbetstagaren ett *skriftligt besked* om detta (4 a § anställningsskyddslagen). På motsvarande vis kan en arbetsgivare eller en arbetstagare, som vill att en provanställning ska upphöra senast vid provotidens utgång, avsluta anställningen genom att ge motparten *besked* om detta (6 § andra stycket anställningsskyddslagen). Att en anställning i dessa situationer kan avslutas genom ett besked till motparten, medför att de särskilda reglerna i anställningsskyddslagen om bl.a. förfaranden och preskription vid uppsägningar och avskedanden inte är tillämpliga.

Med beaktande härav kan lagtextens uttryck ”talan med anledning av uppsägning eller avskedande”, enligt Arbetsdomstolens mening, inte anses omfatta situationen att arbetsgivaren ger arbetstagaren besked om att en provanställning ska upphöra.

Inte heller förarbetena ger stöd för att en talan med anledning av en arbetsgivares besked om att en provanställning ska upphöra, vid tillämning av 6 kap. 4 § diskrimineringslagen respektive 23 § andra stycket föräldraledighetslagen, ska ses som en talan med anledning av uppsägning eller avskedande. En åtskillnad i preskriptionsavseende mellan en talan med anledning av uppsägning eller avskedande respektive ”annan talan” infördes redan i 1980 års jämställdhetslag. I förarbetena till den lagen framhölls att det i fråga om föreskrifter för rättegångar som gällde diskrimineringsförbudet i lagen fanns skäl att anknyta till de närmaste motsvarigheterna i redan befintlig arbetsrättslig lagstiftning, och att anställningsskyddstvister, där det görs gällande att en uppsägning eller ett avskedande har sin grund i könsdiskriminering, ska behandlas på samma sätt som andra tvister om uppsägning eller avskedande. Se prop. 1978/79:175 s. 7 och 153 och även prop. 1979/80:129 s. 5 och 27. En motsvarande åtskillnad i preskriptionshänseende infördes vid samma tid i den då gällande föräldraledighetslagen (se prop. 1978/79:168 s. 14). Bestämmelsen överfördes i sak oförändrad till 23 § i den nu gällande föräldraledighetslagen (se prop. 1994/95:207 s. 47). Missgynnandeförbudet i 16 § i nu gällande föräldraledighetslag är tillämpligt bl.a. när arbetsgivaren ”säger upp, avskedar, permitterar eller vidtar annan ingripande åtgärd mot en arbetstagare.” Av förarbetena framgår att lagstiftaren ansett att en arbetsgivares åtgärd att avbryta en provanställning vid tillämpning av 16 § föräldraledighetslagen inte är ett avskedande utan en ingripande åtgärd mot en arbetstagare (prop. 2005/06:185 s. 84 f.).

Att ”talan med anledning av uppsägning eller avskedande” i preskriptionshänseende behandlas annorlunda än ”annan talan” kan förklaras av att anställningsskyddslagen förskriver särskilda förfaranden vid uppsägning och avskedande av arbetstagare, och att anställningsskyddslagens preskriptionsregler delvis är kopplade till dessa förfaranden. Till exempel ska en uppsägning vara skriftlig och uppsägningsbeskedet ska innehålla en s.k. fullföljdshänvisning med uppgifter om vad arbetstagaren ska göra om han eller hon vill göra gällande att uppsägningen är ogiltig eller yrka skadestånd med anledning av uppsägningen (8 § anställningsskyddslagen). Om arbetstagaren inte har fått en fullföljdshänvisning, är tidsfristerna längre för en arbetstagare att underrätta arbetsgivaren om att han eller hon vill yrka ogiltigförklaring av en uppsägning eller ett avskedande, än om en fullföljdshänvisning lämnats (40 § anställningsskyddslagen). Motsvarande gäller om arbetstagaren t.ex. vill kräva skadestånd med anledning av en uppsägning eller ett avskedande (41 § anställningsskyddslagen).

Sammantaget finns det, enligt Arbetsdomstolens mening, inte skäl att frånga lagtextens ordalydelse. DO:s talan avser alltså en ”annan talan” på vilken preskriptionsbestämmelserna i medbestämmandelagen ska tillämpas. Vid den bedömningen är parterna ense om att DO:s talan inte är preskriberad.

Könsdiskriminering

Parternas inställning

DO har i korthet gjort gällande att P.H.G. blivit utsatt för direkt könsdiskriminering, genom att Försäkringskassan har avbrutit hans provanställning med kännedom om att hans föräldraledighet huvudsakligen har berott på skäl som haft samband med hans hustrus förlossningsrelaterade sjukdom under hennes mammaledighet och därmed med hennes kön. Försäkringskassan har därigenom missgynnat honom, i hans egenskap av anhörig, av skäl som har samband med kön.

DO:s argumentation tar sin utgångspunkt i EU-domstolens dom Coleman, C-303/06, EU:C:2008:415. Rättsfallet gällde en arbetstagare som missgynnats på grund av att hon hade ett barn med funktionsnedsättning, för vilket hon själv svarade för huvuddelen av den vård som var nödvändig med hänsyn till barnets hälsotillstånd. Missgynnandet bestod bl.a. i att hon efter föräldraledighet inte fick återgå till sitt tidigare arbete vilket föräldrar till barn utan funktionsnedsättning fått göra, att hon inte fick samma flexibla arbetstider och samma arbetsvillkor som föräldrar till barn utan funktionsnedsättning samt att hon hotades med avskedande för att hon kom för sent till arbetet, vilket föräldrar till barn utan funktionsnedsättning inte utsattes för. EU-domstolen utgick, i enlighet med hur begäran om förhandsavgörandet var utformat, från att arbetstagaren missgynnats på sätt som beskrivits och att missgynnandet skett på grund av hennes barns funktionsnedsättning. En fråga i målet var om arbetsgivarens agerande stred mot förbudet mot direkt diskriminering på grund av funktionshinder i det s.k. arbetslivsdirektivet (direktiv 2000/78 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet). Med beaktande bl.a. av direktivets syfte framhöll EU-domstolen att förbudet mot direkt diskriminering i arbetslivsdirektivet inte är begränsat till personer som själva har ett funktionshinder. EU-domstolen slog fast att om en arbetsgivare behandlar en anställd som inte själv har ett funktionshinder mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation och det är styrkt att den anställde behandlats ogynnsamt på grund av att denne har ett barn med funktionshinder, som han eller hon själv ger den huvudsakliga delen av den vård som barnet behöver, strider denna behandling mot förbudet mot direkt diskriminering i direktivet.

Staten har bestritt att Försäkringskassans åtgärd att avbryta P.H.G:s provanställning har haft samband med kön i den mening som avses i diskrimineringslagen.

Den rättsliga regleringen

En arbetsgivare får inte diskriminera en arbetstagare (2 kap. 1 § diskrimineringslagen). Med direkt diskriminering avses 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 bl.a. kön (1 kap. 4 § diskrimineringslagen).

Diskrimineringslagens förbud mot könsdiskriminering i arbetslivet genomför bl.a. EU:s s.k. likabehandlingsdirektiv (direktiv 2006/54/EG om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet). Enligt direktivet är det fråga om direkt diskriminering när en person på grund av kön behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation.

De centrala momenten vid bedömningen av om direkt diskriminering föreligger är att det finns ett missgynnande och att detta har ett orsakssamband med diskrimineringsgrunden.

Med missgynnande avses, enligt förarbetena till diskrimineringslagen, att t.ex. en arbetstagare försätts i ett sämre läge eller går miste om en förbättring, en förmån, en serviceåtgärd eller liknande. En behandling är missgynnande om den medför en skada eller nackdel för den enskilde. Det som typiskt sett är förenat med faktisk förlust, obehag eller liknande är ett missgynnande. Se prop. 2007/08:95 s. 486 f.

När det gäller orsakssambandet mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden betonas i förarbetena att det inte krävs någon diskriminerande avsikt eller att missgynnandet sker i skadesyfte. När orsakssambandet beskrivs i förarbetena talas om att hänsyn tagits till någon av diskrimineringsgrunderna, att diskrimineringsgrunden varit orsak till handlandet och att diskrimineringsgrunden varit ett skäl för beslutet. Se prop. 2007/08:95 s. 488 f. Arbetsdomstolen har använt uttryck som att det är tillräckligt att diskrimineringsgrunden varit styrande för arbetsgivarens handlande (AD 2003 nr 55) eller att arbetsgivaren motiverat åtgärden med skäl hänförliga till diskrimineringsgrunden (AD 2003 nr 58). Diskrimineringsgrunden behöver inte vara det enda eller det avgörande skälet för beslutet, utan det är tillräckligt att diskrimineringsgrunden finns med som ett av flera skäl för arbetsgivarens agerande.

Uttrycket ”skulle ha behandlats i en jämförbar situation”, som förekommer i både likabehandlingsdirektivet och diskrimineringslagen, ger uttryck för en tankemodell för hur man kan ställa frågan om huruvida det finns ett orsaks-samband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. Att ställa frågan om t.ex. en arbetstagare behandlats mindre förmånligt än en arbetstagarare med annat kön skulle ha behandlats, är detsamma som att fråga om arbetstagararen skulle ha behandlats annorlunda om han eller hon haft ett annat kön, dvs. om missgynnandet orsakats av arbetstagararens kön (diskrimineringsgrunden).

Med diskrimineringsgrunden kön avses i diskrimineringslagen att någon är kvinna eller man (se 1 kap. 5 § 1). Om skälet eller ett av skälen till att en arbetstagarare missgynnats är att arbetstagararen är man eller kvinna, utgör detta alltså direkt könsdiskriminering. Detsamma gäller enligt rättspraxis om en arbetstagarare missgynnats med anledning av graviditet, se t.ex. dom Tele Danmark, C-109/00, EU:C:2001:513 samt AD 2018 nr 74, AD 2011 nr 23 och AD 2002 nr 45. Som skäl för detta har angivits att endast kvinnor kan bli gravida (se t.ex. dom Dekker, 177/88, EU:C:1990:383). Av EU-domstolens praxis följer vidare att det utgör direkt könsdiskriminering enligt likabehandlingsdirektivet om en kvinna missgynnats därför att hon har varit mammaledig, se t.ex. dom Sass, C-284/02, EU:C:2004:722. Med mammaledighet avses huvudsakligen den rätt till sammanhängande ledighet under minst 14 veckor under tiden före eller efter förlossningen som kvinnor vilka är gravida, nyligen har fött barn eller ammar, ska ha rätt till enligt artikel 8 i det s.k. mödraskapsdirektivet (92/85/EEG om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagarare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar) och som i Sverige genomförts genom 4 § föräldraledighetslagen. Se vidare dom Rodríguez Sánchez, C-351/14, EU:C:2016:447.

Bedömningen i detta fall

I målet är följande ostridigt eller visat. Skälet till att Försäkringskassan inte lät P.H.G:s provanställning övergå i en tillsvidareanställning, var att kassan inte ansåg sig kunna bedöma hans prestationer. Skälet till att Försäkringskassan inte kunde bedöma hans prestationer var i sin tur att han hade varit frånvarande under större delen av provotiden. Försäkringskassan skulle ha avbrutit hans provanställning även om han hade varit frånvarande av annan orsak än föräldraledighet, t.ex. om han varit frånvarande på grund av sjukdom. Vidare skulle Försäkringskassan ha avbrutit provanställningen även om skälet till att P.H.G. tog ut föräldraledighet varit något annat än att hans hustru drabbats av en förlossningsdepression. Försäkringskassan skulle alltså ha agerat likadant om skälet till att P.H.G. tog ut föräldraledighet, t.ex. var att hustrun drabbats av sjukdom utan samband med graviditeten, eller att makarna helt enkelt enats om att P.H.G. skulle ta ut hel föräldraledighet under större delen av provotiden.

Utredningen visar alltså att skälen till att P.H.G. var föräldraledig helt saknade betydelse för Försäkringskassans beslut att avbryta hans

provanställning. Arbetsdomstolen slutsats är alltså att Försäkringskassans beslut att avsluta anställningen helt saknade samband med att P.H.G:s föräldraledighet huvudsakligen har berott på skäl som haft samband med hans hustrus förlossningsrelaterade sjukdom under hennes mammaledighet. P.H.G. har alltså redan av den anledningen inte blivit utsatt för direkt könsdiskriminering.

Med den bedömningen behöver Arbetsdomstolen inte ta ställning till om eller hur EU-domstolens ställningstagande i domen Coleman ska tillämpas om någon missgynnas på sätt som har samband med en anhörigs kön.

Missgynnande i strid med 16 § föräldraledighetslagen

Frågeställningen

Parterna är oense om Försäkringskassan genom att avbryta provanställningen har missgynnat P.H.G. i strid med 16 § föräldraledighetslagen.

För att pröva den frågan finns det skäl att ta ställning till under vilka förutsättningarna det är möjligt att träffa överenskommelser som innebär en förlängning av provotiden och om myndighets beslut att träffa en sådan överenskommelse omfattas av bestämmelserna i 12 kap. 5 § regeringsformen, 4 § lagen om offentlig anställning eller 4–8 §§ anställningsförordningen. Det finns vidare skäl att belysa innebörden av 16 § föräldraledighetslagen och § 5 i det s.k. föräldraledighetsdirektivet.

Överenskommelser som innebär en förlängning av provotiden

Enligt 6 § anställningsskyddslagen får en arbetsgivare och en arbetstagare träffa avtal om en tidsbegränsad provanställning, om provotiden är högst sex månader. Vill inte arbetsgivaren eller arbetstagaren att anställningen ska fortsätta efter det att provotiden har löpt ut, ska besked om detta lämnas till motparten senast vid provotidens utgång. Görs inte detta, övergår provanställningen i en tillsvidareanställning. Om inte annat har avtalats, får en provanställning avbrytas även före provotidens utgång. Syftet med att tillåta provanställningar är att arbetsgivaren ska få möjlighet att pröva arbetstagarens lämplighet för arbetet, men också att göra det lättare för utsatta grupper på arbetsmarknaden att överhuvudtaget komma in på den öppna arbetsmarknaden (se prop. 1981/82:71 s. 47).

Utöver tidsbegränsningen om högst sex månader anges i lagen inga ytterligare inskränkningar för ingående av avtal om provanställning. Av förarbetena framgår dock att anställningsformen är avsedd för de fall där arbetsgivaren har för avsikt att pröva arbetstagaren. Domstolarna ska inte göra någon rättslig prövning av om arbetsgivaren haft större eller mindre skäl att pröva arbetstagaren i det enskilda fallet. Däremot är det möjligt att ingripa mot avtal om provanställning när omständigheterna är sådana, att det måste sägas vara fråga om ett kringgående av lagens huvudregel om tillsvidareanställning. Se prop. 1981/82:71 s. 50 och t.ex. AD 2010 nr 61 med hänvisningar.

Parterna har i målet uppehållit sig vid frågan om Försäkringskassan hade fått besluta om att förlänga P.H.G:s provotid, eller i vart fall hade kunnat erbjuda honom fortsatt anställning med förlängd provotid.

En arbetsgivare kan, enligt svensk rätt, inte ensidigt besluta att förlänga provotiden för en redan provanställd arbetstagare. Frågan är om en arbetsgivare och en provanställd arbetstagare kan träffa avtal som innebär en förlängning av provotiden.

Anställningsskyddslagen är tvingande på så sätt att ett avtal är ogiltigt i den mån det upphäver eller inskränker arbetstagarnas rättigheter enligt lagen (2 § andra stycket anställningsskyddslagen). Ett avtal mellan en arbetsgivare och en arbetstagare om att en anställning ska inledas med en längre provotid än sex månader är således inte giltigt. Det är dock möjligt att – under vissa förutsättningar – genom kollektivavtal göra avvikelser från 6 § anställningsskyddslagen (se 2 § tredje stycket anställningsskyddslagen). Något sådant avtal är inte aktuellt i tvisten.

Som en allmän utgångspunkt gäller att anställningsskyddslagen är tvingande i förhållande till avtal som träffas för framtiden, men att arbetstagare kan träffa bindande avtal avseende rättigheter enligt anställningsskyddslagen sedan dessa aktualiserats (se prop. 1973:129 s. 193). Arbetstagaren kan t.ex. när arbetsgivaren aktualiserar frågan om uppsägning själv gå med på att anställningen upphör (AD 1977 nr 126). I enlighet härmed kan en arbetsgivare och en arbetstagare, sedan arbetsgivaren aktualiserat frågan om att avbryta en provanställning, träffa avtal om att arbetstagaren t.ex. ska erhålla en tidsbegränsad anställning. I AD 1987 nr 148 hade en arbetstagare varit tillsvidareanställd i fyra månader, när ett avtal om provanställning träffades. Arbetsdomstolen noterade att det arbete som provanställningen avsåg i avsevärd utsträckning och på väsentliga punkter skiljde sig från arbetstagarens tidigare arbete. Mot den bakgrunden ansåg Arbetsdomstolen inte att det fanns skäl att anse att provanställningen skulle vara otillåten enligt anställningsskyddslagen. I AD 1985 nr 138 hade en arbetsgivare och en provanställd arbetstagare kommit överens om en förlängning av provotiden. Arbetsdomstolen ansåg att avtalet innebar att anställningsskyddslagen åsidosatts och att arbetstagaren därför varit tillsvidareanställd sedan den enligt lagen längsta tillåtna provotiden löpt ut. I målet hade arbetsgiversidan inte åberopat några omständigheter som kunde motivera en förlängd provotid.

Enligt förarbetena bör det inte vara möjligt att omvandla tillsvidareanställningar till provanställningar av enbart det skälet att företaget byter ägare. Inte heller kan det tillåtas att den som redan har varit anställd i ett arbete hos en arbetsgivare återanställs i samma arbete på prov, i varje fall inte om det inte finns starka sakliga skäl för det som t.ex. om den tidigare anställningen ligger långt tillbaka i tiden eller om den har varit av obetydlig kortvarighet och därför inte har gett tillfälle till prövning av arbetstagaren. Se prop. 1981/82:71 s. 50 och AD 2010 nr 61 med hänvisningar.

Mot bakgrund av det ovan anförda är det klart att en överenskommelse mellan en arbetsgivare och en provanställd arbetstagare om en ny provanställning eller om att prøvotiden förlängs som huvudregel strider mot anställningsskyddslagen. Ett annat synsätt kan vara befogat om det finns starka sakliga skäl för att tillåta en förlängning av prøvotiden.

Det är enligt Arbetsdomstolens mening klart att en arbetsgivare och en provanställd arbetstagare kan träffa en överenskommelse om en ny provanställning, t.ex. om avtalet träffas sedan arbetsgivaren kommit fram till att arbetstagaren inte klarar de aktuella arbetsuppgifterna på ett tillfredställande sätt och därför erbjuder arbetstagaren en helt ny befattning med andra arbetsuppgifter. En sådan överenskommelse kan träffas sedan frågan om att avbryta anställningen aktualiserats, t.ex. genom en sådan underrättelse som avses i 31 anställningsskyddslagen. Det saknar, enligt Arbetsdomstolens mening, betydelse om parterna valt att beskriva överenskommelsen som en ny provanställning eller ett avtal om förlängd prøvotid.

På motsvarande sätt finns det i en situation där en arbetstagare varit frånvarande från arbetet under stora delar av prøvotiden, enligt Arbetsdomstolens mening, starka sakliga skäl för att det ska vara tillåtet för parterna att komma överens om att prøvotiden förlängs med en period som motsvarar frånvaron. Om en sådan överenskommelse inte skulle godtas, skulle detta riskera att medföra att provanställningen i stället avslutas och att arbetstagaren därigenom inte får chansen att provas. En möjlighet att komma överens om förlängning av prøvotiden i en sådan situation kan därför vara till fördel både för arbetsgivaren och arbetstagaren.

Arbetsdomstolens slutsats är alltså att en arbetsgivare och en provanställd arbetstagare, i en situation där frågan om att avbryta en provanställning har aktualiserats på grund av att arbetstagaren varit frånvarande från arbetet under stora delar av prøvotiden, utan hinder av anställningsskyddslagen kan träffa en överenskommelse som innebär att prøvotiden förlängs med en period som motsvarar frånvaron. Inte heller för denna situation har det, enligt Arbetsdomstolens mening, någon betydelse om parterna beskrivit sin överenskommelse som en ny provanställning eller en överenskommelse om att prøvotiden förlängs.

I sammanhanget kan nämnas att 1992 års arbetsrättskommitté inte ansåg att gällande rätt gav någon möjlighet att förlänga prøvotiden t.ex. om arbetstagaren blir sjuk, och därför föreslog att det borde öppnas en möjlighet att avtala om en förlängning av prøvotiden, om det visar sig att den ursprungligen bestämda prøvotiden är för kort. Se SOU 1993:123 s. 311 f.

Det kan även nämnas att det i artikel 8 i EU:s s.k. arbetsvillkorsdirektiv (direktiv 2009/1152 om tydliga och förutsägbara arbetsvillkor i Europeiska unionen) anges att medlemsstaterna ska fastställa att en provanställningsperiod inte överskrider sex månader. Vidare anges bl.a. följande. Om avtalet

förnyas för samma befattning och arbetsuppgifter får anställningsförhållandet inte omfattas av en ny provanställning. Medlemsstaterna får i undantagsfall föreskriva längre provanställningar om det är motiverat med hänsyn till anställningens karaktär eller om det ligger i arbetstagarens intresse. Om arbetstagaren har varit borta från arbetet under provanställningen får medlemsstaterna föreskriva att provanställningen kan förlängas med en period som motsvarar frånvaron. Direktivet ska vara genomfört i nationell rätt senast den 1 augusti 2022.

Regeringsformen, lagen om offentlig anställning och anställningsförordningen

Staten har anfört att en överenskommelse mellan en statlig arbetsgivare och en provanställd arbetstagare om förlängning av prøvotiden innebär att ett nytt anställningsavtal träffas. Staten har vidare anfört att regeringsformen, lagen om offentlig anställning och anställningsförordningen (1994:373) medför att ett beslut att ingå ett sådant avtal inte kan fattas utan att följa de regler som gäller för beslut om anställning i dessa författningar.

Enligt 12 kap. 5 § andra stycket regeringsformen ska vid beslut om statliga anställningar avseende fästas endast vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet. En motsvarande bestämmelse finns i 4 § lagen om offentlig anställning, där det talas om ”vid anställning”, i stället för ”vid beslut om statliga anställningar”. I äldre motsvarigheter till såväl 12 kap. 5 § andra stycket regeringsformen som 4 § lagen om offentlig anställning användes uttrycket ”tjänst” i stället ”anställning”. Att lagtexten ändrades ansågs inte innebära någon ändring i sak (se prop. 2009/10:80 s. 290 och prop. 1993/94:65 s. 122). Uttrycket tjänst användes i äldre författningar i flera betydelser och kunde avse anställningen som sådan, arbetsuppgifterna, befattningen eller arbetstagaren plats i organisationen (se t.ex. AD 2017 nr 59). I 4–8 §§ anställningsförordningen finns kompletterande bestämmelser om bedömningsgrunder och förfaranden vid anställning. De aktuella bestämmelserna i regeringsformen, lagen om offentlig anställning och anställningsförordningen syftar ytterst till att skydda det allmänna intresset av att de offentliga uppgifterna handhas av tjänstemän med de kvalifikationer som behövs för deras arbetsuppgifter, se t.ex. prop. 1975/76:105 bil. 2 s. 205 ff. och AD 2018 nr 24.

En statlig myndighets beslut att någon anställs med provanställning innebär att arbetstagaren erhåller en anställning och att denna anställning övergår till en tillsvidareanställning om anställningen inte avbryts under prøvotiden. Om myndigheten och arbetstagaren kommer överens om att förlänga prøvotiden, innebär överenskommelsen inte att arbetstagaren får t.ex. andra arbetsuppgifter, en annan befattning eller annan anställningstid, än han eller

hon ursprungligen hade. Myndighetens beslut att träffa en sådan överenskommelse kan därför, enligt Arbetsdomstolens mening, inte anses ske vid anställning eller avse ett beslut om anställning, och omfattas därför inte av

bestämmelserna i 12 kap. 5 § regeringsformen, 4 § lagen om offentlig anställning eller 4–8 §§ anställningsförordningen. Av 1 kap. 9 § regeringsformen följer att saklighet och opartiskhet ska iakttas i även vid ett sådant beslut.

Föräldraledighetslagen

Enligt 16 § föräldraledighetslagen får en arbetsgivare inte missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare av skäl som har samband med ledighet enligt föräldraledighetslagen i vissa uppräknade situationer, däribland när arbetsgivaren säger upp, avskedar, permitterar eller vidtar annan ingripande åtgärd mot en arbetstagare.

Missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen har stora likheter med förbudet mot direkt diskriminering i diskrimineringslagen och förutsätter att arbetsgivaren missgynnats t.ex. en arbetstagare, att missgynnande skett i någon av de situationer som omfattas av regeln samt att det finns ett orsakssamband mellan missgynnandet och föräldraledigheten.

Uttrycket missgynnande har samma innebörd som i 1 kap. 4 § diskrimineringslagen (se prop. 2005/06:185 s. 81 och prop. 2007/08:95 s. 101). En arbetsgivares åtgärd att avbryta en provanställning är en sådan ingripande åtgärd som omfattas av 16 § 7 föräldraledighetslagen (se prop. 2002/06:185 s. 84 f. och t.ex. AD 2011 nr 22).

Bestämmelsen förutsätter, på motsvarande sätt som förbudet mot direkt diskriminering i diskrimineringslagen, ett orsakssamband mellan missgynnandet och föräldraledigheten. I lagtexten uttrycks detta som att missgynnandet inte får ske *av skäl som har samband med föräldraledigheten*. Det strider mot missgynnandeförbudet om den negativa behandlingen har samband med att ledigheten grundas just på föräldraledighetslagen, på så sätt att en föräldraledig arbetstagare behandlas sämre än en arbetstagare som är ledig av annan orsak behandlas eller skulle ha behandlats. Missgynnandeförbudet sträcker sig emellertid längre än så. Utgångspunkten är att en arbetstagare inte får missgynnas med anledning av att han eller hon är ledig från arbetet, om ledigheten grundas på föräldraledighetslagen. Det kan alltså vara fråga om ett missgynnande i strid med 16 § föräldraledighetslagen att arbetsgivaren behandlar en föräldraledig arbetstagare på samma sätt som en arbetsgivare som behandlar eller skulle ha behandlat arbetstagare vilka är frånvarande från arbetet av andra godtagbara skäl, såsom sjukdom, totalförsvarsplikt m.m. För att pröva om ett en arbetstagare blivit missgynnad av skäl som har samband med föräldraledighet enligt föräldraledighetslagen, kan frågan ställas om arbetstagaren behandlats sämre än en arbetstagare som inte är ledig från arbetet behandlas eller skulle ha behandlats.

Från denna utgångspunkt innehåller lagen ett viktigt undantag. Enligt 16 § andra stycket föräldraledighetslagen gäller missgynnandeförbudet inte om olika villkor eller olika behandling är en nödvändig följd av ledigheten. Med ”nödvändig följd av ledigheten” avses, enligt förarbetena, att en viss följd (effekt) är en given konsekvens av hel eller partiell ledighet, i den meningen

att den inte går att undvika med mindre att den lediga arbetstagaren behandlas på ett mer gynnsamt sätt än andra arbetstagare på ett sätt som kan uppfattas orättvist mot dessa eller annars framstår som orimligt eller uppenbart omotiverat. Som ett exempel på när en viss behandling kan vara en ”nödvändig följd av ledigheten” nämns att en arbetstagare som är helt ledig inte får lön från arbetsgivaren under frånvaron. Se prop. 2005/06:185 s. 124.

Enligt förarbetena är utrymmet för att på grund av föräldraledighet i förtid avbryta en provanställning mycket begränsat. Det framhålls dock att om en arbetstagare under provanställningen tagit ut ledighet i sådan omfattning att arbetsgivaren när provotiden går ut inte kan bedöma den provanställdes prestationer kan det – på samma sätt som om arbetstagaren på grund av sjukdom eller av annan orsak inte utfört arbete under hela provotiden – bli en nödvändig följd av ledigheten att arbetsgivaren beslutar att anställningen inte övergår i en tillsvidareanställning. Se prop. 2005/06:185 s. 125 ff.

Föräldraledighet behöver inte vara det enda eller ens det avgörande skälet till att någon missgynnas. Om föräldraledigheten är en av flera orsaker till arbetsgivarens beslut är detta tillräckligt för att samband ska anses finnas.

Föräldraledighetsdirektivet

EU:s s.k. föräldraledighetsdirektiv (direktiv 2010/18/EU) antogs 2010 och genomför ett ramavtal om föräldraledighet som ingåtts av de europeiska arbetsmarknadsparterna BUSINESSEUROPE, UEAPME, ECPE och EFS. Direktivet ersatte ett tidigare direktiv om föräldraledighet från 1996 (direktiv 96/34/EG). EU antog 2019 ett direktiv om balans mellan arbete och privatliv för föräldrar och anhörigvårdare (EU 2019/1158), som ska vara genomfört den 2 augusti 2022, och som från den dagen ersätter det nuvarande föräldraledighetsdirektivet.

Föräldraledighetsdirektivets § 5 har rubriken ”Anställningsrättigheter och icke diskriminering” och innehåller flera bestämmelser som syftar till att skydda arbetstagare som utnyttjar eller avser att utnyttja sin rätt till föräldraledighet. För det första finns en bestämmelse om att arbetstagare vid föräldraledighetens slut ska ha rätt att återvända till samma arbete eller, om det inte är möjligt, till ett likvärdigt eller liknande arbete som är förenligt med dennes anställningsavtal eller anställningsförhållande (§ 5.1). Det finns även en bestämmelse som anger att de rättigheter som arbetstagaren förvärvat eller står i begrepp att förvärva när föräldraledigheten börjar ska bevaras oförändrade fram till och med föräldraledighetens slut (§ 5.2). Vidare finns i § 5.4 en särskild bestämmelse om skydd mot uppsägningar eller annan ogynnsam behandling.

Begreppet ”uppsägning” (på engelska *dismissal* och på franska *licenciement*) i § 5.4 ska, i avsaknad av en uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för att fastställa deras innebörd och tillämpningsområde, ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela EU, med beaktande av det sammanhang i vilka bestämmelsen förekommer och det

mål som eftersträvas med den aktuella lagstiftningen (se, för ett liknande resonemang, t.ex. dom Meerts, C-116/08, EU:C:2009:645 punkt 41). I sammanhanget kan erinras om att EU-domstolen vid tillämpningen av 1976 års likabehandlingsdirektiv (76/207) ansett att uttrycket uppsägning (dismissal respektive licenciement) omfattar t.ex. situationer där anställningsförhållandet upphör inom ramen för ett system med frivillig avgång eller där anställningen avslutats genom att arbetstagaren uppnått en viss ålder, se t.ex. dom Kuso, C-614/11, EU:C:2013:544. Mot den bakgrunden måste den slutsatsen dras att uttrycket uppsägning i § 5.4 omfattar åtgärden att arbetsgivaren avbryter en provanställning (se även prop. 2005/06:185 s. 75 och 83 ff.).

Det är således § 5.4 i direktivet – och inte § 5.1 eller § 5.2 – som är tillämplig på en sådan situation som den som är aktuell i målet.

I § 5.4 anges följande.

För att säkerställa arbetstagarnas möjlighet att utnyttja föräldraledigheten ska medlemsstaterna och/eller arbetsmarknadens parter, i enlighet med nationell lagstiftning, kollektivavtal eller praxis, vidta de åtgärder som behövs för att skydda arbetstagarna mot mindre gynnsam behandling eller uppsägning på grund av att de ansöker om eller utnyttjar sin rätt till föräldraledighet.

Föräldraledighetsdirektivet syftar till att göra det möjligt att kombinera arbete och familj samt att främja lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män (se skäl 8). EU-domstolen har framhållit att principen om likabehandling av män och kvinnor – i synnerhet vad gäller anställning, arbete och lön – liksom rätten till föräldraledighet för att kunna kombinera arbete och familjeliv slås fast i artikel 23 respektive 33.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna samt att syftet med föräldraledighetsdirektivet även är kopplat till målsättningen att förbättra livs- och arbetsvillkor och ett fullgott socialt skydd vilket, enligt i artikel 151 FEUF, utgör ett av de mål som eftersträvas med unionens socialpolitik, se t.ex. dom Land Berlin, C-174/16, EU:C:2017:637.

Med beaktande av ändamålet med direktivet anses § 5.4 ge uttryck för en särskilt viktig princip i EU:s sociala regelverk och får därmed inte tolkas restriktivt (se t.ex. dom Lyreco Belgium, C-588/12, EU:C:2014:99 punkt 36 och dom Meerts, C-116/08, EU:C:2009:645 punkt 42). EU-domstolen har också återkommande framhållit att en tolkning av direktivet som medför att arbetstagaren avhålls från att utnyttja sin rätt till föräldraledighet, skulle undergräva rättighetens effektivitet och föräldraledighetsdirektivets ändamålsenliga verkan och motverka syftet att göra det möjligt att bättre förena

familjeliv och arbetsliv (se t.ex. dom Praxair C-486/18, EU:C:2019:379 punkt 57, dom Lyreco Belgium, C-588/12, EU:C:2014:99 punkt 40, och dom TSN, C-512/11 och C-513/11, EU:C:2014:73 punkt 51). Av EU-domstolens praxis följer vidare att en sådan hänvisning till nationell rätt,

kollektivavtal och praxis, som återfinns i § 5.4 ska förstås utan att det påverkar de minimirättigheter som fastställs i direktivet (se t.ex. dom Land Berlin, C-174/16 punkt 38).

Av bestämmelsens lydelse framgår att arbetstagarna, ska skyddas mot uppsägning ”på grund av” att de begär eller tar i anspråk sin rätt till föräldraledighet. Bestämmelsen hindrar alltså inte att en arbetsgivare säger upp en arbetstagare som har varit föräldraledig, om uppsägningen inte grundar sig på att arbetstagaren har begärt eller tagit i anspråk sin rätt till föräldraledighet. EU-domstolen har uttalat att det står en arbetsgivare fritt att omorganisera sin verksamhet för att den ska kunna drivas rationellt, förutsatt att de bestämmelser i unionsrätten som är tillämpliga iakttas. Se dom Riežniece, C-7/12, EU:C:2013:410.

Av särskilt intresse för det nu aktuella målet är EU-domstolens dom Land Berlin, C-174/16, EU:C:2017:637. Omständigheterna i det målet var i kortfattad följande.

H var anställd av Land Berlin på en tjänst som rådgivare i lönegrad A 16. Efter ett urvalsförfarande befordrades hon till en provanställning som rådgivare med en högre lönegrad, och placerades på en tjänst med chefsansvar som då var ledig med den högre lönegraden. Hon började dock inte på den tjänsten eftersom hon vid tidpunkten för placeringen var sjukskriven på grund av sin graviditet. Hon var därefter mamma- och föräldraledig under mer än tre år. Under tiden hon var ledig, fick en annan person den aktuella tjänsten.

Innan H återgick i arbete informerade Land Berlin henne om att hennes ställning som provanställd tjänsteman med den högre lönegraden hade upphört, eftersom hon inte hade genomfört sin tvååriga provanställning för den aktuella tjänsten med godkänt resultat. Land Berlin meddelade även att hon skulle återinsättas på sin tidigare tjänst i lönegraden A 16.

H:s anställning reglerades i en lag om offentlig anställning för anställda i delstater. EU-domstolen sammanfattade den tyska regleringen på följande sätt. Ett villkor för att en tjänsteman ska bli definitivt befordrad till en chefstjänst är att tjänstemannen först fullgör en tvåårig provanställning med godkänt resultat. Provanställningen upphör efter denna tvåårsperiod utan möjlighet till förlängning. Detta gäller även för det fall en tjänsteman under merparten av provanställningstiden har varit föräldraledig. Om tjänstemannen inte godkänns inom prøvotiden återinsätts han eller hon i den lägre tjänst med lägre lön vederbörande hade innan provtjänstgöringen påbörjades.

Enligt EU-domstolen önskade den hänskjutande domstolen bl.a. få klarhet i om § 5.1 och § 5.2 föräldraledighetsdirektivet utgör hinder för nationella bestämmelser som de aktuella tyska bestämmelserna. Enligt § 5.1 och § 5.2 har en arbetstagare rätt att återvända till samma arbete eller, om det inte är möjligt, till ett likvärdigt eller liknande arbete och en rätt att – vid föräldraledighetens slut – bevara de rättigheter som arbetstagaren förvärvat eller stod i begrepp att förvärva när föräldraledigheten inleddes.

Enligt EU-domstolen utgör dessa bestämmelser i föräldraledighetsdirektivet hinder för nationella bestämmelser som ställer som villkor för en definitiv befordran till en högre tjänst att den utvalda arbetstagaren först fullgör en tvåårig provanställning med godkänt resultat på den aktuella tjänsten och enligt vilka provanställningen – för det fall att en sådan sökande under merparten av provanställningstiden har varit och fortfarande är föräldraledig – enligt lag upphör efter tvåårsperioden utan möjlighet till förlängning och att arbetstagaren följaktligen, när han eller hon återkommer från sin föräldraledighet, återinsätts i sin ursprungliga lägre tjänst. Åsidosättanden av föräldraledighetsdirektivet kunde, enligt EU-domstolen, inte motiveras av det syfte som eftersträvas med provanställningen, dvs. att möjliggöra en bedömning av den sökandes lämplighet att inneha den chefstjänst som ska tillsättas.

Bedömningen i detta fall

I målet är klarlagt att Försäkringskassans beslut att inte låta P.H.G:s provanställning övergå i en tillsvidareanställning, var en följd av han varit föräldraledig i sådan utsträckning att kassan inte kunnat bedöma hans prestationer. P.H.G. har härigenom missgynnats av skäl som har samband med han varit föräldraledig. Frågan är då om Försäkringskassans åtgärd att avsluta anställningen – missgynnandet – varit en nödvändig följd av föräldraledigheten och därför inte förbjudet enligt 16 § andra stycket föräldraledighetslagen.

Av förarbetena till föräldraledighetslagen framgår att utrymmet för att på grund av föräldraledighet i förtid avbryta en provanställning är mycket begränsat, men att om en arbetstagare under provanställningen tagit ut ledighet i sådan omfattning att arbetsgivaren när provotiden går ut, inte kan bedöma den provanställdes prestationer, så kan det anses vara en nödvändig följd av ledigheten att arbetsgivaren beslutar att anställningen inte övergår i en tillsvidareanställning. Se prop. 2005/06:185 s. 125 f.

Vid tolkning av 16 § föräldraledighetslagen måste även föräldraledighetsdirektivet beaktas. Som framgått ovan innehåller § 5 i föräldraledighetsdirektivet inte någon motsvarighet till det undantag i 16 § föräldraledighetslagen om olika behandling som är en ”nödvändig följd av ledigheten”. Av de exempel som nämns i förarbetena och praxis från Arbetsdomstolen framgår att bestämmelsen i första hand har betydelse för arbetstagarens ställning och förmåner under föräldraledigheten (se prop. 2005/06:185 s. 124 ff. och t.ex. AD 2015 nr 58 och AD 2009 nr 15). Av § 5.3 i föräldraledighetsdirektivet framgår att medlemsstaterna och/eller arbetsmarknadens parter ska fastställa vad som ska gälla för anställningsavtalet eller anställningsförhållandet under föräldraledigheten. I dom Sánchez-Camacho, C-537/07, EU:C:2009:462 ansåg EU-domstolen att det inte stred mot föräldraledighetsdirektivet att vid beräkningen av en arbetstagares pension beakta att denne varit föräldraledig på deltid och att denne under den tiden betalat avgifter och förvärvat rätt till pension i proportion till den erhållna lönen. Även av EU-domstolens rättspraxis avseende 1976 års likabehandlingsdirektiv (75/117/EEG) och mödraskapsdirektivet (92/85/EEG) framgår att inte varje negativ effekt av

föräldraledighet anses strida mot de direktiven, se t.ex. dom Ornano, C-335/15, EU:C:2016:564 och Jenny Julén Votinius, Föräldrar i arbete, 2007, s. 237 ff. med hänvisningar. Mot bakgrund härav kan det förhållandet att ett uttryckligt undantag för olika behandling som är en ”nödvändig följd av ledigheten” saknas i § 5 föräldraledighetsdirektivet inte i sig anses innebära att 16 § andra stycket föräldraledighetslagen strider mot föräldraledighetsdirektivet. Däremot ska föräldraledighetslagens undantag avseende ”nödvändig följd av ledigheten” tolkas på ett sådant sätt att det inte strider mot föräldraledighetsdirektivet.

Enligt § 5.4 i föräldraledighetsdirektivet ska medlemsstaterna vidta de åtgärder som behövs för att skydda arbetstagarna mot uppsägning på grund av att de ansöker om eller utnyttjar sin rätt till föräldraledighet. Av Land Berlin domen framgår att EU-domstolen anser att en nationell reglering som medger att arbetsgivaren avslutar en provanställning på grund av att en arbetstagar varit föräldraledig i sådan utsträckning att det inte går att bedöma arbetstagarens förmåga, i stället för att förlänga provotiden, är ägnat att avhålla provanställda från att ta ut föräldraledighet och därigenom undergräva effektiviteten och den ändamålsenliga verkan med direktivet (se t.ex. punkt 41). Detta argument gör sig, enligt Arbetsdomstolens mening, gällande med samma styrka vid tolkningen av § 5.4 i direktivet som vid tolkningen av § 5.1 och § 5.2.

Som Arbetsdomstolen redan kommit fram till är det enligt svensk rätt möjligt för en arbetsgivare och en provanställd arbetstagar att, i en situation där frågan om att avbryta en provanställning har aktualiserats på grund av att arbetstagar varit frånvarande från arbetet under stora delar av provotiden, utan hinder av anställningsskyddslagen komma överens om att förlänga provotiden med en period som motsvarar frånvaron. Försäkringskassan hade alltså kunnat tillgodose sitt befogade intresse av att pröva P.H.G:s arbetsförmåga genom att erbjuda honom förlängning av provanställningen, i stället för att avbryta anställningen. Mot den bakgrunden anser Arbetsdomstolen att behandlingen av P.H.G. inte varit en nödvändig följd av föräldraledigheten.

Försäkringskassan har därmed brutit mot 16 § föräldraledighetslagen genom att avbryta hans provanställning.

Slutsatser och skadestånd m.m.

Arbetsdomstolen har kommit fram till att Försäkringskassan inte brutit mot diskrimineringslagen. P.H.G. har därför inte rätt till diskrimineringsersättning. Han har heller inte rätt till ekonomiskt skadestånd enligt diskrimineringslagen.

Arbetsdomstolen har däremot funnit att Försäkringskassan brutit mot 16 § föräldraledighetslagen. Han har därför rätt till skadestånd för den förlust som uppkommer och för den kränkning som har inträffat, dvs. ekonomiskt och allmänt skadestånd (se 22 § föräldraledighetslagen).

Ekonomiskt skadestånd

DO har yrkat ekonomiskt skadestånd med 184 569 kr, motsvarande den inkomst som P.H.G. skulle ha haft om han arbetat åt Försäkringskassan under perioden 9 november 2019–4 maj 2020, dvs. för tiden från att hans föräldraledighet upphörde till dess han fick ett annat arbete. Staten har bestritt yrkandet.

Utgångspunkten är att det ekonomiska skadeståndet ska försätta arbetstagar-
aren i samma ekonomiska situation som om arbetsgivaren inte agerat i strid
med föräldraledighetslagen. Ersättning för sådan förlust som DO yrkat ska
då i princip motsvara skillnaden mellan den inkomst som arbetstagar-
en skulle ha fått, om arbetsgivaren inte brutit mot föräldraledighetslagen, och
den inkomst som arbetstagar-
aren trots det skadestandsgrundande agerandet
faktiskt har uppnått eller borde ha uppnått.

Det ligger i sakens natur att bedömningen av vilken inkomst arbetstagar-
aren skulle ha haft om arbetsgivaren inte agerat i strid med
föräldraledighetslagen, måste grunda sig på mer eller mindre säkra antagan-
den om den sannolika utvecklingen det skadestandsgrundande agerandet
förutan Enligt Arbetsdomstolens mening bör därför ersättning för inkomst-
förlust utgå om det framstår som sannolikt att arbetstagar-
aren skulle ha haft
viss inkomst om arbetsgivaren inte agerat i strid med lagen. Jfr t.ex. NJA
2007 s. 461.

Enligt Arbetsdomstolens mening är det sannolikt att P.H.G:s anställning
skulle ha övergått i en tillsvidareanställning, om han erbjudits förlängning
av provotiden i stället för att provanställningen avbrutits, och att han skulle
ha arbetat för Försäkringskassan under den tid som yrkandet om ekonomiskt
skadestånd avser. Arbetsdomstolen har därvid beaktat att P.H.G. och de som
provanställdes anställdes samtidigt som honom var föremål för en noggrann
urvalsprocess inför att de anställdes, att alla som provanställdes samtidigt
som P.H.G. blev tillsvidareanställda och att det inte framkommit några
brister i P.H.G:s förmåga att utföra arbetet. Han har vidtagit erforderliga
åtgärder för att begränsa sin skada. Det råder inte tvist om den närmare
beräkningen av beloppet för det ekonomiska skadeståndet. DO:s yrkande
om ekonomiskt skadestånd ska därför bifallas.

Allmänt skadestånd

Arbetsdomstolen anser att 70 000 kr är ett skäligt belopp för det allmänna
skadeståndet. Domstolen har därvid beaktat att Försäkringskassan inte haft
någon diskriminerande avsikt, utan att det avgörande skälet för åtgärden var
att kassan ansåg sig rättsligt förhindrad att erbjuda P.H.G. förlängd provotid.

Förhandsavgörande

Enligt artikel 267 FEUF är en nationell domstol, mot vars avgöranden det
inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, skyldig att begära
förhandsavgörande från EU-domstolen om bl.a. tolkning av fördragen och

rättsakter som beslutas av unionens institutioner, om den nationella domstolen anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken.

Arbetsdomstolen har funnit att Försäkringskassan agerat i strid med 16 § föräldraledighetslagen och tillerkänt P.H.G. allmänt och ekonomiskt skadestånd. Medlemsstaterna får tillämpa eller införa bestämmelser som är förmånligare än de som föreskrivs i föräldraledighetsdirektivet (se § 8.1). Arbetsdomstolen anser därför inte att det, för att Arbetsdomstolen ska kunna döma i saken, är nödvändigt att EU-domstolen meddelar ett förhandsavgörande om tolkningen av föräldraledighetsdirektivet. Arbetsdomstolen har funnit att Försäkringskassan inte brutit mot diskrimineringslagen. Även om domstolen skulle ha funnit att så var fallet, skulle något högre belopp inte ha dömts ut. Med beaktande härav är det inte, för att Arbetsdomstolen ska döma i saken, nödvändigt att tolka det s.k. lika-behandlingsdirektivet.

DO:s begäran om att inhämta förhandsavgörande ska därför avslås.

Rättegångskostnader

Med hänsyn till utgången i målet ska staten ersätta DO för rättegångskostnader. Det yrkade beloppet är skäligt.

Domslut

1. Staten ska till P.H.G. betala
 - a. allmänt skadestånd med 70 000 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 9 januari 2020 till dess betalning sker, samt
 - b. ekonomiskt skadestånd med 184 569 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 11 juni 2020 till dess betalning sker.
2. Staten ska ersätta Diskrimineringsombudsmannens rättegångskostnader med 37 912 kr, avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom till dess betalning sker.
3. Arbetsdomstolen avslår Diskrimineringsombudsmannens begäran om att inhämta förhandsavgörande.

Ledamöter: Jonas Malmberg, Anu Rintala, Per Ewaldsson, Daniela Eriksson och Elisabeth Mohlkert. Enhälligt.

Rättssekreterare: Pontus Bromander