

Sammanfattning

En muslimsk kvinna som bär huvudduk har per telefon sökt arbete som demonstratris och fått besked om vissa lediga uppdrag. Vid personligt möte dagen därpå har bolagets representant fällt vissa uttalanden som gjort att sökanden lämnat platsen. Tvist har uppkommit om huruvida bolaget har diskriminerat sökanden genom att avbryta anställningsförfarandet på grund av hennes etniska tillhörighet och/eller kön samt genom att göra vissa uttalanden. Även fråga om talerätten för ombudsmannen mot etnisk diskriminering i tvist angående jämställdhetslagen.

ARBETSDOMSTOLENDOM
2003-09-10
StockholmDom nr 63/03
Mål nr A 178/02**KÄRANDE**Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, DO, Katarina Bangata 79,
116 42 STOCKHOLMOmbud: jur. kand. Martin Agell, Elmszell Advokatbyrå HB, Vasagatan 38,
111 20 STOCKHOLM**SVARANDE**

DemÅplock i Göteborg AB, Gränsfejdsvägen 15, 437 41 LINDOME

Ombud: advokaten Martin Svensson, Berglund & Co Advokatbyrå,
Box 53166, 400 15 GÖTEBORG**SAKEN**

Brott mot 8 och 10 §§ lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet m.m.

Bakgrund, yrkanden m.m.

DemÅplock i Göteborg AB (bolaget) är ett rikstäckande företag som bedriver verksamhet med bl.a. demonstrationer av mat samt hjälp med upplöck av varor i matbutiker. Ungefär 650 demonstratriser är knutna till bolaget. Bolaget är inte medlem i någon arbetsgivarorganisation och har inte tecknat något kollektivavtal. C.D-K., som inte är medlem i någon facklig organisation, kontaktade bolaget per telefon våren 2002 eftersom hon var intresserad av arbete. Vid telefonkontakt med bolagets regionchef fick hon uppgift om vissa lediga arbetstillfällen och det avtalades att hon dagen därpå skulle träffa regionchefen för vidare samtal. Vid telefonsamtalet framkom inte att C.D-K. är troende muslim och bär huvudduk. När de träffades dagen därpå uttalade sig bolagets regionchef på ett sätt som föranledde C.D-K. att ta kontakt med ombudsmannen mot etnisk diskriminering, DO.

Tvist har därefter uppkommit om bolaget, genom att vid sammanträffandet avbryta anställningsförfarandet samt genom vissa påståenden vid sammanträffandet och därefter, har gjort sig skyldigt till etnisk diskriminering samt könsdiskriminering.

DO har väckt talan i Arbetsdomstolen och yrkat att Arbetsdomstolen skall förplikta bolaget att utge allmänt skadestånd till C.D-K. med 120 000 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämningen, den 18 oktober 2002, till dess betalning sker.

Bolaget har bestritt käromålet, men har vitsordat 20 000 kr samt sättet att beräkna räntan som skäliga i och för sig. Bolaget har vidare yrkat att talan angående brott mot jämställdhetslagen skall avvisas.

DO har bestritt avvisningsyrkandet.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader.

Till utveckling av talan har parterna anfört i huvudsak följande.

DO

C.D-K. är född 1957 och är troende muslim. På grund av sin religiösa tro använder hon huvudduk. Hon bor i Helsingborg. Våren 2002 fick hon från vänner höra att bolaget hade behov av att anställa fler demonstratriser. Hon blev intresserad av detta då hon var arbetslös och har arbetat inom restaurangbranschen som utbildad kallskänka. Av bolagets hemsida framgår att bolaget nu, och vid tiden för de aktuella händelserna, expanderar och söker demonstratriser på ett antal orter och att man kan ringa bolaget för ett möte med en av distriktscheferna. C.D-K. kontaktade bolaget per telefon och bolagets distriktschef i den södra regionen, C.B., ringde upp henne den 30 maj 2002. Vid detta samtal berättade C.B. om demonstratrisernas arbetsuppgifter och uppgav att det arbete som hon behövde personal till just då var ett uppdrag om två timmar per dag under veckorna 24-26. Hon informerade också om att det rörde sig om en timanställning vid behov och nämnde vissa butiker. C.D-K. talade om att hon inte hade tillgång till någon bil och att hon hade sökt arbete även hos ett annat demonstrationsföretag, eftersom hon ansåg detta vara viktigt för planeringen av arbetstiderna. C.B. reagerade inte på detta. Vid samtalet bestämdes att de två skulle träffas dagen därpå. C.B. skulle då demonstrera produkter i butiken OJ i Helsingborg kl. 10.00-18.00 och hon angav därför kl. 9.45 som en lämplig tidpunkt. Hon sade att de kanske skulle kunna gå iväg och ta en fika eller annars sitta i hennes bil och diskutera.

När C.D-K. anlände till parkeringsplatsen utanför affären den 31 maj 2002 såg hon en kvinna som drog en väska på hjul. Hon förstod att det var C.B. eftersom kvinnan hade en skjorta på sig med bolagets namn på ryggen. C.B. talade inte i telefon då, vilket bolaget har påstått. C.D-K. gick in efter C.B. och såg att denna talade med en annan kvinna, som visade sig vara A.L.B.. C.D-K. avvaktade därför något innan hon gick fram till demonstrationsbordet och presenterade sig. C.B. frågade förvånat: ”Är det Du?”, varvid hon svarade: ”Ja, det är jag”. C.B. vände sig därefter bort för att ordna med bordet och tala med A.L.B.. C.D-K. fick vänta i ca tio minuter innan hon åter fick kontakt med C.B., som då verkade nervös och talade med hög röst. ”Jag bryr mig inte om vad människor har för religion, men du kan tyvärr inte ha de kläderna på dig då du ska ”dema”, ty du ska vara ansiktet utåt för våra kunder.” Vidare sade C.B. att hon bodde i Malmö där det vanligaste namnet numera är Mohammed och att hon var väldigt van vid att se och möta folk från jordens alla hörn. C.D-K. frågade då om C.B. inte tyckte att det började luckras upp lite och fick svaret. ”Jo, men det tar nog hundra år till innan folk

tycker så.” Vidare sade C.B. att man för arbetet också måste vara hel och ren och ha håret uppsatt. C.D-K. blev chockad och kränkt av det uttalade men tackade för att C.B. tagit sig tid och gick därifrån. Vid samtalet nämndes inget om att tjänsten skulle ha tillsatts med annan.

C.D-K. kontaktade DO som tog upp ärendet. Förfarandet inleddes med att DO skriftligen ställde ett antal frågor till bolaget angående anställningsförfarandet. Av bolagets svar framgår inte att anledningen till det avbrutna anställningsförfarandet skulle vara att A.L.B. fått anställningen och DO bestrider bolagets påstående om att så skulle vara fallet. Det bestrids vidare att C.D-K. skulle ha fått något samtal om att tjänsten var tillsatt med annan. Anställningsförfarandet avbröts istället med direkt hänvisning till hennes klädsel och hennes muslimska tro.

Av bolagets svar framgår även att man aldrig hann förklara att bolaget har särskilda ”demo” kläder samt kepsar som uppdragsgivarna vill att demonstratorerna skall bära då de utför uppdrag. DO bestrider att bolagets agerande har grundats på någon sådan klädpolicy. I och för sig bestrids det inte att bolaget kan ha haft en klädpolicy men den nämndes inte vid mötet utan det är först i efterhand som bolaget har åberopat denna och gjort gällande att bolaget har haft skäl att anta att C.D-K. inte skulle följa denna. Grunden för bolagets agerande var således inte klädpolicy utan C.D-K:s klädsel som sådan och uppfattningen att människor i allmänhet inte tycker om denna klädsel. Klädpolicy skall också lämnas utan hänseende eftersom C.D-K. aldrig fick möjlighet att ta ställning till om hon var villig att följa den eller inte. Bolaget har därigenom tillämpat klädpolicy på ett osakligt och diskriminerande sätt. En klädpolicy måste även kunna anpassas till personliga förutsättningar, t.ex. bruket av huvudduk.

I bolagets svar till DO anges även att man inte hann fråga hur C.D-K. ställde sig till att äta eller demonstrera t.ex. pålägg av griskött. Denna fråga kom alltså inte upp vid mötet men det är en omständighet som har beaktats vid bolagets beslut och som är direkt diskriminerande eftersom den riktar sig direkt mot muslimer. I vart fall utgör detta kriterium indirekt diskriminering.

DO bestrider att bolagets agerande gentemot C.D-K. innebar ett beaktande av andra människors rätt att slippa religiösa manifestationer eller att agerandet varit grundat på sådana hänsyn. Bolaget avbröt anställningsförfarandet under hänvisning till att C.D-K. skulle vara bolagets ansikte utåt mot kunderna och att kunderna inte accepterade muslimsk huvudduk på en arbetsplats. Bolaget har inte gjort någon avvägning av vad som kan accepteras på en arbetsplats vad gäller religiös utövning eller haft någon policy för att religiösa manifestationer inte fick förekomma på arbetsplatsen. Bolagets påstående har inte stöd i faktiska omständigheter och är en ren efterhandskonstruktion. DO bestrider vidare att bärande av huvudduk över huvud taget utgör en religiös manifestation som kränker andra människors rätt och att ett sådant bruk utgör saklig grund för en arbetsgivare att avbryta ett anställningsförfarande. Vidare är det inte klart att det finns någon negativ religionsfrihet under ett anställningsförfarande då de

domar från Europadomstolen som rör denna fråga avser redan ingångna anställningar.

Det yrkade skadeståndet är skäligt då mänskliga rättigheter har blivit åsidosatta. Dessutom finns det förarbetsuttalanden om att skadestånden i mål om diskriminering skall vara högre än i mål angående lagen om anställningskydd.

Grunder

Bolaget har genom att avbryta anställningsförfarandet genom att ställa in anställningsintervjun och göra klart att C.D-K. inte heller i framtiden kunde komma ifråga för en timanställning på grund av sin klädsel och religiösa tillhörighet behandlat henne mindre förmånligt än bolaget behandlat eller skulle ha behandlat personer med annan etnisk tillhörighet i en likartad situation. På det sättet har bolaget missgynnat C.D-K. och missgynnandet har samband med hennes etniska tillhörighet. Bolaget har därigenom brutit mot förbuden mot etnisk diskriminering i 8 § jämförd med 10 § första punkten lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet.

Bolaget har dessutom brutit mot 8 § samma lag genom det uttalande som C.B. gjorde angående förekomsten av namnet Mohammed i Malmö. Detta uttalande är att bedöma som trakasserier på grund av religiös tillhörighet och omfattas direkt av 10 § första punkten.

Bolaget har även diskriminerat C.D-K. genom att ställa upp ett kriterium att sökanden måste kunna demonstrera och äta griskött. Kriteriet är direkt diskriminerande då det har en direkt koppling till islam. I andra hand görs gällande att det i vart fall är fråga om indirekt diskriminering enligt 9 § jämförd med 10 § första punkten.

Även om bolaget skulle haft fler anledningar att avbryta anställningsförfarandet är det tillräckligt att den arbetsökandes etniska tillhörighet är en av flera orsaker till särbehandlingen för att diskriminering skall anses föreligga.

Bolaget har dessutom genom brott mot 16 § jämförd med 17 § första punkten jämställdhetslagen (1991:433) gjort sig skyldigt till indirekt könsdiskriminering. Könsdiskrimineringen består i att bolaget har förklarat att en muslimsk huvudduk som bärs av kvinnor inte får bäras på arbetsplatsen och att en arbetssökande kvinna som bär sådan huvudduk inte kan antas ha möjlighet att uppfylla bolagets klädpolicy och därför skall förvägras en anställningsintervju. Bolagets klädpolicy och tillämpningen av denna framstår som könsneutrala men missgynnar i praktiken särskilt kvinnor som bär huvudduk. Bolagets tillämpning av klädpolicyen är inte heller lämplig eller nödvändig och kan inte motiveras av objektiva skäl.

Talerätt m.m.

DO bestrider bolagets yrkande om att talan enligt jämställdhetslagen skall avvisas på grund av bristande talerätt samt bestrider att talan utgör en otillåten taleändring.

Av 37 § lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet framgår att DO i samma rättegång som mål om etnisk diskriminering har möjlighet att föra annan talan som ombud för den enskilde. Detta gäller utan inskränkning till måltyp. De förarbetsuttalanden som anger att DO inte kan föra talan enligt jämställdhetslagen utan jämställdhetsombudsmannens, JämO:s, medverkan är obsoleta och står i strid med den nuvarande lagtexten. JämO har dessutom medgivit att DO för talan i denna del och därigenom medverkat i processen.

Påståendet om brott mot jämställdhetslagen är inte en taleändring utan endast en annan rättslig kvalificering av de omständigheter som redan från början funnits redovisade i målet.

DemÅPlock

Bolaget bedriver demonstrationer m.m. på uppdrag av olika tillverkare. Bolaget är beroende av sina uppdragsgivare. Uppdragen kommer ofta med kort varsel.

Bolagets regionchef, C.B., talade i telefon med C.D-K. den 30 maj 2002 angående en eventuell anställning och det beslutades att de skulle träffas dagen därpå. Någon exakt tid bestämdes inte. Tjänsten tillsattes dock före sammankomsten den 31 maj 2002 med A.L.B.. När tjänsten tillsattes hade bolaget inte träffat C.D-K. och hade ingen kännedom om hennes religion eller att hon bar huvudduk. Tillsättningen grundade sig helt på att A.L.B. hade bättre meriter än C.D-K. då hon hade arbetat hos bolaget tidigare och hade tillgång till bil.

Efter denna tillsättning har det inte funnits behov av ytterligare personal. Anledningen till detta är att bolagets omsättning minskat från 5 miljoner år 2001 till 3 miljoner år 2002. Minskningen av uppdrag har varit mycket kännbar i den aktuella regionen bestående av Skåne, Blekinge och Småland. C.D-K. har inte heller varit i kontakt med bolaget angående anställning efter den 31 maj 2002.

Det vitsordas att C.B. har uttalat sig som påstått angående namnet Mohammed, vilket hon gjorde för att visa att hon inte har något emot muslimer och att Mohammed är ett vanligt namn. Det vitsordas även att C.B. sagt till C.D-K. att denna inte skulle kunna ha sina kläder på sig om hon skulle demonstrera varor. Bolaget har en klädpolicy som innebär att demonstratrisen skall bära bolagets tröja, förkläde och keps om inte uppdragsgivaren tillhandahåller särskilda kläder. Tanken med dessa kläder är att demonstratrisen skall ha en neutral klädsel som inte tar bort uppdragsgivarens framtoning. Frågan om klädseln kom upp vid mötet och det hade vid detta tillfälle varit naturligt att C.D-K. redovisade sin inställning till klädseln, vilket hon inte gjorde.

Grunder

Bolaget har tillsatt tjänsten med annan utan att därvid missgynna C.D-K. på grund av hennes etniska tillhörighet eller hennes kön. Bolaget har inte heller efter tjänstetillsättningen missgynnat C.D-K. med anledning av hennes etniska tillhörighet.

Det bestrids att uttalandet om namnet Mohammed utgör diskriminering.

Det bestrids att C.D-K. skulle ha nekats anställning på grund av sin klädsel. Om det skulle visas att bolaget har beaktat C.D-K:s klädsel vid tillsättningen har man haft rätt därtill eftersom det har funnits skäl att anta att hon inte skulle komma att följa klädpolicy. Om det skulle visas att bolaget har beaktat C.D-K:s klädsel och inte har haft rätt till det på grund av sin klädpolicy har bolaget ändå haft rätt till detta då hon inte har kunnat utöva tjänsten med huvudduk utan att kränka andras rätt att slippa annans religiösa manifestation, s.k. negativ religionsfrihet.

Det bestrids att bolaget för anställning skulle ha ett krav att äta och demonstrera griskött. Om det skulle visas att ett sådant krav finns utgör dock inte detta etnisk diskriminering då det finns både muslimer och ickemuslimer som både äter och inte äter griskött. Av bolagets brev framgår inte heller något om orsaken till att denna fråga skulle vara av intresse eller vad följden av ett svar på frågan skulle vara.

Vad gäller påståendet om brott mot jämställdhetslagen har C.D-K. inte förvägrats anställning på grund av sin klädsel. Någon diskriminering på grund av huvudduken har således inte skett. Skulle det visas att så har skett utgör förfarandet ändå inte könsdiskriminering eftersom både kvinnor och män av olika religioner bär huvudbonad och kriteriet därmed är könsneutralt. Skulle kriteriet inte anses könsneutralt är det ändå tillåtet på grund av den negativa religionsfriheten.

För det fall att skadestånd skall utgå skall det bestämmas till ett betydligt lägre belopp än det yrkade då man inte kommer ifrån att handlandet från C.D-K:s sida har ett drag av provokation, eftersom hon endast uppgav sitt svenska efternamn vid telefonsamtalet och inte nämnde något om sin religion eller klädsel utan detta kom fram först vid det personliga sammanträffandet.

Talerätt m.m.

DO saknar behörighet att föra talan om brott mot jämställdhetslagen och talan skall därför avvisas i denna del. JämO:s talerätt är exklusiv och kan inte delegeras till DO. Inte kan heller JämO genom fullmakt ge DO behörighet att föra dess talan eftersom JämO inte är part i målet.

Vidare utgör påståendet om brott mot jämställdhetslagen en otillåten taleändring enligt 13 kap. 3 § rättegångsbalken och talan i denna del skall därför avvisas även på denna grund.

Domskäl*Tvisten*

Tvisten i målet gäller frågan huruvida bolaget har diskriminerat C.D-K. genom att avbryta anställningsförfarandet på grund av hennes etniska tillhörighet och kön samt genom att göra vissa påståenden.

Bakgrunden till tvisten utgörs av följande ostridiga förhållanden. Bolaget bedriver verksamhet med bl.a. demonstration och upplock av varor i butiker. Bolagets uppdragsgivare är olika matvaruproducenter. De som utför arbetet är ca 650 personer som är timanställda och arbetar vid behov. C.D-K. kontaktade C.B. i dennas egenskap av regionchef för bolaget eftersom hon var intresserad av att få arbete. C.B. hade inte möjlighet att tala just då men ringde upp C.D-K. i veckan därpå, den 30 maj 2002. C.B. berättade om arbetsuppgifterna och sade att hon hade behov av personal i veckorna 24-26. C.D-K. nämnde vid detta samtal ingenting om att hon är muslim och bär huvudduk. Hon och C.B. bestämde att de skulle träffas dagen därpå. Vid sammanträffandet, som skedde i en butik i Helsingborg, uttalade sig C.B. bl.a. på följande sätt. ”*Jag bryr mig inte om vad människor har för religion men du kan tyvärr inte ha de kläderna på dig då du ska ”dema”, ty du ska vara ansiktet utåt för våra kunder.*” C.D-K. frågade då ”*Tycker inte du att det börjar luckras upp lite?*” varvid C.B. svarade ”*Jo, men det tar nog hundra år till innan folk tycker så*”. Vidare sade C.B. att hon bodde i Malmö där det vanligaste namnet numera är Mohammed och att hon var van vid att möta folk från världens alla hörn och hade full förståelse för alla religioner. Mötet avslutades i anslutning till dessa uttalanden och därefter har inte C.D-K. och bolaget haft någon kontakt med varandra.

Uttalandena föranledde C.D-K. att ta kontakt med ombudsmannen mot etnisk diskriminering, DO. DO skrev till bolaget och ställde frågor om hur anställningsförfarandet hade gått till. Bolagets svar innehöll en redogörelse för förloppet, vari C.B. skrev bl.a. följande: ”*Jag hinner aldrig förklara att jag försökt nå henne samma förmiddag för att tala om att det inte var lönt att hon kom just då, eftersom A. nu är tillbaka. Eller att vi har speciella demokläder samt kepsar som våra kunder vill att vi ska bära då vi utför uppdrag till dessa. Hinner inte heller fråga hur hon ställer sig till att demonstrera t ex pålägg av griskött, och inte minst, om hon äter det...Eftersom jag vet att just dessa produkter återkommer ganska ofta.*”

DO har gjort gällande följande. Bolaget har avbrutit anställningsförfarandet vid mötet den 31 maj 2002 och orsaken till detta var C.D-K:s klädsel och religion. C.D-K. har på grund av detta missgynnats och missgynnandet har samband med hennes etniska tillhörighet. Bolaget har härigenom gjort sig skyldigt till etnisk diskriminering. Bolaget har även gjort sig skyldigt till etnisk diskriminering genom att uttala sig om förekomsten av namnet Mohammed samt uppställa ett kriterium om att de anställda skall kunna äta och demonstrera griskött. Bolaget har även gjort sig skyldigt till könsdiskriminering då bolagets klädpolicy innebär att huvudduk inte kan bäras på arbetsplatsen och detta kriterium särskilt drabbar kvinnor som bär huvudduk. DO har gjort gällande att DO har talerätt även i frågan om brott mot jämställdhetslagen och att återopandet av brott mot denna lag inte utgör en otillåten taleändring.

Bolaget har gjort gällande att något anställningsförfarande inte längre pågick vid sammanträffandet den 31 maj 2002 eftersom tjänsten då hade tillsatts med annan sökande. För det fall att det skulle visas att anställningsförfarandet fortgick har i vart fall inte C.D-K. missgynnats på grund av sin klädsel eller på annat sätt diskriminerats på grund av sin etniska tillhörighet eller sitt kön. Talan enligt jämställdhetslagen skall avvisas då DO saknar talerätt enligt denna lag och återopandet utgör en otillåten taleändring.

Utredningen i målet

Målet har avgjorts efter huvudförhandling. Vid denna har på DO:s begäran förhör under sanningsförsäkran hållits med C.D-K. samt på bolagets begäran hållits vittnesförhör med C.B. och A.L.B..

Talerätt

Regler om etnisk diskriminering finns i lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet. Av 37 § framgår att ombudsmannen mot etnisk diskriminering i tvist enligt lagen får föra talan för en enskild arbetstagare eller arbetssökande, om den enskilde går med på det och om ombudsmannen finner att en dom i tvisten är betydelsefull för rättstillämpningen eller det annars finns särskilda skäl för det. Om ombudsmannen finner det lämpligt får ombudsmannen i samma rättegång även föra annan talan som ombud för den enskilde. I lagtexten finns således ingen inskränkning i DO:s rätt att föra talan. I förarbetena till lagen (prop. 1997/98:177 s. 68) anges dock att denna bestämmelse överensstämmer med 17 § i den tidigare lagen (1994:134) mot etnisk diskriminering, i vars förarbeten följande uttalanden görs.

Innebörden av andra meningen i första stycket är att DO är behörig att föra talan också på annan grund och att framställa också annat yrkande än vad ombudsmannen kan göra enligt bestämmelserna i denna lag, under förutsättning att sådan annan talan enligt DO:s uppfattning bör föras i samma rättegång. Den lagstiftning som därvid kan komma i fråga torde främst vara bestämmelserna i LAS. I detta avseende skiljer sig bestämmelsen från mot-

svarande regel i jämställdhetslagen där JämO:s talerätt är inskränkt till att endast omfatta mål om könsdiskriminering. Självfallet bör det inte komma i fråga att DO åberopar jämställdhetslagens bestämmelser som grund utan JämO:s medverkan (prop. 1993/94:101 s. 100).

DO har gjort gällande att dessa förarbeten är obsoleta men har - för det fall att JämO:s medverkan krävs - lämnat in en skrift av den 4 juni 2003 från JämO med följande lydelse.

Härmed medger Jämställdhetsombudsmannen, JämO, att Ombudsmannen mot etnisk diskriminering i ovan angivet mål för talan om könsdiskriminering.

Bolaget har emellertid hävdad att JämO:s talerätt är exklusiv och med anledning av ovanstående skrift hävdad att talerätten inte kan delegeras till DO eller ges till DO genom fullmakt.

Det kan till en början konstateras att JämO:s talerätt inte är exklusiv utan är subsidiär i förhållande till arbetstagarorganisationernas rätt att föra talan för enskild (38 §). Sedan den ovan nämnda propositionen lades fram har även JämO:s talerätt utvidgats i linje med DO:s behörighet. Även JämO har således möjlighet att föra talan på annan grund än jämställdhetslagen. Också förarbetena till denna lagändring förutsätter att samråd sker mellan JämO och DO om JämO åberopar lagen om etnisk diskriminering som grund (prop. 1993/94:147 s. 57).

Av lagtexten kan inte annat utläsas än att DO har möjlighet att föra även annan talan i en tvist angående etnisk diskriminering utan någon inskränkning till vissa lagar. Förarbetena talar i och för sig om att det främst torde vara aktuellt att föra talan angående lagen om anställningsskydd, men detta utesluter naturligtvis inte att andra lagar kan bli aktuella. Arbetsdomstolen kan härigenom inte finna att DO skulle vara förhindrad att föra talan angående brott mot jämställdhetslagen. Det förhållandet att förarbetena förutsätter att en sådan talan sker med JämO:s medverkan innebär inte att DO för att ha talerätt måste visa att JämO medverkar i målet utan denna förutsättning får anses avse det inbördes förhållandet mellan JämO och DO. Bolagets yrkande om avvisning på grund av bristande talerätt skall därför ogillas.

Nya omständigheter enligt 13 kap. 3 § rättegångsbalken

När talan väcktes yrkade DO skadestånd endast på grund av etnisk diskriminering. Under målets förberedelse har DO även åberopat att bolaget brutit mot jämställdhetslagen. Bolaget har yrkat att denna grund skall avvisas då den utgör en otillåten taleändring.

Enligt 13 kap. 3 § rättegångsbalken får inte väckt talan ändras. Som ändring av talan anses dock inte, enligt tredje stycket, att käranden beträffande samma sak inskränker sin talan eller utan att saken ändras, åberopar ny omständighet till stöd för sin talan.

När käranden åberopar en ny rättsregel till stöd för sitt yrkande brukar oftast detta ske i förening med en modifiering av de åberopade omständigheterna. Tillåtligheten bör därvid bedömas enligt paragrafens tredje stycke. För det fall att det uteslutande rör sig om en av käranden påstådd annan rättslig bedömning av den åberopade grunden med samma rättsföljd som den yrkade har dock Högsta domstolen ansett att det inte har varit fråga om taleändring (se Fitger, Rättegångsbalken del 1, s. 13:30 och där anförda rättsfall). I detta fall har varken yrkandet eller de omständigheter som åberopats till stöd för yrkandet ändrats i och med åberopandet av jämställdhetslagen. Detta åberopande får därmed, som DO gjort gällande, anses vara endast en ny rättslig kvalificering av tidigare åberopade omständigheter. Därmed är det inte fråga om någon taleändring och talan är därför tillåten. Bolagets yrkande om avvisning på grund av otillåten taleändring skall därför ogillas.

Etnisk diskriminering - den rättsliga bakgrunden

De i målet tillämpliga bestämmelserna finns i lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet i dess lydelse före den 1 maj 2003, då lagen ändrades (2003:308) bl.a. på det sättet att den fick en ny rubrik, lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning.

Förbudet mot etnisk diskriminering gäller i ett flertal olika situationer i arbetslivet, bland annat när arbetsgivaren beslutar i en anställningsfråga, tar ut en arbetssökande till anställningsintervju eller vidtar annan åtgärd under anställningsförfarandet. För att diskriminering skall föreligga krävs inte att det har varit fråga om en avsiktlig diskriminering men det skall föreligga samband mellan missgynnandet och arbetstagarens eller arbetssökandens etniska tillhörighet. Det är tillräckligt att den etniska diskrimineringen är en av flera orsaker till behandlingen för att diskriminering skall anses föreligga (prop. 1997/98:177 s. 58f.).

Vad gäller bevisbördan i mål om diskriminering saknas regler i den nu tillämpliga lydelsen av lagen, men enligt förarbetena har det ansetts vara en lämplig avvägning att arbetstagaren eller arbetssökanden skall göra antagligt att diskriminering föreligger genom att styrka de faktiska omständigheterna. Om diskriminering på så sätt är antaglig är det därefter arbetsgivarens sak att styrka att det inte föreligger något samband mellan den etniska tillhörigheten och missgynnandet (prop. 1997/98:177 s. 41).

Etnisk tillhörighet

Det är ostridigt i målet att C.D-K. är troende muslim. Hon har således genom sin religion en etnisk tillhörighet på sätt som omfattas av lagen.

Pågående anställningsförfarande

Det framgår av 10 § lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet att lagen är tillämplig både på arbetstagare och arbetssökande. Enligt 10 § första punkten, som avser arbetssökande, gäller förbuden mot diskriminering när arbetsgivaren beslutar i en anställningsfråga, tar ut en sökande till

anställningsintervju eller vidtar annan åtgärd under anställningsförfarandet. Av detta framgår att ett anställningsförfarande måste fortgå för att lagen skall vara tillämplig på arbetssökande.

DO har gjort gällande att anställningsförfarandet fortfarande pågick när C.D-K. kom till butiken på förmiddagen den 31 maj 2002 medan bolaget har påstått att anställningsförfarandet då redan hade avslutats genom att A.L.B. hade fått de aktuella uppdragen kvällen innan.

C.B. har beträffande hur rekryteringen i bolaget går till uppgett följande. Hon har en lista med personer som kan arbeta som demonstratriser m.m. När hon får in ett uppdrag från en uppdragsgivare ringer hon till personerna på listan tills hon hittar någon som kan arbeta med det uppdraget. Om hon inte hittar någon på listan som har möjlighet att arbeta kan det bli aktuellt med extern rekrytering. Det vanligaste är att en person hör talas om bolaget från någon bekant och därefter kontaktar henne. Personalbehovet varierar mycket och med kort varsel.

Det är ostridigt i målet att ett anställningsförfarande inleddes genom de telefonkontakter som förevar mellan C.B. och C.D-K.. Av deras uppgifter framgår att det arbete som var aktuellt vid telefonsamtalet emellan var några timmars upplockning i veckan under veckorna 24-26 och ett längre demonstrationsarbete en dag i vecka 26. Av förhören med C.B. och A.L.B. framgår att de upplockningsuppdrag som kunde ha varit aktuella för C.D-K. tillsattes med A.L.B. istället. Den sistnämnda har inte kunnat bekräfta C.B:s uppgift om att hon även anställdes för demonstrationsarbetet i vecka 26, men har inte heller hållit det för omöjligt.

DO har ifrågasatt om tjänsten verkligen var tillsatt vid tiden för sammanträffandet eftersom C.D-K. varken före eller under mötet fick besked om detta. C.B. har förklarat bristen på underrättelse dels med att hon inte fick tag i C.D-K. när hon ringde kl. 9.40 den 31 maj 2002 och dels med att hon, i butiken, inför annan personal och kunder, inte ville berätta för C.D-K. att tjänsten var tillsatt med annan. I och för sig anser Arbetsdomstolen att det är märkligt att anse det mer känsligt att berätta att en tjänst tillsatts med annan sökande än att kommentera C.D-K:s klädsel. Förklaringarna är dock inte orimliga och Arbetsdomstolen kan inte finna att bristen på underrättelse talar med någon styrka för att tjänsten fortfarande skulle varit ledig den 31 maj 2002. Istället får C.D-K:s och A.L.B:s uppgifter om tillsättningen godtas och det får anses visat att de uppdrag som föreslogs för C.D-K. tillsattes med annan sökande före sammanträffandet den 31 maj 2002.

DO har dock, som det får förstås, gjort gällande att anställningsförfarandet pågick även efter det att A.L.B. fått uppdraget eftersom C.D-K. inte hade fått besked om tillsättningen och hon fortfarande hade kvar möjligheten att få andra timanställningar i bolaget. Det förhållandet att C.D-K. inte underrättats om tillsättningen ger visst stöd för att bolaget fortfarande var intresserat av att anställa henne för något framtida uppdrag. Det gör också C.B:s uppgifter om att hon, för det fall att hon inte hade träffat C.D-K. den aktuella dagen, hade haft för avsikt att ringa denna och säga att hon ville ta träffen vid något

senare tillfälle när hon skulle få behov av personal och träffa flera arbetsökande vid samma tidpunkt. Det får därmed anses utrett att bolaget, efter det att tjänsten hade tillsatts med annan, fortfarande ansåg C.D-K. som aktuell för en eventuell framtida anställning.

Avgörande för om ett anställningsförfarande fortfarande pågick vid tiden för sammanträffandet är därmed för det första hur man skall betrakta det förhållandet att bolaget fortfarande var intresserat av att eventuellt anställa C.D-K. i framtiden.

Det har framkommit i målet att demonstratriserna är timanställda och att C.B. ringer upp någon av dem som hon har uppsatt på sin lista när hon behöver personal till ett uppdrag. Varje sådant uppdrag är att betrakta som en tidsbegränsad anställning och mellan dessa uppdrag är inte demonstratriserna anställda i bolaget. Vid varje tillfälle som behov av personal uppstår och rekrytering genom telefonsamtal sker är det därför fråga om ett nytt anställningsförfarande. Att demonstratriserna är upptagna på listan innebär inte att de automatiskt betraktas som arbetsökande till varje ledig tjänst som kan uppkomma utan är snarare att jämföras med en förfrågan om ett ledigt arbete. Personer som har gjort en sådan förfrågan är enligt uttalanden i förarbetena till lagen inte att betrakta som arbetsökande och skyddas alltså inte av lagens regler (a. prop. s. 30).

Vid den aktuella tidpunkten var de enda lediga arbetstillfällena redan tillsatta. C.B. visste inte när hon skulle få behov av ny arbetskraft igen eftersom hon i första hand valde personer som redan fanns med på listan när hon fick in nya uppdrag. Detta innebär att det framstår som ytterst osäkert när C.D-K. skulle ha blivit aktuell för en träff om hon över huvud taget hade blivit det. Det skulle föra alltför långt att betrakta detta osäkra förhållande, som skulle kunna pågå under en mycket lång tid, som ett pågående anställningsförfarande. Arbetsdomstolen anser därför att den omständigheten att en arbetsgivare, efter att ha tillsatt den enda för närvarande aktuella tjänsten, fortfarande betraktar en sökande som möjligen lämplig för eventuellt kommande lediga tjänster inte i sig kan medföra att anställningsförfarandet består. C.D-K. är istället i det läget snarare att jämföras med de övriga demonstratriserna på listan – som alltså är att betrakta som personer som har anmält intresse alternativt gjort en förfrågan om ledigt arbete.

Den andra frågan att ta ställning till är om anställningsförfarandet ändå skall anses fortgå vid tiden för sammanträffandet genom att C.D-K. då inte hade underrättats om att tjänsten var tillsatt.

Ett vanligt förfarande torde vara att arbetsgivaren efter avslutad rekrytering ger sökandena besked om att tjänsten har tillsatts. Någon generell förpliktelse för arbetsgivaren att göra detta finns dock inte. För det fall att Arbetsdomstolen här skulle uttala att ett anställningsförfarande pågick till dess under rättelse lämnas till den sökande skulle det innebära att ett sådant krav indirekt ställdes på arbetsgivarna. Ett sådant krav skulle kunna bli orimligt betungande – särskilt i situationer med många sökande till korta anställningar,

t.ex. timanställningar – och för det fall att arbetsgivaren underlät att underätta sökandena skulle det kunna innebära att anställningsförfarandet pågick utan någon tidsgräns. Arbetsdomstolen finner inte att syftet med lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet är att på så sätt ge skydd åt arbetssökande även långt efter det att en tjänst tillsatts. Arbetsdomstolen anser därför att anställningsförfarandet inte heller kan anses bestå av den anledningen att någon underrättelse inte har lämnats till C.D-K..

Således har anställningsförfarandet enligt Arbetsdomstolens mening upphört i och med att tjänsten tillsattes med A.L.B. den 30 maj 2002. Det är ostridigt att det vid telefonkontakterna mellan C.B. och C.D-K. inte framkom att C.D-K. var muslim och bar huvudduk och att bolagets agerande innan det fick kännedom om C.D-K:s etniska tillhörighet inte kan utgöra diskriminering. De förhållanden som påstås utgöra diskriminering hänför sig istället till tiden efter anställningsbeslutet. Vid denna tid hade alltså anställningsförfarandet avslutats och förbuden mot direkt och indirekt diskriminering enligt lagen är inte tillämpliga. DO:s talan om brott mot lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet skall därför avslås.

Brott mot jämställdhetslagen

DO har gjort gällande att bolaget även brutit mot jämställdhetslagen då bolagets klädpolicy innebär att huvudduk inte kan bäras på arbetsplatsen och detta kriterium särskilt drabbar kvinnor som bär huvudduk. Bolaget har bestritt detta.

För att könsdiskriminering av arbetssökande skall föreligga krävs enligt 17 § jämställdhetslagen, liksom enligt lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, att ett anställningsförfarande fortfarande pågår. Enligt ovanstående hade anställningsförfarandet avslutats när C.B. fällde kommentarerna om C.D-K:s klädsel. Indirekt diskriminering skulle dock kunna föreligga om DO visar att bolaget, under rekryteringen, genom sin klädpolicy, har tillämpat ett kriterium, som framstår som neutralt men i praktiken missgynnar kvinnor. Emellertid är det ostridigt att bolaget inte hade kännedom om C.D-K:s klädsel och religion när A.L.B. tillsattes på tjänsten och anställningsförfarandet därmed avslutades. Detta innebär att bolagets klädpolicy inte har påverkat beslutet och förfarandet kan därmed inte utgöra brott mot jämställdhetslagen. DO:s talan om brott mot jämställdhetslagen skall därför avslås.

Sammanfattning och rättegångskostnader

DO:s yrkande skall på grund av ovanstående avslås. Vid denna utgång skall DO ersätta bolaget för dess rättegångskostnader. DO har vitsordat det yrkade beloppet.

Domslut

1. Arbetsdomstolen lämnar DemÅplock i Göteborg AB:s yrkande om avvisning utan bifall.

2. Arbetsdomstolen lämnar Ombudsmannen mot etnisk diskriminerings talan utan bifall.

3. Arbetsdomstolen förpliktar Ombudsmannen mot etnisk diskriminering att ersätta DemÅplock i Göteborg AB dess rättegångskostnad med nittiofemtusenfyrahundrasextioen (95 461) kr, varav 87 000 kr för ombudsarvode jämte ränta enligt 6 § räntelagen på det förstnämnda beloppet från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Hans Tocklin, Inger Andersson, Bo Jangenäs, Carl Magnus Pontén, Ola Bengtson, Hans Wahlström och Lars E. Rabenius. Enhälligt.

Sekreterare: Katarina Berglund Siegbahn