

Sammanfattning

En man med bosnisk bakgrund sökte inom angiven ansökningstid en utannonserad anställning hos ett bolag. När mannens ansökan inkom hade bolaget redan avslutat rekryteringsförfarandet och anställt en person av svenskt ursprung. I tvist om etnisk diskriminering uppkommer frågan om mannen var arbetssökande i den mening som avses i lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet.

ARBETSDOMSTOLENDOM
2005-04-27
StockholmDom nr 47/05
Mål nr B 54/04**KLAGANDE**

N.K. i NORRKÖPING

Ombud: förbundsjuristen Martin Wästfelt, Sveriges Kommunal tjänstemannaförbund (SKTF), Box 7825, 103 97 STOCKHOLM

MOTPARTNor Di Cuhr Aktiebolag, 556509-3175, Järngatan 21-23,
602 23 NORRKÖPING

Ombud: advokaten Tomas Abrahamsson, Advokatfirman NJB Norrköpings Juridiska Byrå AB, Bråddgatan 14, 602 22 NORRKÖPING

SAKEN

Skadestånd på grund av etnisk diskriminering

ÖVERKLAGAD DOM

Norrköpings tingsrätts dom 2004-03-22 i mål nr T 1795-03

Tingsrättens dom, se bilaga.

N.K. har yrkat att Arbetsdomstolen skall bifalla hans vid tingsrätten förda talan samt befria honom från skyldigheten att ersätta Nor Di Cuhr Aktiebolags (bolaget) rättegångskostnader vid tingsrätten och i stället förplikta bolaget att ersätta hans rättegångskostnader där.

Bolaget har bestritt ändringsyrkandena.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i Arbetsdomstolen.

Målet har avgjorts efter huvudförhandling. Vid denna har N.K. och R.U. hörts på nytt under sanningsförsäkran samt förnyade vittnesförhör hållits med E.L., R.S-H. och S.U. N.K. har åberopat samma skriftliga bevisning som vid tingsrätten.

Parterna har till utveckling av sin talan anfört i huvudsak detsamma som finns antecknat i tingsrättens dom.

N.K. har utöver vad som framgår av tingsrättens dom anfört följande. Anställningsförfarandet var inte avslutat när hans ansökan inkom till bolaget eftersom bolaget inte tillkännagav sitt beslut att avbryta detta i förtid. För det fall anställningsförfarandet skall anses avslutat genom beslutet att anställa L.H. gör han gällande att detta beslut på grund av de urvalskriterier som tillämpats i sig varit etniskt diskriminerande och därmed inte kan anses

godtagbart. Han bestrider också att det föreligger ett orsakssamband mellan R.U:s och S.U:s sjukskrivningar och bolagets beslut att anställa L.H.

Domskäl

Tvisten mellan parterna gäller om bolaget i samband med det anställningsförfarande som bolaget genomförde för anställning av en kontorist har diskriminerat N.K. på grund av hans etniska tillhörighet.

De i målet tillämpliga bestämmelserna finns i lagen (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning. Arbetsdomstolen har i detta fall att tillämpa lagen i dess lydelse före den 1 juli 2003. Lagen benämndes då lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet. Etnisk diskriminering är enligt lagen förbjuden i ett antal olika situationer i arbetslivet, bl.a. när en arbetsgivare vidtar åtgärder under ett anställningsförfarande. Lagen skiljer mellan direkt och indirekt diskriminering.

Enligt 8 § får en arbetsgivare inte missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att behandla honom eller henne mindre förmånligt än arbetsgivaren behandlar eller skulle ha behandlat personer med annan etnisk tillhörighet i en likartad situation, om inte arbetsgivaren visar att missgynandet saknar samband med etnisk tillhörighet (direkt diskriminering). Vidare får en arbetsgivare enligt 9 § inte missgynna en arbetssökande eller arbetstagare genom att tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som i praktiken särskilt missgynnar personer med en viss etnisk tillhörighet (indirekt diskriminering). Detta gäller dock inte om syftet med bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet kan motiveras av sakliga skäl och åtgärden är lämplig och nödvändig för att syftet skall uppnås.

Som framgått avser lagen att skydda både arbetstagare och arbetssökande. Förbuden mot diskriminering av arbetssökande gäller enligt 10 § första stycket när arbetsgivaren beslutar i en anställningsfråga, tar ut en arbetssökande till anställningsintervju eller vidtar annan åtgärd under anställningsförfarandet. Härav följer att ett anställningsförfarande måste pågå för att förbuden i 8 och 9 §§ skall vara tillämpliga på arbetssökande. Ett anställningsförfarande avslutas normalt genom att anställning sker. Det kan också avslutas genom att rekryteringen avbryts utan att någon av de arbetssökande anställs. Åtgärden att avbryta ett rekryteringsförfarande utan att anställa någon av de sökande kan angripas med stöd av lagen (se t.ex. AD 2005 nr 3).

För att erhålla skydd under anställningsförfarandet krävs som grundläggande förutsättning att den som gör gällande diskriminering är att anse som arbetssökande. Den som enbart gjort en förfrågan om en ledig tjänst är inte att betrakta som arbetssökande och skyddas inte av lagens regler (se prop. 1997/98:177 s. 30).

Rimligen kan endast den som sökt ett arbete vid tiden för anställningsförfarandet vara arbetssökande i lagens mening. Den vars ansökan kommit

arbetsgivaren till handa först sedan ett anställningsförfarande avslutats är således inte att anse som arbetssökande och äger därmed inte skydd enligt lagen.

Av utredningen i målet framgår att den utannonserade anställningen som kontorist redan var tillsatt med L.H. och att bolaget således avslutat rekryteringsförfarandet när N.K:s ansökan inkom till bolaget. N.K. har dock gjort gällande att anställningsförfarandet skall anses ha pågått vid tiden för hans ansökan eftersom bolaget inte tillkännagivit sitt beslut att avbryta rekryteringsförfarandet i förtid, dvs. före det datum – den 15 augusti 2002 – som angetts som sista ansökningsdag i bolagets annons.

En arbetsgivare torde i de flesta fall invänta utgången av angiven ansökningstid innan ett rekryteringsförfarande avslutas. Någon generell skyldighet för privata arbetsgivare att göra detta finns dock inte. Inte heller finns det någon förpliktelse för en sådan arbetsgivare att tillkännage att ett rekryteringsförfarande tidigarelagts. I princip står det sålunda arbetsgivaren fritt att – som bolaget gjort i förevarande fall – anställa en sökande och därmed avsluta ett rekryteringsförfarande innan ansökningstiden gått till ända. Det kan i sammanhanget nämnas att det inte ens finns någon skyldighet för en arbetsgivare att efter avslutad rekrytering underrätta sökandena om att en tjänst har tillsatts. Arbetsdomstolen har i domen AD 2003 nr 63 konstaterat att ett anställningsförfarande inte kan anses fortgå av den anledningen att någon sådan underrättelse inte lämnats till sökanden.

Arbetsdomstolen finner, mot den nu angivna bakgrunden, att det förhållandet att bolaget inte gett till känna att rekryteringsförfarandet avslutats i förtid inte kan föranleda att anställningsförfarandet skall på sätt N.K. hävdar anses ha pågått även efter det att det att rekryteringen avslutats.

Anställningsförfarandet har således upphört i och med att tjänsten tillsattes med L.H. N.K., vars ansökan inkom i tiden därefter, har därmed inte varit arbetssökande i lagens mening. Lagens diskrimineringsförbud är därför inte tillämpliga.

N.K:s talan skall mot bakgrund härav, som även tingsrätten funnit, ogillas.

Rättegångskostnader

Vid denna utgång skall N.K. förpliktas ersätta bolaget för dess rättegångskostnader i Arbetsdomstolen. Om beloppet råder inte tvist.

Domslut

1. Arbetsdomstolen fastställer tingsrättens domslut.
2. Arbetsdomstolen förpliktar N.K. att ersätta Nor Di Cuhr Aktiebolag för dess rättegångskostnader i Arbetsdomstolen med trettiofemtuseniohundraåtta (35 908) kr, varav 30 000 kr avser ombudsarvode, jämte

ränta enligt 6 § räntelagen på det förstnämnda beloppet från dagen för denna dom tills betalning sker.

Ledamöter: Inga Åkerlund, Ulla Erlandsson, Kurt Eriksson, Anders Sandgren, Anders Hagman, Staffan Holmertz och Lena Maier. Enhälligt.

Sekreterare: Stefan Lundstig

Tingsrättens dom (ledamöter: Lars Dahlstedt, Johan Östling och Magnus Dahlberg)

YRKANDEN M.M.

N.K. kom till Sverige från Bosnien år 1993 och är aktivt arbetssökande. Nor Di Cuhr AB är ett fåmansbolag som driver bilverkstad med sju anställda inklusive företagsledaren R.U. Den 15 juli 2002 annonserade bolaget genom Arbetsförmedlingens internettjänst om att bolaget sökte en ”kontorist med erfarenhet av bokföring, SPCS, kundreskontra, leverantörsreskontra, in- och utbetalningar”. Som sista ansökningsdag angavs den 15 augusti 2002. Tjänsten söktes den 8 augusti av K., som den 19 augusti tillställdes ett besked att den hade tillsatts med en annan sökande.

N.K. har yrkat förpliktelse för bolaget att enligt 16 § lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet betala skadestånd till honom för brott mot 8 och 9 §§ samt 10 § 1 st 1 p samma lag med 150 000 kr jämte ränta enligt 4 och 6 §§ räntelagen (1975:635) från dagen för delgivning av stämning i målet (den 9 juli 2003).

Nor Di Cuhr AB har bestritt yrkandet.

Parterna har fordrat ersättning för rättegångskostnader.

N.K. har till utveckling och som grund för sin talan anfört:

Efter beskedet om att tjänsten blivit tillsatt med en annan sökande vände han sig till byrån mot etnisk diskriminering i Norrköping och begärde att få ut meriterna avseende den person som fick tjänsten. Sedan bolaget vägrat efterkomma denna begäran beslöt Ombudsmannen mot etnisk diskriminering (DO) att bolaget vid vite av 10 000 kr skulle lämna skriftlig uppgift om vilken utbildning, yrkeserfarenhet och andra meriter den har som fick tjänsten. Bolaget överklagade DO:s beslut till nämnden mot diskriminering. Den 17 april 2003 beslutade nämnden att avslå överklagandet. Härefter har bolaget inkommit med uppgift till DO om utbildning och arbetslivserfarenhet för den person som fick tjänsten. I skriftväxlingen mellan DO och bolaget har bolaget tidigare uppgett att den person som fick tjänsten hade följande meriter: ”Kvinna, blond, trevlig och utrustad med en personkemi som väl överensstämmer med arbetsgivarens och övriga anställda på arbetsplatsen”. Bolaget uppgav även att skriftliga uppgifter saknades om vilken utbildning, yrkeserfarenhet och andra meriter som den person har som fick arbetet och

vidare att dessa uppgifter saknade betydelse då de avgörande meriterna för anställningsbeslutet var de som ovan angivits.

Han är 55 år och kom till Sverige från Bosnien 1993 och är sedan 1994 bosatt i Norrköping. I forna Jugoslavien studerade han vid ekonomisk och juridisk fakultet i sex år och arbetade sedan först som gymnasielärare bl.a. i företagsekonomi och därefter som regionchef vid försäkringsbolag i 18 år. Högskoleverket har vid jämförelse av utländsk högskoleutbildning med svensk bedömt att studierna vid ekonomisk fakultet motsvarar knappt 150 poäng på svensk högskolenivå. I Sverige har han genomgått kommunal vuxenutbildning. Han har vidare arbetat inom ett treårigt arbetsmarknadsprojekt i Norrköping, bl.a. som datahandledare.

Bolaget anförde vid lokal tvisteförhandling den 21 mars 2003 samma argument till Sveriges Kommunal tjänstemannaförbund som anförts till DO såvitt avser skyldigheten att lämna uppgifter om den person som fick tjänsten. Härutöver menade bolaget att något brott mot diskrimineringsförbuden inte skett eftersom tjänsten redan var tillsatt då hans ansökan inkom.

Bolaget har i sitt beslut att inte anställa honom behandlat honom mindre förmånligt än den person som fick tjänsten. Även i sitt beslut att inte ta ut honom till anställningsintervju, alternativt att innan ansökningstidens utgång avbryta anställningsförfarandet, har bolaget behandlat honom mindre förmånligt än den person som fick tjänsten. Allt detta beror på hans etniska tillhörighet.

Missgynnandet består i att han inte har fått tjänsten eller att han fått minskad möjlighet eller helt gått miste om möjligheten att komma ifråga för tjänsten.

Han har bättre meriter än den person som fick tjänsten eller i vart fall likvärdiga meriter med henne.

Några godtagbara förklaringar till varför han inte fått tjänsten, inte ens tagits ut till intervju eller varför anställningsförfarandet avbrutits i förtid har inte lämnats.

Bolaget har härigenom gjort sig skyldigt till direkt diskriminering enligt 8 § lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet och därmed ådragit sig skyldighet att utge allmänt skadestånd jämlikt 16 § samma lag.

Alternativt har bolaget i sina beslut under anställningsförfarandet missgynnat honom på ett sätt som innebär indirekt diskriminering enligt 9 § samma lag genom att uppställa ett kriterium avseende hårfärg som särskilt missgynnar personer med annan etnisk tillhörighet. Några sakliga skäl som motiverar kriteriet har inte angivits.

Bolaget har anfört:

R.U. startade företaget Nor Di Cuhr (Nordic U.) 1994. Han var tidigare anställd som chefsmekaniker vid Saab. Nor Di Cuhrs verksamhet avser i

huvudsak bilförädling i form av styling och trimning av bilar, men bolaget genomför också mer traditionella verkstadsarbeten och har kunder både i utlandet och i Sverige. Bolagets styrelse består av R.U., som också är verkställande direktör, dennes son R. samt två externa styrelsemedlemmar. I bolaget arbetar därutöver R.U:s andre son, en brorson, två kamrater till sönerna, samt L.H. som fick anställning genom det i målet aktuella anställningsförfarandet. L.H:s arbetsuppgifter är att sköta bolagets bokföring. Tidigare arbetade även R.U:s hustru S. i bolaget.

Tidigare hade bolagets tjänster alltid tillsatts utan särskild annonsering. Bolaget har inga fasta rutiner för anställningsförfarande och har inte heller någon personalavdelning.

Vid tiden för anställningsförfarandet var R.U. sjukskriven på heltid och inlagd på sjukhus. Hans hustru var sjukskriven på halvtid och bolaget behövde snabbt anställa en person som kunde sköta bokföringen.

Bolaget uppställde inte kriterier som innebar att sökanden skulle vara en blond kvinna och utrustad med en personkemi som överensstämde med arbetsgivaren och övriga anställda på arbetsplatsen. Förvisso var man dock intresserad av att anställa en kvinna eftersom arbetsplatsen dominerades av män, men formuleringen härstammar från ett oövertänt uttalande från R.U. vid ett telefonsamtal med E.L. vid Byrån mot etnisk diskriminering. Formuleringens innebörd har inte legat till grund för anställningen. L.H. är visserligen en kvinna men hon är inte blond och tjänsten var redan tillsatt när telefonsamtalet med E.L. ägde rum.

R.U:s uttalande var betingat av att E.L. hade efterfrågat L.H:s meriter och att R.U. därvid, eftersom ansökningshandlingarna hade återlämnats, inte ansåg sig kunna besvara frågan på annat sätt än att göra en allmän beskrivning av kvinnan. Den bakomliggande orsaken till beskrivningen var att man inte så mycket hade fäst sig vid formella meriter som till att det var en person som han och S.U. fattat tycke för och ansåg sig kunna samarbeta med. R.U. hade vid samtalet med E.L. ännu inte förstått innebörden av 11 § lagen om åtgärder mot etnisk diskriminering. Sedan han genom Nämndens mot etnisk diskriminering beslut den 17 april 2003 kommit till insikt härom lät han upprätta en skriftlig uppgift om vilken utbildning, yrkeserfarenhet och andra meriter som L.H. har samt översände denna till K.

L.H:s ansökan var en av de fem eller sex första som granskades. Man beslöt sig för att anställa henne redan omkring den 20 juli 2002. Därefter inkom ytterligare omkring 30 ansökningar som följaktligen inte blev granskade utan lagda på hög tills de den 19 augusti återsändes till sökandena med samma besked som till K. att tjänsten hade tillsatts med en annan sökande.

Det finns ingen legal skyldighet för en arbetsgivare att fullfölja ett anställningsförfarande och bolaget hade därmed fri rätt att avbryta förfarandet före ansökningstidens utgång. Dessutom hade bolaget godtagbara skäl att avbryta detta. Om tingsrätten skulle finna att bolaget saknade rätt att avbryta förfarandet innan ansökningstiden gått ut, görs gällande att det

faktum att förfarandet avbröts inte innebar att N.K. diskriminerades på grund av sin etniska tillhörighet. Eftersom K:s kompetens låg på en för hög nivå hade han inte kommit i fråga för en anställning även om förfarandet fortgått under hela ansökningstiden.

Bolaget har inte p.g.a. K:s etniska tillhörighet behandlat denne mindre förmånligt än den person som fick tjänsten. Inte någon åtgärd eller något övervägande i anställningsförfarandet har varit beroende av K:s etniska tillhörighet. K:s ansökan och därmed dennes etniska tillhörighet var ju helt okänd för bolaget under anställningsförfarandet. Direkt diskriminering föreligger således inte.

Någon indirekt diskriminering föreligger inte heller då bolaget aldrig uppställt något kriterium rörande påstådd hårfärg. Inte heller har i verksamheten eller anställningsförfarandet uppställts något annat kriterium som skulle kunna missgynna någon med viss etnisk tillhörighet.

För det fall tingsrätten skulle finna att diskriminering förekommit i något avseende, skall skadeståndet jämkas till noll. Detta i anledning av att företrädare för arbetsgivaren varken insett eller borde ha insett någon diskriminerande effekt av att avbryta anställningsförfarandet.

DOMSKÄL

N.K. och R.U. har hörts under sanningsförsäkran. På K:s begäran har vittnesförhör hållits med E.L., angående R.U:s yttrande, och med R.S-H., beträffande K:s kompetens. På bolagets begäran har vittnesförhör hållits med S.U., angående skälen till att anställningsförfarandet avbröts och L.H. anställdes. Härutöver har K. åberopat viss skriftlig dokumentation avseende sina meriter.

Av vad som förekommit i målet har ostridigt framgått att N.K. genom anställningsförfarandets avbrytande blivit missgynnad eftersom hans ansökan inte blivit prövad. Det har dock inte framkommit någon omständighet som ger anledning till antagande att detta avbrytande betingats av något önskemål att hålla K., eller andra invandrare, utanför anställningsprövningen. Bolagets skäl att avbryta ansökningsperioden och anställa L.H. framstår som fullt godtagbara. Tingsrätten finner således inte visat att missgynnandet av N.K. vare sig direkt eller indirekt haft något samband med hans etniska tillhörighet. Käromålet skall därför ogillas.

DOMSLUT

1. Käromålet ogillas.
2. N.K. skall ersätta Nor Di Cuhr AB för rättegångskostnad med tjugofemtusen (25 000) kr avseende ombudsarvode jämte ränta från denna dag tills betalning sker enligt en räntefot som motsvarar den vid varje tid gällande referensräntan enligt 9 § räntelagen (1975:635) med tillägg av åtta (8) procentenheter.