

Fråga om en arbetstagare tillika arbetssökande, som var kraftig överviktig, har utsatts för diskriminering då han nekades plats på grundutbildningen till kriminalvårdare och därmed sammanhängande anställning. Tvisten har rört bl.a. om arbetsgivaren felaktigt förmodat att hans övervikt/fetma inneburit en funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen, om han var i en jämförbar situation med de sökande som antogs och om beslutet att neka honom en av utbildningsplatserna hade något samband med hans fetma.

ARBETSDOMSTOLENDOM
2018-02-21
StockholmDom nr 11/18
Mål nr A 21/17**KÄRANDE**

Industrifacket Metall, 105 52 Stockholm
Ombud: förbundsjuristen Marie Nordström, LO-TCO Rättsskydd AB,
Box 1155, 111 81 Stockholm

SVARANDE

Staten genom Arbetsgivarverket, Box 3267, 103 65 Stockholm
Ombud: arbetsrättsjuristerna Hanna Schmidt och Carl Durling,
Arbetsgivarverket, Box 3267, 103 65 Stockholm

SAKEN

diskrimineringsersättning

Bakgrund

E.A. hade, under perioden april 2015–september 2016, flera på varandra följande tidsbegränsade anställningar som kriminalvårdare hos staten vid Kriminalvården i Mariestad. Han sysselsattes i arbete som omfattas av kollektivavtalet KV-Alfa, vilket staten genom Kriminalvården är bundet av. Han är medlem i Industrifacket Metall (förbundet).

Hos Kriminalvården finns en grundutbildning till kriminalvårdare som anordnas en gång per halvår. Utbildningen är nationell och ges på sex orter i landet, däribland Mariestad. Under utbildningen är kursdeltagarna tidsbegränsat anställda som kriminalvårdare.

E.A. ansökte under våren 2016 – när han var tidsbegränsat anställd som kriminalvårdare – till grundutbildningen i Mariestad hösten 2016. I juni 2016 fick han beskedet att han inte hade antagits. E.A. var vid den aktuella tiden kraftigt överviktig.

Twist har uppkommit mellan parterna om staten, genom att neka honom plats på grundutbildningen och den därmed sammanhängande anställningen, har diskriminerat E.A. i strid med diskrimineringslagen. Parterna är oense i flera frågor, bl.a. om staten med anledning av E.A:s övervikt förmodat att han hade en funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen, ett förmodande som parterna i så fall är ense om var felaktigt, och om beslutet att neka honom en av utbildningsplatserna haft något samband med hans övervikt.

Parterna har tvisteförhandlat utan att kunna enas.

Yrkanden

Förbundet har yrkat att Arbetsdomstolen ska förplikta staten att till E.A. betala diskrimineringsersättning med 150 000 kr jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämning, den 9 mars 2017, till dess betalning sker.

Om Arbetsdomstolen skulle finna det tveksamt om E.A. omfattades av skydd mot diskriminering som har samband med diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning har förbundet yrkat att Arbetsdomstolen ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Staten har bestritt käromålet. Staten har inte vitsordat något belopp avseende diskrimineringsersättning, men sättet att beräkna ränta. Staten har även bestritt yrkandet om att Arbetsdomstolen ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

Till utveckling av talan har parterna anfört i huvudsak följande.

Förbundet

E.A:s anställningar

E.A. visstidsanställdes den 13 april 2015 som kriminalvårdare hos Kriminalvården i Mariestad och hade därefter flera på varandra följande tidsbegränsade anställningar. Det var både vikariat och allmänna visstidsanställningar.

Kriminalvården i Mariestad består av en öppen anstalt, Rödjan, och en sluten anstalt, Johannesberg, samt ett häkte. E.A. arbetade under sin tid som kriminalvårdare ungefär tio procent på Rödjan, 30 procent på Johannesberg och 60 procent på häktet.

E.A. ansökte våren 2016, under pågående anställning, till den grundutbildning till kriminalvårdare som skulle hållas i Mariestad under hösten 2016. Han kallades till intervju som hölls den 27 maj 2016. Den 15 juni 2016 fick han beskedet att han inte hade antagits till utbildningen och att han inte heller skulle erbjudas en förnyad tidsbegränsad anställning när hans anställningstid löpte ut. Hans anställning hos Kriminalvården upphörde den sista september 2016.

Grundutbildning till kriminalvårdare

Grundutbildningen till kriminalvårdare omfattar ca 20 veckor och innehåller praktiska och teoretiska moment. Utbildningen innehåller bl.a. en baskurs,

benämnd Kriminalvårdskurs Bas. I den ingår en självskyddsdel, med säkerhet och konflikthantering, i 20 timmar. Av dessa 20 timmar innehåller tolv timmar försvars- och frigörandetekniker.

Huvudsyftet med grundutbildningen är att förbereda medarbetarna såväl teoretiskt som praktiskt för det klientnära kriminalvårdsarbetet. Syftet är vidare att stärka den personliga kompetensen och utveckla de egenskaper som uppdraget kräver.

Examination kan ske i olika former. Den kan vara skriftlig eller muntlig och individuell eller i grupp. En kursdeltagare som inte blivit godkänd i ett visst moment när grundutbildningen avslutas får möjlighet att komplettera. Detta gäller även för momentet självskydd. Betygsättning görs utifrån en nationell bedömningsmall. Kursdeltagarna får kontinuerlig återkoppling och en individuell plan tas fram vid behov.

Den aktuella ansökningsomgången

Intervju den 27 maj 2016

E.A. hade ansökt till grundutbildningen hösten 2016 och kallades till intervju, som genomfördes den 27 maj 2016. Intervjun hölls av kriminalvårdschefen B-M.J., med en rekryterare närvarande.

Vid intervjun användes en skriftlig intervjuguide. En fråga i guiden rör hälsa och den sökande uppmanas bl.a. att berätta om hur han eller hon upplever sin fysiska respektive psykiska hälsa. I samband med att E.A. fick den frågan berättade han om sitt viktproblem och att han funderade på att genomgå en gastric bypass-operation.

E.A. vägde vid den aktuella tiden 159 kg och hade ett BMI strax under 50. Övervikten var därmed, enligt definition av Världshälsoorganisationen (WHO), att klassificera som fetma.

Möte den 15 juni 2016

Efter intervjun hölls ett återkopplingsmöte den 15 juni 2016. Vid mötet var, förutom B-M.J., även personalhandläggaren V.J. närvarande. Det var ett kort möte, som varade ca tio minuter. B-M.J. meddelade E.A. att han inte hade antagits till utbildningen. Hon sa att han på grund av sin övervikt inte skulle klara av den fysiska delen kring självförsvar under utbildningen. Hon sa även att han var välkommen tillbaka om han gick ner i vikt.

Det är riktigt, som staten anför, att B-M.J. också sa till E.A. att han under intervjun inte hade svarat korrekt på en fråga om vad den anställda ska göra i samband med ett larm på arbetsplatsen. B-M.J. kan då ha sagt att E.A. inte hade svarat på ett tillräckligt reflekterande sätt. Det huvudsakliga skälet som B-M.J. uppgav, till att E.A. nekades utbildningsplatsen, var dock att han till följd av sin övervikt inte skulle klara av självskyddsmomentet som ingår i utbildningen.

Lokalt samverkansmöte den 10 juni 2016

Redan före mötet den 15 juni 2016 hade B-M.J., vid ett lokalt samverkansmöte den 10 juni 2016, informerat om att sex personer antagits till höstens grundutbildning och att E.A. inte var en av de antagna av skäl som hade samband med hans övervikt. Den dåvarande lokala klubbordföranden för Seko, P.A., var närvarande på samverkansmötet.

Efter mötet den 15 juni 2016

E.A. berättade efter mötet den 15 juni 2016 för skyddsombudet I.A. att han på grund av sin övervikt nekats plats på grundutbildningen. I.A. konfronterade B-M.J. med anledning av detta. B-M.J. bekräftade då E.A:s uppgifter om vad hon sagt om hans övervikt och förmåga att klara den fysiska utbildningsdelen.

Något vecka efter återkopplingsmötet sökte B-M.J. upp E.A. för att förklara arbetsgivarens beslut att neka honom utbildningsplatsen. B-M.J. uppgav då för honom åter igen att han på grund av övervikt inte skulle klara av den fysiska delen i utbildningen.

Jämförbar situation

E.A. var i en jämförbar situation med de sex personer som antogs till grundutbildningen.

E.A. uppfyllde de krav som ställdes i annonsen. Han har en treårig gymnasieutbildning från fordonsprogrammet. Han har körkort, goda kunskaper i svenska språket i såväl tal som skrift samt mycket god datorvana. Vid tiden för ansökan våren 2016 hade han arbetat som kriminalvårdare sedan april 2015. Dessförinnan hade han arbetat inom fordonsindustrin sedan sommaren 2005. Han var också personligt lämpad för arbetet som kriminalvårdare. Han hade under sin anställning hos Kriminalvården inte fått några klagomål eller synpunkter på eventuella brister i personlig lämplighet för arbetet eller i sitt sätt att utföra arbetet.

E.A. var i en jämförbar situation såvitt avsåg fysiska förutsättningar att genomföra arbetet. Det bestrids att E.A., såsom staten har gjort gällande, inte var i en jämförbar situation såvitt avsåg personlig lämplighet för arbetet.

De som antogs till utbildningen var A.B., E.S., S.A., A.Be., R.P. och K.T.

A.B. och E.S. var externt sökande. Båda saknade erfarenhet från arbete som kriminalvårdare och ingen av dem hade någon meriterande arbetslivserfarenhet i övrigt. De hade motsvarande utbildning som E.A. Med beaktande av E.A:s erfarenhet av arbete som kriminalvårdare var han mer meriterad än A.B. och E.S. I vart fall var han minst lika meriterad som dessa två.

De externt sökande som togs ut till intervju, intervjuades vid två tillfällen. E.A. fick, som internt sökande, möjlighet att utveckla sina svar vid enbart ett intervjutillfälle. I den av arbetsgivaren ifyllda intervjuguiden i hans fall finns ingenting ifyllt i de rutor som avser frågor om personliga egenskaper m.m., vilket talar emot statens påstående att arbetsgivaren vid intervjun fäst särskild vikt vid den typen av frågor.

Felaktigt förmodad funktionsnedsättning

Fetma som sådan är inte en funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening eller enligt Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling (arbetslivsdirektivet).

Om en arbetstagares fetma, under givna omständigheter, medför en begränsning till följd av bl.a. fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare, och denna begränsning varar under lång tid, kan ett sådant tillstånd dock omfattas av begreppet funktionsnedsättning i arbetslivsdirektivets mening. Därmed kan fetma i vissa fall omfattas av diskrimineringsgrundens funktionsnedsättning i diskrimineringslagen.

E.A:s övervikt innebar inte en sådan begränsning av hans funktionsförmåga att det var fråga om en funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen. E.A. skulle ha klarat av självskyddsmomentet i utbildningen. Under introduktionen inför arbetet som tidsbegränsat anställd kriminalvårdare genomgick han utan problem utbildning i självförsvar under en dag. I utbildningen ingick bl.a. att lära sig att ta emot slag och tvinga ner någon med brottningsgrepp.

Skyddet mot direkt diskriminering är dock inte begränsat till personer som faktiskt har en funktionsnedsättning. Det krävs alltså inte att det finns ett samband mellan missgynnandet och den missgynnades egen tillhörighet till diskrimineringsgrundens. Diskriminering kan föreligga också när någon felaktigt utgår från att en person tillhör den skyddade kretsen.

Kriminalvården har felaktigt förmodat att E.A:s övervikt var sådan att den utgjorde en begränsning eller ett hinder för honom att klara av att genomföra hela utbildningen. Kriminalvården har därmed förmodat att E.A:s övervikt var sådan att han hade en funktionsnedsättning i enlighet med diskrimineringslagen. För att det ska vara fråga om en funktionsnedsättning är det tillräckligt att övervikten i sig, i fall av allvarlig övervikt som fetma, under givna omständigheter utgjort en begränsning eller ett hinder för den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare eller arbetssökande.

Diskrimineringsersättningens storlek

Diskrimineringsersättningen har en dubbel funktion, dels ska den kompensera lidandet eller kränkningen i det enskilda fallet, dels ska den vara så pass kännbar och avskräckande att den har en preventiv effekt.

I den första delen, kompensationsdelen, ska ersättningens storlek bestämmas utifrån art och grad av kränkning samt den personliga upplevelsen av kränkningen och de konsekvenser som diskrimineringen medfört. I E.A:s fall har B-M.J. direkt pekat ut hans fetma som skäl till att han inte antogs till utbildningen. Detta har upplevts som särskilt kränkande för honom. Konsekvensen av diskrimineringen har varit att E.A. gått miste om dels en gedigen utbildning under vilken han skulle ha varit anställd och erhållit lön, dels möjligheten till en tillsvidareanställning.

I den andra delen, preventionsdelen, ska i detta fall beaktas att staten ska vara saklig och opartisk i anställningsärenden samt föregå med gott exempel. Detta, tillsammans med den omständigheten att diskrimineringen begåtts av en person i chefsställning, gör att det finns skäl för såväl ett kompensatoriskt som ett preventivt påslag vid bestämmandet av ersättningens storlek.

E.A:s övriga ansökningar till grundutbildningen

Det är riktigt att E.A. ansökte till grundutbildningen vid ett tidigare tillfälle, inför våren 2016. Han kallades då till intervju som hölls i december 2015. Det var inte B-M.J. som höll i intervjun. Det var däremot hon som meddelade E.A. att han inte hade antagits. Det stämmer att hon då uppgav att arbetsgivaren ville pröva honom ytterligare inom yrket. Hon sa dock inte, såsom staten påstått, att det fanns tvivel kring hans lämplighet för yrket på grund av bristande kommunikation och bemötande i arbetet med de intagna eller att han var osäker i sin roll.

Det är vidare riktigt att E.A., efter genomförd gastric bypass-operation, ansökt till grundutbildningen och att han då kallades till intervju, men inte blivit antagen.

Sammanfattning av grunderna för talan

Kriminalvården har missgynnat E.A. genom att i juni 2016 neka honom plats på grundutbildningen till kriminalvårdare med tillhörande tidsbegränsad anställning, vilken hade kunnat leda till en tillsvidareanställning. Han var i en jämförbar situation med de sex sökande som antogs till utbildningen. E.A. var kraftigt överviktig, men han hade ingen funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen. Missgynnandet har dock haft samband med diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning. Arbetsgivaren har nämligen som skäl för beslutet att neka honom en utbildningsplats angett att han grund av den övervikt han hade inte skulle klara av en del av utbildningen och därmed felaktigt förmodat att han hade en sådan funktionsnedsättning som omfattas av diskrimineringslagen.

Kriminalvården har utsatt E.A. för direkt diskriminering. Staten ska därför betala diskrimineringsersättning till honom för den kränkning som diskrimineringen inneburit.

Staten

E.A:s anställningar

E.A. hade flera på varandra följande tidsbegränsade anställningar som kriminalvårdare hos Kriminalvården i Mariestad. Han arbetade framförallt i häktets verkstad och då alltid tillsammans med en mer erfaren kollega. Det är en liten verkstad med maximalt åtta intagna verksamma åt gången.

Grundutbildning till kriminalvårdare

Kriminalvården anordnar en gång per halvår den aktuella grundutbildningen till kriminalvårdare. Det är en omfattande utbildning. Kursdeltagaren ska efter genomgången och godkänd utbildning kunna arbeta inom Kriminalvårdens samtliga verksamheter, däribland på säkerhetsklassade anstalter.

Kriminalvårdaren arbetar nära de intagna. Det är därför viktigt att kriminalvårdaren har de personliga egenskaper som krävs för yrket. Det är viktigt att såväl de intagna som allmänheten har förtroende för Kriminalvårdens verksamhet.

Intervjuer med E.A.

Kriminalvården har intervjuat E.A. vid tre tillfällen.

Första gången E.A. intervjuades var inför den första tidsbegränsade anställningen som började i april 2015. Redan då uppstod tveksamheter kring hans lämplighet för yrket. Han hade svårt för att uttrycka sig samt att reflektera och se sin roll i olika situationer. Han fick dock anställningen. E.A. var redan då överviktig, vilket alltså inte inverkar på beslutet att anställa honom.

Det andra tillfället var i december 2015, efter att E.A. ansökt till grundutbildningen första gången. Intervjun hölls av B-M.J. och kriminalvårdsinspektören T.S. Vid ett uppföljningsmöte efter intervjun gav B-M.J. återkoppling till E.A. om hans utvecklingsområden. Hon uttryckte då att det fanns tvivel kring hans lämplighet för yrket, bl.a. vad gällde kommunikation och bemötande i arbetet med de intagna, samt att han uppfattades som osäker i sin roll. Trots att han hade varit tidsbegränsat anställd sedan april 2015 – en relativt lång tid – upplevdes han alltså fortfarande osäker. För att ge honom en chans att utvecklas vidare beslutade Kriminalvården att ge honom ytterligare en tidsbegränsad anställning.

Det tredje tillfället var den 27 maj 2016, efter att E.A. ansökt till grundutbildningen hösten 2016.

Den aktuella antagningsomgången

I den aktuella platsannonsen inför hösten 2016 angavs att arbetsgivaren, utöver krav på utbildning och önskemål om arbetslivserfarenhet, lade stor vikt vid personlig lämplighet. Det var 81 personer som ansökte till sex utbildningsplatser. 18 kallades till intervju, varav en var E.A. De internt sökande intervjuades en gång, medan de externt sökande intervjuades två gånger.

Vid intervjuerna använde sig arbetsgivaren av en standardiserad intervjuguide för att säkerställa att antagningen skedde efter förtjänst och skicklighet.

Intervju den 27 maj 2016

Intervju hölls med E.A. den 27 maj 2016. Det var B-M.J. som höll i intervjun, med kriminalvårdsinspektören T.S. som bisittare.

Vid intervjun framgick att E.A. fortfarande uppvisade brister i förmåga till reflektion kring situationer som kan uppstå i arbetet, t.ex. vid bemötande av de intagna. Han hade svårt att utveckla sina svar och visa att han dragit lärdom av tidigare erfarenheter.

Det stämmer att E.A. under intervjun talade om sin övervikt och att han uppgav att han övervägde att genomgå en gastric bypass-operation. Det stämmer också att samtalsämnet kom upp med anledning av frågan om hälsa i intervjuguiden. Det var dock E.A. som själv tog upp sin viktproblematik.

Lokalt samverkansmöte den 10 juni 2016

Det är riktigt att det, före återkopplingsmötet den 15 juni 2016, var ett lokalt samverkansmöte den 10 juni 2016 och att B-M.J. då informerade om att sex personer hade antagits till grundutbildningen. Hon nämnde dock inga namn och inte heller något om E.A.

Mötet den 15 juni 2016

Efter intervjun med E.A. hölls ett återkopplingsmöte med honom den 15 juni 2016. B-M.J. redogjorde då för skälen till att han inte hade antagits till utbildningen. Hon uppgav att han inte hade utvecklats tillräckligt i rollen som kriminalvårdare och att han därför inte hade stått sig i konkurrensen med de övriga sökande som antagits. Därutöver uttryckte hon en farhåga eller oro kring hans möjlighet att, till följd av den övervikt han hade, klara av självskyddsmomentet i utbildningen. Det var ett oövertänt och olyckligt uttalande. Hon sa inget om att han var välkommen tillbaka om han gick ner i vikt.

Efter mötet den 15 juni 2016

När B-M.J. senare samtalade med E.A. bad hon om ursäkt för sitt uttalande den 15 juni 2016 och tydliggjorde att hennes bedömning inte hade påverkats

av att han var överviktig. Hon berättade för honom att det var hans bristande personliga lämplighet som lett till att han inte hade blivit antagen.

E.A. var inte i en jämförbar situation

E.A. var inte i en jämförbar situation med de sex personer som antogs till utbildningen såvitt avsåg kriteriet personlig lämplighet.

Av annonsen framgår att sökanden ska ha treårig gymnasiekompetens och goda kunskaper i svenska språket, i såväl tal som skrift. De personliga egenskaperna framhålls i annonsen som mycket viktiga.

De tre internt sökande som antogs till utbildningen uppfyllde de ”formella kraven”. Deras personliga egenskaper hade bedömts inför att de fått sina tidigare tidsbegränsade anställningar, men i den aktuella rekryteringsprocessen bedömdes dessa på nytt. Därvid togs hänsyn till de erfarenheter de fått och den utveckling som skett under anställningen.

De tre externt sökande som antogs till utbildningen uppfyllde också de ”formella kraven”. Deras personliga egenskaper bedömdes vid två intervjuer och genom referenstagning.

De som antogs fick minst omdömet 3, godkänd. De externt sökande som antogs fick omdömet 4, väl godkänd. Vid en samlad bedömning gjordes bedömningen att de sex som antogs var de mest meriterade av samtliga sökande.

E.A. fick, vilket framgår av intervjuguiden, vid en samlad bedömning omdömet 2, tveksamt. B-M.J. har själv sett E.A. i arbetet. Hon har också i antagningsprocessen fått uppgifter om hur han fungerat i arbetet från cheferna L.J. och T.K.

Mot bakgrund av ovanstående omständigheter var E.A. inte i en jämförbar situation med de som antogs till utbildningen. I vart fall stod han sig inte i konkurrensen med de som antogs till utbildningen vad gäller förtjänst och skicklighet. Arbetsgivaren måste i ett anställningsärende välja den eller de som är skickligast. E.A. var inte en av dem.

Beslutet hade inte något samband med E.A:s övervikt

Kriminalvårdens beslut att inte anta E.A. till utbildningen hade inte något samband med hans övervikt. Beslutet grundade sig på hur E.A. klarade intervjun den 27 maj 2016. Det var B-M.J. som beslutade om vilka som skulle antas till utbildningen och besluten fattades i direkt anslutning till att alla intervjuerna hade hållits, eller i vart fall senast i tiden strax innan det att B-M.J. vid det lokala samverkansmötet den 10 juni 2016 lämnade information om att sex personer antagits till utbildningen. Kriminalvårdens beslut att inte anta E.A. till utbildningen fattades alltså före B-M.J:s uttalande vid mötet den 15 juni 2016, om E.A:s möjlighet att klara av självskyddsmomentet i utbildningen. Det var ett olyckligt uttalande från

B-M.J:s sida som dock inte hade något som helst samband med det redan fattade beslutet om att inte anta honom till utbildningen. B-M.J. har inte heller kompetens att uttala sig i frågan om E.A. skulle ha klarat av de fysiska momenten i utbildningen.

I sammanhanget kan nämnas att E.A. under våren 2017, efter genomgången gastric bypass-operation, på nytt ansökt till grundutbildningen. Han kallades till intervju, men antogs inte, då han fortfarande bedömdes som inte tillräckligt lämplig för arbetet som kriminalvårdare.

E.A. omfattades inte av diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning

För att omfattas av diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen krävs att begränsningen av funktionsförmågan varar under lång tid och motverkar arbetstagarens fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare. E.A:s övervikt har inte inneburit en begränsning och har inte heller uppfyllt kravet på varaktighet. Han har arbetat som kriminalvårdare utan att hans övervikt hindrat honom från att utföra arbetet. Vidare uppgav han under intervjun den 27 maj 2016 att han eventuellt skulle genomgå en gastric bypass-operation. Han har numera genomgått en sådan operation och är inte längre överviktig.

Kriminalvården har inte på något sätt förmodat att E.A:s övervikt inneburit att han skulle ha haft en funktionsnedsättning som omfattas av diskrimineringslagen.

Diskrimineringsersättningens storlek

Om diskrimineringsersättning ska betalas, ska beloppet med hänsyn till omständigheterna i målet sättas mycket lågt.

Det saknas stöd i utredningen för att E.A. mått dåligt just med anledning av B-M.J:s uttalande om hans vikt. Det fanns andra orsaker till att E.A. mådde dåligt. Därtill var det E.A. som själv tog upp frågan om sin övervikt. Sammantaget saknas det stöd för att vid bestämmandet av ersättningens storlek göra de påslag som förbundet har gjort gällande.

Sammanfattning av bestridandegrunderna

Den övervikt som E.A. hade innebar inte att han hade en funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen och Kriminalvården har inte förmodat att E.A. hade en sådan fetma som inneburit en funktionsnedsättning som omfattas av lagen.

E.A. har i vart fall inte befunnit sig i en jämförbar situation med de sex personer som antogs till utbildningen.

Om E.A. skulle anses ha befunnit sig i en jämförbar situation har missgynnandet, att han inte blev antagen till utbildningen, helt saknat samband med hans övervikt eller förmodad funktionsnedsättning. Orsaken till

att han inte antogs till utbildningen var hans bristande personliga lämplighet. I vart fall var de som antogs bättre meriterade än han var.

E.A. har alltså inte utsatts för diskriminering i strid med diskrimineringslagen, varför staten inte är skyldig att betala någon diskrimineringsersättning till honom.

Under alla förhållanden ska en diskrimineringsersättning sättas lägre än yrkat belopp.

Domskäl

Twisten

Twisten gäller om staten, genom Kriminalvården, diskriminerat E.A. i strid med diskrimineringslagen, genom att i juni 2016 neka honom plats på grundutbildningen till kriminalvårdare och den därmed sammanhängande tidsbegränsade anställningen.

Parterna är överens om att E.A:s fetma inte innebar att han hade en funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen. Mellan parterna är dock tvistigt om staten förmodat att han hade en sådan funktionsnedsättning och därmed omfattats av skydd mot diskriminering enligt den lagen.

Mellan parterna är vidare tvistigt om E.A. var i en jämförbar situation med de sex sökande som antogs till grundutbildningen och om beslutet att neka E.A. plats på utbildningen hade något samband med hans övervikt eller förmodade funktionsnedsättning.

Utredningen

Arbetsdomstolen har hållit huvudförhandling. Vid denna har på förbundets begäran hållits förhör under sanningsförsäkran med E.A. samt vittnesförhör med hans sambo F.U., kriminalvårdaren K.L., f.d. Seko-klubbordföranden tillika tidigare kriminalvårdaren P.A. och huvudskyddsombudet tillika kriminalvårdaren I.A.

På statens begäran har vittnesförhör hållits med kriminalvårdschefen B - M.J., kriminalvårdsinspektörerna L.J. och T.S. samt personalhandläggaren V.J.

Parterna har även åberopat viss skriftlig bevisning.

Några rättsliga utgångspunkter

Direkt diskriminering

I 2 kap. 1 § första stycket 2 diskrimineringslagen uppställs förbud mot att arbetsgivare diskriminerar bl.a. arbetstagare och den som söker arbete hos arbetsgivaren. Definitionen av begreppet diskriminering återfinns i 1 kap.

4 § samma lag. Enligt denna bestämmelse är det fråga om direkt diskriminering när någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med någon av diskrimineringsgrunderna, bl.a. funktionsnedsättning.

Det krävs således ett orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. Ett orsakssamband finns när en person missgynnas av skäl som har samband med personens egen anknytning till någon av diskrimineringsgrunderna. Av förarbetena till diskrimineringslagen framgår att det emellertid inte krävs att den som missgynnats själv tillhör den skyddade kretsen, utan diskriminering kan också föreligga vid ett felaktigt förmodande eller antagande om att personen tillhör någon av de skyddade grupperna. I förarbetena anges som exempel att om en person nekas inträde i en nöjeslokal för att nöjesarrangören tycker illa om homosexuella personer och felaktigt tror att personen i fråga är homosexuell finns det ett orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden, även om antagandet om den sexuella läggningen var felaktigt (se prop. 2007/08:95 s. 489).

Av förarbetena framgår vidare att den aktuella diskrimineringsgrunden inte behöver vara det enda eller det avgörande skälet, utan det räcker med att någon av diskrimineringsgrunderna är en av flera orsaker till ett visst agerande (se prop. 2007/08:95 s. 489 och t.ex. AD 2010 nr 91).

Begreppet funktionsnedsättning

I 1 kap. 5 § 4 diskrimineringslagen definieras funktionsnedsättning som varaktiga fysiska, psykiska eller begåvningsmässiga begränsningar av en persons funktionsförmåga som till följd av en skada eller sjukdom som fanns vid födelsen, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå.

I EU:s direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling (arbetslivsdirektivet), som omfattar diskrimineringsgrunden funktionshinder, finns ingen definition av vad som är ett funktionshinder. Av EU-domstolens praxis framgår dock att med funktionshinder enligt direktivet avses en begränsning till följd av fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare och att de fysiska, psykiska, intellektuella eller sensoriska funktionsnedsättningarna ska vara ”varaktiga”, se t.ex. EU-domstolens dom HK Danmark, C-335/11 och C-337/11, EU:C:2013:222, punkterna 37 och 38. Sjukdom som sådan omfattas inte av begreppet funktionshinder enligt arbetslivsdirektivet, se EU-domstolens dom, Chacón Navas, C-13/05, EU:C:2006:456, punkterna 44 och 47.

Det är värt att notera att en funktionsnedsättning alltså definieras som en begränsning av en persons funktionsförmåga och att en diagnos, ett sjukdomstillstånd, inte i sig innebär en funktionsnedsättning

I EU-domstolens dom Kaltoft, C-354/13, EU:C:2014:2463, behandlas frågan om fetma utgör ett funktionshinder enligt arbetslivsdirektivet. I domen anges bl.a. följande.

58. Domstolen finner att fetma som sådan inte utgör ett funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78, av den anledningen att fetma till sin art inte nödvändigtvis leder till en sådan begränsning som avses i punkt 53 ovan.
59. För det fall en arbetstagares fetma, under givna omständigheter, medför en begränsning till följd av bland annat fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare, och denna begränsning varar under lång tid, kan ett sådant tillstånd omfattas av begreppet funktionshinder i den mening som avses i direktiv 2000/78 (se, för ett liknande resonemang, dom HK Danmark, EU:C:2013:222, punkt 41).
60. Så vore fallet bland annat om arbetstagarens fetma motverkar hans eller hennes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare på grund av begränsad rörlighet eller på grund av ett sjukdomstillstånd som hindrar honom eller henne från att utföra sitt arbete eller som gör det svårt att utöva yrkesverksamhet.

Bevisbörda

Såvitt avser prövningen av om diskriminering har ägt rum finns en särskild bevisbörderegeln i 6 kap. 3 § diskrimineringslagen. Enligt denna åligger det den som anser sig ha blivit diskriminerad att visa omständigheter som ger anledning att anta att diskriminering har förekommit. I sådant fall går bevisbördan över på svaranden, som för att undgå ansvar måste visa att diskriminering inte har förekommit.

Utgångspunkter för bedömningen

En första förutsättning för att det ska vara fråga om diskriminering är att det varit fråga om ett missgynnande. Att E.A. inte blev antagen till grundutbildningen, med tillhörande tidsbegränsad anställning och möjlighet till tillsvidareanställning, innebär att han drabbades av en sådan negativ effekt som avses med missgynnande enligt diskrimineringslagen. Den frågan synes parterna heller inte vara oeniga om.

Det är ostridigt att E.A. var kraftigt överviktig och staten har inte ifrågasatt uppgiften om att han vid den aktuella tiden, våren 2016, vägde 159 kg och hade ett BMI strax under 50, vilket innebar att han led av fetma.

Parterna är därutöver överens om att E.A:s fetma inte var av sådant slag, inte medförde sådana begränsningar av hans fysiska funktionsförmåga, att han vid den aktuella tiden hade en funktionsnedsättning eller ett funktionshinder på sätt framgår av EU-domstolens praxis, redovisad ovan. Det är alltså ostridigt att han med anledning av sin fetma inte tillhörde gruppen

personer med funktionsnedsättning som omfattas av skydd mot diskriminering enligt diskrimineringslagen. Det som däremot är stridigt är om Kriminalvården förmodat att E.A:s fetma innebar att han hade en funktionsnedsättning i enlighet med vad som framgår av EU-domstolens uttalanden, och därmed omfattades av lagens skydd.

Arbetsdomstolen väljer att behandla den sistnämnda frågan senare och inleder prövningen med att behandla frågan om jämförbar situation.

Frågan om jämförbar situation

Utgångspunkten är att arbetsgivaren får avgöra vilka meritkrav och bedömningsgrunder som ska tillämpas vid en rekrytering. Dessa får dock inte vara direkt eller indirekt diskriminerande eller i övrigt osakliga. Med beaktande av detta kan en arbetssökande inte anses vara i en jämförbar situation om hon eller han inte uppfyller de krav eller kriterier för anställningen som arbetsgivaren uppställt. Om arbetsgivaren för anställningen krävt t.ex. gymnasieexamen och sökanden, till skillnad från en medsökande, inte uppfyller det utbildningskravet är sökanden inte i en jämförbar situation med medsökanden. Ett krav på personlig lämplighet är i de flesta fall inte lika enkelt att bedöma om det är uppfyllt. Bedömningen kan röra frågan om personen över huvud taget uppfyller kravet på personlig lämplighet för arbetet. Det kan också vara så att bedömningen rör vem av flera sökande som är mest personligt lämpad, dvs. en jämförelse av sökandenas personliga lämplighet.

Det kan också finnas en överlappning i kravet på missgynnade i en jämförbar situation och kravet på orsakssamband. Att en person bedömts inte ha blivit diskriminerad kan uttryckas så att personen inte blivit missgynnad i en jämförbar situation eller att arbetsgivarens beslut helt saknat samband med diskrimineringsgrunden i fråga.

Annonsen

Vid bedömningen om sökanden uppfyllt arbetsgivarens krav, kriterier och önskemål är en eventuell annons och vad som anges i den av betydelse för bedömningen.

Annonsen i målet är utformad som en arbetsplatsannons. Annonsen inleds med en arbetsplatsbeskrivning och en beskrivning av arbetet som kriminalvårdare. Det anges att anställningen som kriminalvårdare inleds med en introduktion i två veckor och en grundutbildning på 20 veckor samt att godkänd grundutbildning är ett krav för tillsvidareanställning.

Såvitt avser sökandens utbildning ställs i annonsen krav på 3-årig gymnasiekompetens i form av slutbetyg eller gymnasieexamen. Vidare anges bl.a. att eftergymnasial utbildning är meriterande, liksom arbetslivserfarenhet inom social omsorg, kriminalvård, säkerhetsarbete, psykiatri eller annat socialt arbete.

I annonsen anges därutöver att sökandens personliga egenskaper är mycket viktiga för arbetet som kriminalvårdare och att Kriminalvården lägger stor vikt vid den personliga lämpligheten. Som önskvärda personliga egenskaper anges bl.a. en positiv människosyn, empatisk förmåga och förmåga att hantera konflikter på ett konstruktivt sätt. Det framhålls därutöver som önskvärt att sökanden är stresstålig, ansvarstagande, stabil, initiativrik, flexibel och säkerhetsmedveten samt att sökanden kan sätta gränser och arbeta väl i grupp.

Parternas ståndpunkter

Enligt förbundet var E.A. i en jämförbar situation med de sex personer som antogs till utbildningen. Förbundet har anfört att E.A. uppfyllde de krav som ställdes i annonsen avseende utbildning, arbetslivserfarenhet samt personlig lämplighet. Enligt förbundet var han sammantaget mer meriterad än två av de som antogs, vilka hade motsvarande utbildning som E.A. – gymnasieutbildning – men ingen tidigare erfarenhet av arbete som kriminalvårdare.

Staten har gjort gällande att E.A. inte diskriminerats då han inte var i en jämförbar situation med de som antogs till utbildningen och fick en tidsbegränsad anställning. Enligt staten bedömdes han inte personligt lämplig för att antas till utbildningen och i vart fall sämre personligt lämpad än de sex som antogs och sammantaget sämre meriterad.

Parterna är överens om att E.A., som hade gymnasieexamen, uppfyllde kravet på utbildning. Staten har inte framfört några synpunkter såvitt avser kriteriet arbetslivserfarenhet. Parterna har däremot olika syn på frågan om E.A:s personliga lämplighet för att antas till utbildningen och i frågan om han var sämre personligt lämpad eller inte, än de som antogs.

Kravet personlig lämplighet

När det gäller bedömningsgrunden personlig lämplighet har Arbetsdomstolen uttalat att man inte kan godta en rent subjektivt betonad bedömning eller enbart löst grundade uppgifter, t.ex. från personer som inte har någon förstahandskunskap om den sökande saken gäller (se AD 1987 nr 67). Vad som kan beaktas är däremot sådana uppgifter som en seriöst syftande arbetsgivare inhämtar och väger in i sitt anställningsbeslut (se AD 1989 nr 40). Även om det är svårt att exakt ange vad som legat till grund för arbetsgivarens bedömning av den personliga lämpligheten, måste värderingen genomföras på ett objektivt och godtagbart sätt. Lämplighetsbedömningen måste vara förklarlig och förståelig för en utomstående bedömare. De omständigheter som arbetsgivarsidan åberopar måste framstå som sakliga och kunna övertyga en utomstående om att grunden för arbetsgivarens handlande inte haft samband med diskrimineringsgrunden i fråga.

Rekryteringsförfarandet

Av utredningen framgår bl.a. följande om rekryteringsförfarandet.

Det var 81 personer som ansökte till sex utbildningsplatser. 18 personer kallades till intervju. De internt sökande intervjuades en gång, medan de externt sökande intervjuades två gånger.

Vid intervjuerna användes en intervjuguide med rutor för intervjuaren att skriva i. I intervjuguiden finns olika rubriker, inledningsvis om personalia, utbildning och arbetslivserfarenhet. Därefter följer huvudrubrikerna sociala färdigheter och personliga förmågor. Under den förstnämnda huvudrubriken finns frågor som rör samarbetsförmåga, relationsskapande, kommunikationsförmåga, lojalitet, empatisk förmåga, kulturell medvetenhet och arbetet som kriminalvårdare. Under huvudrubriken personliga förmågor återfinns frågor som rör personliga egenskaper, stabilitet, flexibilitet, hälsa och säkerhetsrelaterade frågor avseende sökanden i fråga. I slutet av guiden finns en ruta med rubriken intervjuarens kommentarer/viktigt att följa upp vid referenstagning. Sist i guiden ska en samlad bedömning av den som intervjuats göras i skalan 1–4. Under siffran 1 står nej, under 2 tveksamt, under 3 godkänd och under 4 väl godkänd.

I intervjuguiden avseende E.A. är siffran 2 inringad, dvs. tveksamt. Av utredningen framgår att såvitt avsåg de sex som antogs bedömdes de som godkända alternativt som väl godkända.

B-M.J. har berättat att beslutet om vilka som skulle antas i princip var klart den 7 juni 2016, efter att ett förslag om vilka som skulle antas hade presenterats på ett ledningsgruppsmöte samma dag.

Saknade E.A. personlig lämplighet?

Staten har anfört att E.A. inte var personligt lämplig för att antas till grundutbildningen och, som det får förstås, därmed inte uppfyllde kriteriet personlig lämplighet. Kriminalvårdschefen B-M.J. har uppgett att hennes slutsats, efter intervjun med E.A. i maj 2016, var just den.

Kriminalvårdsinspektören T.S., som var med på intervjun med E.A., har uppgett att han och B-M.J. gjorde bedömningen att E.A. inte hade utvecklats tillräckligt och att denne inte stod sig i konkurrensen med de sökande som senare antogs. T.S. har vidare berättat att E.A., trots att denne arbetat ett år som kriminalvårdare, inte reflekterade över rollen som kriminalvårdare, inte kunde förklara varför han ville arbeta som kriminalvårdare och vilka luckor som en utbildning kunde fylla. Enligt T.S. kvarstod de tveksamheter som funnits i december 2015, inför antagningen till utbildningen våren 2016.

I intervjuguiden avseende E.A. finns antecknat att trots den tid han vikarierat har han svårt att reflektera kring arbetet, svårt att formulera sig när han ska utveckla svar på frågor och att han känns lite osäker kring rollen som vårdare. Det var T.S. som gjorde anteckningarna i intervjuguiden. Enligt T.S. ska sökanden för att antas till utbildningen ha fått minst det sammantagna omdömet 3, godkänd. Som redan redovisats fick E.A. omdömet 2, dvs. tveksamt.

Vittnen åberopade av förbundet, som arbetat som kriminalvårdare inom Kriminalvården i Mariestad, har lämnat uppgifter om att E.A. inte visat några brister såvitt avsåg personlig lämplighet i arbetet och vissa har uttryckt att de anser att han var likvärdig med de sökande som antogs. Kriminalvården valde också, med kännedom om E.A. från tidigare intervjutillfällen och hans utförda arbete under ca ett år som tidsbegränsat anställd, att kalla honom till intervju. Detta talar för att han i vart fall inte innan han togs ut till intervju ansågs som personligt olämplig.

Arbetsdomstolen finner vid en sammanvägd bedömning att det inte är utrett att E.A. var olämplig eller inte lämplig för att antas till utbildningen och anställningen i fråga.

Frågan är då om E.A. var sämre personligt lämpad än de sex som antogs till utbildningen eller om de som antogs i vart fall var och en var sammantaget bättre meriterad.

Vid bedömningen av om E.A. var sämre personligt lämpad eller sämre meriterad än de som antogs måste dock, enligt Arbetsdomstolens mening, även det uttalande som B-M.J. fällt om E.A:s övervikt vid återkopplingssamtalet beaktas. Domstolen återkommer till den fortsatta bedömningen i frågan om den personliga lämpligheten längre fram.

Finns det anledning att anta att det fanns ett samband mellan E.A:s övervikt och beslutet att inte anta honom till utbildningen?

Parterna är överens om att kriminalvårdschefen B-M.J. vid mötet den 15 juni 2016, när E.A. fick besked om att han inte antagits till utbildningen, fällde ett uttalande med innebörden att hon inte trodde att han skulle klara av den fysiska delen i utbildningsmomentet självförsvar på grund av den övervikt han hade.

Mellan parterna är dock tvistigt om B-M.J. uttalat sig ytterligare om E.A:s övervikt den 15 juni 2016 eller vid andra tillfällen.

Enligt Arbetsdomstolens mening finns det anledning att anta att E.A:s övervikt hade inverkan på beslutet att inte anta honom till utbildningen, redan med anledning av B-M.J:s uttalande om att hon inte trodde att E.A. skulle klara av en del av kursen med beaktande av den övervikt han hade. Detta särskilt som uttalandet fälldes i samband med att hon lämnade beskedet att han inte hade antagits till utbildningen. Att B-M.J. då framfört även andra skäl för beslutet förändrar inte bedömningen.

Arbetsdomstolen har i och med detta ställningstagande inte uttalat att det finns anledning att anta att E.A. utsatts för diskriminering i strid med diskrimineringslagen, då frågan om Kriminalvården förmodat att han hade en funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen ännu inte prövats.

Vid denna bedömning – att det är antagligt att det fanns ett samband mellan E.A:s övervikt och beslutet – är det enligt Arbetsdomstolens mening inte av intresse att här pröva om B-M.J. fällt ytterligare tvistiga uttalanden.

Har staten förmodat att E.A. hade en funktionsnedsättning?

Som redan redovisats utgör fetma som sådan inte en funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening. Som också redovisats kan dock fetma i vissa fall bedömas som en funktionsnedsättning. Det är fallet, enligt EU-domstolen, om en arbetstagares fetma, under givna omständigheter, medför en begränsning till följd av bland annat fysiska, psykiska eller mentala skador, vilka i samspel med olika hinder kan motverka den berördes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare, och denna begränsning varar under lång tid.

Parterna är överens om att E.A:s fetma inte innebar en sådan begränsning att han hade en funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening. Enligt förbundet har Kriminalvården dock förmodat att E.A:s övervikt – fetma – var sådan att den utgjorde en begränsning eller ett hinder för honom att klara av utbildningen och därmed förmodat att han hade en funktionsnedsättning. Förbundet har gjort gällande att detta framgår av B-M.J:s uttalande om att E.A. på grund av sin övervikt inte skulle klara av den fysiska delen i utbildningsmomentet självförsvar, dvs. att hon uppgett detta som ett skäl till att han inte antogs.

Staten har bestritt att Kriminalvården, med anledning av B-M.J:s uttalande, förmodat att E.A. hade en funktionsnedsättning. Staten har anfört att hans dåvarande övervikt inte innebar en sådan begränsning som krävs för att det ska vara fråga om en funktionsnedsättning och att övervikten inte var varaktig och att Kriminalvården inte heller trott något av detta.

Arbetsdomstolen gör följande bedömning.

B-M.J:s uttalande innebar inte att hon uppgav att E.A. rent allmänt inte kom i fråga för utbildningen och därmed arbetet som kriminalvårdare på grund av övervikt alternativt fetma eller att man inte önskade ha överviktiga personer som tillsvidareanställda kriminalvårdare. Att uttrycka sig i sådana generella ordalag och handla samt besluta därefter framstår som olämpligt och kan upplevas som kränkande, men innebär typiskt sett inte att arbetsgivaren därmed skulle ha gjort bedömningen att personen har en funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening. Åtgärder baserade på sådana uttalanden skulle då inte heller vara att betrakta som diskriminerande enligt diskrimineringslagen, eftersom personer som lider av sjukdom eller fetma i sig inte omfattas av skyddet mot diskriminering enligt den lagen.

EU-domstolen har dock, som redovisats ovan, uttalat att fetma kan omfattas av begreppet funktionshinder om arbetstagarens fetma motverkar hans eller hennes fulla och verkliga deltagande i arbetslivet på lika villkor som andra arbetstagare på grund av t.ex. begränsad rörlighet som hindrar honom eller

henne från att utföra sitt arbete eller som gör det svårt att utöva yrkesverksamhet.

Med beaktande av detta ligger det nära till hands att uppfatta ett uttalande som det B-M.J. fällt så, att däri ligger en bedömning om att arbetstagarens fetma innebär en begränsning av den fysiska funktionsförmågan, att fetman innebär en begränsad rörlighet som hindrar arbetstagaren från att fullt ut klara av att utföra de arbetsuppgifter som ingår i arbetet, som i aktuellt fall är ett utbildningsmoment i grundutbildningen.

För att en persons fetma ska bedömas som en funktionsnedsättning krävs också att den begränsning som fetman medför varar under en lång tid (se dom Kaltoft, EU:C:2014:2463, punkt 59). Ett uttalande av det slag B-M.J. fällt får anses innebära en bedömning att begränsningen av den fysiska funktionsförmågan till följd av fetman varar så lång tid som fetman av aktuell omfattning varar.

Det är ostridigt att Kriminalvården känt till att E.A. hade varit kraftigt överviktig under lång tid och att han troligen skulle vara så även när utbildningen startade. Av den ifyllda intervjuguiden avseende E.A. framgår att han vid intervjun upplyst om att han var anmäld till en gastric bypass-operation, men att en sådan inte var aktuell förrän tidigast till vintern, dvs. inte var aktuell innan utbildningen skulle starta.

Parterna är överens om att E.A:s fetma inte innebar en begränsning av hans fysiska funktionsförmåga på så sätt att han hade en funktionsnedsättning. Arbetsdomstolen har dock svårt att komma till någon annan slutsats än att ett uttalande av det slag B-M.J. fällt innebär att hon antagit att hans fetma innebar en begränsning av hans fysiska funktionsförmåga så länge hans fetma av aktuell omfattning varar. Att hon känt till att han eventuellt skulle genomgå en operation kan inte innebära att hon inte trodde att han vid aktuell tidpunkt hade en funktionsnedsättning.

Arbetsdomstolen finner vid en samlad bedömning att Kriminalvården, genom B-M.J:s uttalande, får anses ha förmodat att E.A:s fetma innebar en långvarig begränsning i hans fysiska funktionsförmåga och att staten därmed förmodat att han hade en funktionsnedsättning på sätt som avses i diskrimineringslagen, ett förmodande som parterna är överens om var felaktigt.

Finns det anledning att anta att diskriminering förekommit?

Arbetsdomstolen har funnit att det finns anledning att anta att E.A:s övervikt, fetma, hade inverkan på beslutet att inte anta honom till utbildningen, med anledning av B-M.J:s uttalande om att hon inte trodde att E.A. skulle klara av en del av kursen med beaktande av att han var överviktig. Domstolen har därutöver funnit att Kriminalvården, genom B - M.J:s uttalande, får anses ha förmodat att E.A:s fetma innebar en funktionsnedsättning enligt diskrimineringslagen.

Med anledning av dessa ställningstaganden finns det, enligt Arbetsdomstolens mening, anledning att anta att E.A. diskriminerats i strid med diskrimineringslagen när han i juni 2016 inte antogs till grundutbildningen hösten 2016.

Frågan är då om staten visat att det inte fanns något samband mellan beslutet att neka honom en plats på grundutbildningen och den felaktigt förmodade funktionsnedsättningen, dvs, att han inte utsatts för diskriminering.

Har E.A. diskriminerats?

Enligt staten hade E.A:s fetma eller någon förmodad funktionsnedsättning inget som helst samband med beslutet att neka honom plats på grundutbildningen och anställning. Enligt staten var skälet till beslutet att han inte bedömdes personligt lämplig eller i vart fall mindre personligt lämplig för att antas till utbildningen jämfört med de sex som antogs. Staten har vidare anfört att vid anställning hos staten ska avseende fästas bara vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet, och att var och en de sex som antogs var sammantaget bättre meriterad än E.A.

Förbundet har gjort gällande att det inte fanns några brister såvitt avsåg E.A:s personliga lämplighet för att antas till grundutbildningen. Förbundet har anfört att E.A. under sin anställning hos Kriminalvården inte fått några klagomål eller synpunkter om brister i personlig lämplighet för arbetet eller i sitt sätt att utföra arbetet. Förbundets ståndpunkt får förstås så att E.A. uppfyllde kriteriet personlig lämplighet och i denna del var lika meriterad som de som antogs. Förbundet har vidare anfört att E.A. var mer meriterad än två av de externt sökande vilka, till skillnad från honom, saknade erfarenhet från arbete som kriminalvårdare och inte hade någon meriterande arbetslivserfarenhet i övrigt.

Arbetsdomstolen har inte funnit utrett att E.A. var personligt olämplig eller inte personligt lämplig för att antas till utbildningen och anställningen. Frågan är då om de som antogs var och en var bättre meriterad än E.A. och att hans förmodade funktionsnedsättning inte hade någon som helst inverkan på beslutet att inte anta honom.

Intervjuförfarandet och bedömningen av E.A.

Vid intervjun med E.A. har B-M.J. använt sig av den intervjuguide som utarbetats för ändamålet. Den ifyllda intervjuguiden såvitt avser honom är inlämnad i målet. Domstolen utgår från att intervjuguiden har använts även vid de övriga intervjuerna.

Enligt Arbetsdomstolens mening har Kriminalvården genom att använda sig av en intervjuguide vidtagit åtgärder för att så gott det går säkra en likabehandling i intervjuförandet. Genom att använda sig av en intervjuguide får de intervjuade likartade frågor inom ramen för ämnen som är bestämda i förväg. Av utredningen framgår också att det, förutom den intervjuade, varit två personer med vid intervjuerna. Det finns, enligt Arbetsdomstolens

mening, ingen anledning att rikta någon kritik mot intervjuförfarandet utan det framstår som seriöst. Den enda kritik som framförts från förbundets sida är att E.A., till skillnad från de externt sökande som togs ut till intervju, intervjuades endast en gång och inte två gånger. Enligt Arbetsdomstolens mening finns det inte anledning att rikta kritik mot förfarandet med anledning av detta, då Kriminalvården av naturliga skäl på förhand bör ha större kännedom om de internt sökande än de externt.

Såvitt avser de tre internt sökande som antogs och E.A. har staten uppgett att det inhämtats uppgifter om hur de fungerat i arbetet inom Kriminalvården i Mariestad, men staten har inte närmare redovisat hur och vad som då framkommit. Såvitt avser kriteriet yrkes- och arbetslivserfarenhet består det av en del som avser hur lång tid sökanden arbetat i andra anställningar och i yrket i fråga. Vid bedömningen av vilken betydelse tidigare erfarenhet i yrket ska tillmätas bör även beaktas hur arbetet har utförts. En bedömning härav sammanfaller alltså till viss del med bedömningen av sökandens personliga lämplighet.

När det gäller E.A. har staten inte påstått att det funnit något att anmärka på, såvitt avser hur han utfört sitt arbete som kriminalvårdare. Flera av vittnena som åberopats av förbundet har också, som redan anförts, berättat att de tyckte att E.A. fungerade bra i arbetet. Det av vittnena som haft mest kontakt med E.A. är kriminalvårdaren K.L. Han har uppgett att han arbetat tillsammans med E.A. i häktets verkstad under två somrar samt därutöver när ordinarie personal varit sjuk. K.L. har berättat att han tyckte att E.A. fungerade mycket bra, var lättlärd och bra i bemötandet av de intagna och att han hade empati och kunde se människan bakom brottet.

För att bedöma en sökandes personliga lämplighet för arbetet är utan tvekan ett intervjuförfarande av stor betydelse.

Av den intervjuguide som använts i det aktuella rekryteringsförfarandet framgår att den huvudsakligen är inriktad på frågor som rör just personliga egenskaper och personlig lämplighet. Den sammanvägda bedömningen som siffrsätts synes dock avse en sammanvägd bedömning av samtliga kriterier, dvs. även såvitt avser utbildning och arbetslivserfarenhet. Staten har dock gjort gällande att Kriminalvården lagt stor vikt vid kriteriet personlig lämplighet, vilket också framgår av annonsen.

Det var alltså kriminalvårdschefen B-M.J. som intervjuade E.A. i maj 2016 med kriminalvårdsinspektören T.S. som bisittare. De har i den sammanvägda bedömningen i intervjuguiden åsatt E.A. siffran 2, tveksamt. B-M.J. och T.S. har berättat att de gjorde bedömningen att E.A. hade brister i sin förmåga till reflektion och då, som domstolen förstår det, bl.a. såvitt avser arbetet som kriminalvårdare, att han svarade kortfattat och inte kunde utveckla sina svar och att de drog slutsatsen att han inte hade utvecklats jämfört med hur han svarade och agerade vid den tidigare intervjun i december 2015, inför antagning till utbildningen våren 2016. Enligt B-M.J. och T.S. fick E.A., efter intervjun i december 2015, återkopplingen att han

behövde reflektera mer över yrkesrollen. T.S. har som exempel på bl.a. fåordighet och att E.A. inte reflekterade kring frågorna, berättat att E.A. som svar på frågan om hur en grundlig visitation ska genomföras enbart sa att ”man går igenom allt”. B-M.J. har i förhöret med henne bl.a. understrukt vikten av att den som är kriminalvårdare har god kommunikationsförmåga, eftersom kriminalvårdaren ska kunna möta de intagna på ett moget sätt. Personalhandläggaren V.J. har bekräftat uppgiften att E.A. kunde vara kort i sina svar och inte reflekterande. Hon har berättat om en händelse när hon och en kollega under en temadag pratade om etik och moral. Enligt V.J. hölls ett rollspel och gruppdeltagarna ombads att svara på hur de ställde sig till olika frågor, varvid E.A. enbart sa att ”han tyckte som föregående talare”.

E.A. har om intervjun i maj 2016 berättat bl.a. att han fick frågor från intervjumallen, dock inte alla, och att vissa frågor inte var så enkla att utveckla, som t.ex. frågan om vad som varit svårast i arbetet som kriminalvårdare, eftersom han inte hade varit med om något skarpt läge i arbetet. Han har vidare uppgett att han under sin tid som kriminalvårdare fortlöpande fått feedback om att han fungerade bra i arbetet.

T.S. deltog även i intervjuerna med de sex som antogs till utbildningen och han har uppgett att E.A. inte stod sig i konkurrensen med de sex, dvs. att han gjorde bedömningen att de sex som antogs var och en var bättre meriterad än E.A. Även B-M.J. har, som beslutande i ärendet och efter att ha inhämtat resultatet från de intervjuer som hon inte deltog i, gjort bedömningen att E.A. var sämre meriterad än de sex som antogs.

Frågan är då om E.A:s förmodade funktionsnedsättning, de begränsningar hans fetma förmodades innebära, påverkat denna bedömning i någon mån.

Frågan om B-M.J. uttalat sig om E.A:s övervikt vid fler tillfällen

Mellan parterna är tvistigt om B-M.J. hänvisat till E.A:s övervikt vid ett samverkansmöte den 10 juni 2016 och åter igen till honom i tiden efter mötet den 15 juni 2016 och om hon sagt till E.A. att han var välkommen tillbaka när han gått ner i vikt. Om det är som förbundet gjort gällande talar det för att B-M.J:s uttalande inte var ett tillfälligt och missriktad uttalande, utan något som upprepats och som var av betydelse för beslutet.

E.A. har berättat att B-M.J. den 15 juni 2016, förutom uttalandet om kursmomentet självskydd, även sa till honom att han var välkommen tillbaka när han gått ner i vikt, vilket B-M.J. i förhöret med henne förnekade.

Att B-M.J. skulle ha uttalat sig som E.A. berättat stöds till viss del av förhöret med hans sambo. Hon har berättat att när E.A. ringde henne och berättade att han inte hade antagits, uppgav han att B-M.J. sagt att han var välkommen tillbaka när han gått ner i vikt. Uppgiften är dock en andrahandsuppgift och står mot den uppgift som V.J. lämnat. Hon var med på mötet den 15 juni 2016 och enligt henne sa B-M.J. inget om att E.A. var välkommen tillbaka när han gått ner i vikt. Arbetsdomstolens bedömning är

därmed att det inte är styrkt att B-M.J. skulle ha sagt till E.A. att han var välkommen tillbaka när han gått ner i vikt.

Såvitt avser samverkansmötet den 10 juni 2016 framgår av utredningen följande.

Dåvarande Seko-klubbordföranden P.A. har uppgett att B-M.J. på samverkansmötet informerade om att sex personer hade antagits till utbildningen, utan att nämna namn, och att E.A:s anställning skulle avslutas. Enligt P.A. uppgav hon som skäl för detta något uttryckssätt som tog sikte på E.A:s fysiska förutsättningar. P.A. har vidare berättat han tagit del av protokollet från mötet och att det där inte står något om B-M.J:s uttalande om E.A. och att han borde ha påpekat det, vilket han inte gjort.

B-M.J. har uppgett att hon över huvud taget inte nämnde E.A:s namn på samverkansmötet och därmed inte heller uppgav något om honom.

P.A:s uppgifter står mot B-M.J:s. Hennes uppgifter har dock stöd i vad L.J. uppgett. Hon har bekräftat att B-M.J. på mötet inte uttalade sig om E.A. Arbetsdomstolens slutsats är därmed att det inte är styrkt att B-M.J. skulle ha uttalat sig på det sätt förbundet påstått på samverkansmötet.

E.A. har berättat att B-M.J. talade med honom, efter att han talat med skyddsombudet I.A., och att han då frågade B-M.J. igen om skälen till att han inte hade antagits. Enligt E.A. kan hon då ha sagt något om hans förmåga till reflektion, men att hon huvudsakligen uppgav att hans övervikt innebar ett hinder för honom att klara av självskyddsdelen i utbildningen.

B-M.J. har uppgett följande. Efter att I.A. berättat för henne att E.A. tagit illa vid sig pratade hon med honom igen. Hon bad då om ursäkt för sitt uttalande den 15 juni 2016 och förklarade för honom att beslutet inte berodde på hans övervikt, utan på utfallet av intervjun.

Ord står alltså mot ord och det finns, enligt Arbetsdomstolens mening, inte anledning att sätta större tilltro till någon av de två hörda. Arbetsdomstolen finner därmed inte visat att B-M.J. uttalat sig på det sätt förbundet påstått vid det samtal som hon hade med E.A. i tiden efter den 15 juni 2016.

Slutsatsen av det anförda är att det inte är utrett att B-M.J. vid något tillfälle, utöver den 15 juni 2016, ska ha hänvisat till E.A:s övervikt.

B-M.J:s förklaring

Frågan är då varför B-M.J. uttalade sig som hon gjorde den 15 juni 2016 om E.A:s möjlighet att klara självskyddsmomentet.

B-M.J. har berättat följande. Vid återkopplingsmötet förklarade hon för E.A. att han inte hade stått sig i konkurrensen med övriga sökande och hon tog bl.a. upp de brister i hans reflektionsförmåga som påtalats för honom redan efter intervjun i december 2015. Hon uppgav även att han, i och med att han

inte heller denna gång antagits, inte heller skulle erbjudas fortsatt anställning efter att hans anställningstid löpt ut. E.A. blev mycket ledsen, särskilt över beskedet att han inte skulle erbjudas förnyad anställning. Hon sa då också att hon inte trodde att han, till följd av sin övervikt, skulle klara av självskyddsdelen i utbildningen. Det var ett dumt och klumpigt uttalande, som nog gjordes i ett missriktat försök att släta över att han inte hade stått sig i konkurrensen, dvs. att han nog ändå inte skulle ha klarat av att genomföra utbildningen.

Den av B-M.J. lämnade förklaringen är inte orimlig.

Om det är så att var och en av de sex som antogs var bättre personligt lämpad eller sammantaget bättre meriterad än E.A. skulle slutsatsen kunna dras att hans förmodade funktionsnedsättning inte hade någon betydelse för beslutet att inte anta honom.

Frågan om de sex som antogs var bättre meriterade

Frågan är då vad som framgår av utredningen såvitt avser de sex som antogs.

Det är ostridigt att av de sex som antogs var tre internt sökande och tre externt sökande. Av T.S:s uppgifter, som inte ifrågasatts, framgår att dessa fått omdömet 3 eller 4, dvs. godkänd eller väl godkänd. Under huvudförhandlingen har dock ingen närmare utredning presenterats om de sex antagnas kvalifikationer. Deras intervjuguider är inte ingivna. Däremot har staten gett in en sammanställning över dem och E.A. Det är upplyst att sammanställningen är upprättad efter att tvisten i målet inletts och det finns inga uppgifter om vilket material som legat till grund för den och sammanställningen är inte närmare genomgången vid huvudförhandlingen. Arbetsdomstolens bedömning får därmed göras mot bakgrund av den muntliga bevisningen.

B-M.J. har under förhöret med henne haft sammanställningen framför sig, läst igenom den och på fråga svarat att E.A. inte stod sig i konkurrensen med de övriga sex såvitt avsåg personlig lämplighet. Hon har därutöver sagt att hon ansåg att de tre internt sökande som antogs, till skillnad från E.A., hade utvecklats från det att de hade intervjuats inför tidigare antagningsomgång. Hon har dock inte närmare uttalat sig om var och en de sex personer som antogs.

L.J., som intervjuade A.B. som antogs, har uppgett att hon, utöver honom, kände till två av de som antogs, nämligen R.P. och K.T., och tyckte att de var duktiga.

T.S. är den enda som deltog i intervjuerna med alla sex som antogs och E.A. Han har berättat bl.a. följande. Han har arbetat i kriminalvården sedan år 1994 och är chef för arbetstagarna under den tid de genomför grundutbildningen. Syftet med intervjuerna är att få fram hur den sökande tänker kring arbetet som kriminalvårdare och om sökanden har en uttalad

och genomtänkt vilja att arbeta som kriminalvårdare, ett arbete som har med människor i ett utsatt läge att göra.

T.S. har också haft sammanställningen av de sju aktuella kandidaterna framför sig och lämnat följande uppgifter. R.P., internt sökande, var en lugn och stabil person som hade reagerat bra i pressade lägen. Han var på så sätt redan testad. A.Be., också internt sökande, hade en tid arbetat med verkställighetsplaner, vilket är en kvalificerad arbetsuppgift. K.T., också internt sökande, var lite äldre med mycket livserfarenhet som hade tänkt igenom varför hon ville arbeta som kriminalvårdare och som växt under tiden hon arbetat. S.A., externt sökande, uttalade en stark vilja att arbeta som kriminalvårdare och hade tänkt igenom rollen och arbetet. E.S., externt sökande, gav ett väldigt, väldigt bra intryck, ett starkt och stabilt intryck. A.B., också externt sökande, gav också ett stabilt intryck och hade bra erfarenhet av att ha arbetat med människor tidigare. E.A. kom inte före någon av dem i merithänseende.

Av förhöret med T.S. framgår att förutom vad som framgått vid själva intervjuerna, har han i sin bedömning även beaktat uppgifter han fått eller inhämtat om hur de tre internt sökande som antogs fungerat i arbetet och vad de utfört för uppgifter och att han i bedömningen av den personliga lämpligheten vägt in även sådana uppgifter. När det gäller de tre internt sökande som antogs och E.A. har både B-M.J. och T.S. intervjuat dem. De har kunnat göra en jämförelse av utfallet av intervjuerna och båda har uttryckt att E.A., till skillnad från de tre andra internt sökande, inte utvecklats på samma sätt och inte på något reflekterande sätt tänkt igenom rollen som kriminalvårdare och att de sammantaget bedömde honom som sämre personligt lämpad och i vart fall att ”han inte stod sig i konkurrensen”, dvs. att var och en av de andra tre sammantaget var bättre meriterad. Med de beskrivningar de båda lämnat, och då framförallt T.S:s beskrivning, om hur E.A. svarat under intervjun finner Arbetsdomstolen att det inte finns anledning att ifrågasätta dessa uppgifter, utan att deras bedömningar får godtas.

När det gäller de tre externt sökande som antogs (S.A., A.B. och E.S.) är uppgifterna mer knapphändiga. T.S. har dock även här förklarat att de tre vid intervjuerna, i jämförelse med E.A., gett ett helt annat intryck, dvs. inte det passiva icke reflekterande intryck som E.A. gett. De tre externt sökandena har alla efter intervjuerna fått omdömet 4, till skillnad från omdömet 2 för E.A:s del. Detta talar för att det inte varit fråga om en liten skillnad i bedömningen av lämpligheten, utan en avgörande skillnad. Arbetsdomstolen finner även såvitt avser de tre externt sökande som antogs att T.S:s bedömningar får godtas.

Arbetsdomstolens sammanfattande bedömning är att staten visat att var och en de sex som antogs var sammantaget bättre meriterad än E.A., detta särskilt mot bakgrund av de uppgifter som T.S. lämnat.

Slutsats

Arbetsdomstolen har alltså funnit det visat att var och en de sex som antogs var sammantaget bättre meriterad än E.A.. Med beaktande av hur intervjuförfarandet gick till, att T.S:s uppgifter har haft stor betydelse vid Arbetsdomstolens bedömning och det inte var han, utan B-M.J., som fällde uttalandet den 15 juni 2016, finner Arbetsdomstolen det visat att det inte förelåg något samband mellan E.A:s förmodade funktionsnedsättning och beslutet att neka honom plats på utbildningen och den därmed sammanhängande anställningen.

Förbundets talan om diskriminering och yrkandet om diskrimineringsersättning ska vid denna bedömning därmed avslås.

Förhandsavgörande av EU-domstolen

Förbundet har begärt att förhandsavgörande från EU-domstolen ska inhämtas för det fallet att Arbetsdomstolen skulle finna det tveksamt om E.A. omfattades av skydd mot diskriminering som har samband med diskrimineringsgrunden funktionsnedsättning. Med den bedömning Arbetsdomstolen gjort i den frågan finns således inget yrkande för domstolen att ta ställning till, om att förhandsavgörande ska inhämtas. Arbetsdomstolens bedömning är att det, oavsett detta, inte finns skäl att inhämta något förhandsavgörande.

Rättegångskostnader

Förbundet är förlorande part och ska därför ersätta statens rättegångskostnader. Om beloppet, 182 801 kr exklusive mervärdesskatt, råder inte tvist.

Domslut

1. Industrifacket Metalls talan avslås.
2. Industrifacket Metall ska betala statens rättegångskostnader med 182 801 kr, varav 166 000 kr avser ombudsarvode, med ränta enligt 6 § rättelagen på det förstnämnda beloppet från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Cathrine Lilja Hansson, Peter Syrén, Christer Måhl, Göran Söderlöf och Ronny Wenngren. Enhälligt.

Rättssekreterare: Malin Simon Holm