



Karlstad Business School

Handelshögskolan vid Karlstads universitet

"Sätts skickligheten alltid främst vid tillsättningen av en statlig tjänst?"

En juridisk B-uppsats om förtjänst, skicklighet och könsdiskriminering

PA-programmet Arbetsrätt B

Avdelningen för Rättsvetenskap

Arbetsrätt B (RVGB21)

Termin: HT15

Uppsatsgrupp: 22

Handledare: Leif Lönnqvist

Författarnamn/kontaktuppgifter:

1. Åsa Karlsson 076-8112916
2. Hannah Schaffer 072-3759699
3. Karin Lirén 076-2188605

Förkortningar:

AD: Arbetsdomstolen

AMS : Arbetsförmedlingen

DO: Diskrimineringsombudsmannen

JämL: Jämställdhetslagen

JämO: Jämställdhetsombudsmannen

RF: Regeringsformen

Innehållsförteckning

1. Introduktion

1.1 Sammanfattning	2
1.2 Ämnesbeskrivning	2
1.3 Syfte	2
1.4 Frågeställning	2
1.5 Avgränsning	3
1.6 Metod	3
1.7 Disposition	3

2. Rättskällor

2.1 Skicklighet och förtjänst	3
2.2 Statens överklagandenämnd	4
2.3 Diskrimineringslagen	4
2.4 Förfarandet vid överklagande	5

3. AD 2010:91

3.1 Bakgrund	6
3.2 Diskrimineringsombudsmannens yrkande	6
3.3 Arbetsförmedlingens yrkande	6
3.4 Arbetsdomstolen	7

4. AD 2004:44

4.1 Bakgrund	8
4.2 Jämställdhetsombudsmannens yrkande	8
4.3 Polismyndighetens yrkande	8
4.4 Arbetsdomstolen	9

5. Analys 10

6. Vår slutsats 11

Källförteckning

1.1 Sammanfattning

Vi har valt att studera två rättsfall som dels handlar om förtjänst och skicklighet, men också om könsdiskriminering vid statliga anställningar och vi vill studera problematiken när dessa faktorer möts. Vi kommer därför att redogöra för vilka skyldigheter en arbetsgivare har vid en statlig anställning, samt beskriva vad som gäller vid könsdiskriminering. Ämnet valde vi då det för oss som framtida personalvetare känns relevant att ha en större inblick i sådant som kan bli problematiskt vid en statlig anställningsprocess.

1.2 Ämnesbeskrivning

Enligt 12 kap. 5 § 2 st. Regeringsformen (1974:152; omtryckt 2011:109) ska avseende fästas endast vid sakliga grunder, som till exempel förtjänst och skicklighet vid en statlig anställning. I 4 § 2 st. Lag (1994:260) om offentlig anställning framgår det att skickligheten ska sättas främst om inte särskilda skäl föreligger. Detta innebär att det finns undantag från arbetsgivarens fria anställningsrätt vid en offentlig anställning. Arbetsgivaren måste anställa den sökande som är skickligast för att undvika så kallad svågerpolitik.

1 kap. 1 § Diskrimineringslagen (2008:567) syftar till att motverka diskriminering av arbetstagare på grund av kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder. Det innebär att arbetstagare ska ha lika rättigheter och möjligheter oavsett kön exempelvis. I denna uppsats beaktas endast diskriminering på grund av kön.

Enligt 2 kap. 1 § punkt 2 DiskrL får en arbetsgivare inte diskriminera en arbetsökande.

I den här uppsatsen kommer två AD-domar analyseras. Båda fallen handlar om huruvida könsdiskriminering har ägt rum. Båda personerna i fallen anser sig ha högre skicklighet än de andra sökande och hävdar därför att de blivit diskriminerade eftersom den ena inte blivit anställd och den andra inte ens blivit kallad till intervju.

1.3 Syfte:

Statens Överklagandenämnd fattar beslut om myndigheters anställningsärenden och dessa beslut får inte överklagas enligt 21 § Anställningsförordningen (1994:373). I fall där det handlar om statlig anställning ska arbetstagares skicklighet och förtjänst sättas främst 4 § LOA. I fall där arbetstagare haft större skicklighet och förtjänst än en annan sökande och på grund av till exempel kön inte fått anställningen, har diskriminering på grund av kön förekommit. Ligger inte någon diskriminering till grund för att den sökande inte fått anställningen ska detta enbart överklagas till Statens Överklagandenämnd. Har det däremot med diskriminering att göra överklagas det via diskrimineringsombudsmannen till AD¹. Då vi i den här uppsatsen främst kommer analysera könsdiskriminering kommer förfarandet vid Statens Överklagandenämnd enbart förklaras kortfattat då de domar vi valt även handlar om förtjänst och skicklighet.

Vårt syfte med denna uppsats är att analysera två AD-domar där det ifrågasätts om könsdiskriminering har förekommit vid två statliga anställningar, samt redogöra runt problematiken när diskriminering går hand i hand med skicklighet och förtjänst. De domar vi valt är AD 2010:91 och AD 2004:44.

1.4 Frågeställning

Hur ser förfarandet ut när en arbetstagare anser sig ha blivit diskriminerad på grund av kön vid en statlig anställning? Vilka faktorer kan påverka utfallet i Arbetsdomstolen?

¹ Eklund, R m.fl. (2005 s. 67)

1.5 Avgränsning

Uppsatsen berör endast rekryteringar till statlig anställning. Diskrimineringslagen har sju diskrimineringsgrunder, vi kommer endast beakta en av dem, kön. I den ena domen tas även åldersdiskriminering upp, men det kommer inte analyseras i uppsatsen då det inte är relevant för syftet.

EU direktivet om likabehandling som ligger till grund för diskrimineringslagen kommer att nämnas i kapitel två, men en djupare redogörelse för denna görs inte.

1.6 Metod

Vi har valt den rättsdogmatiska metoden, vilken även kallas traditionell juridisk metod². Den rättsdogmatiska metoden inom rättsvetenskapen innebär att man som forskare tolkar och beskriver gällande rätt genom att kategorisera informationen. Vi använder lagar, förarbeten, rättsfall samt juridisk doktrin för att hitta gällande rätt³.

Vi kommer ta oss an två rättsfall och på ett systematiskt sätt undersöka vad som lett fram till domslutet genom att undersöka gällande rätt.

1.7 Disposition

I kapitel två fastställs rättsläget, vad som är gällande rätt. Vi utgår från de lagrum som är aktuella för de två rättsfall vi valt.

I kapitel tre och fyra presenteras de två rättsfallen; AD 2010:91 och AD 2004:44. I kapitel fem görs en analys av gällande rätt för dessa fall och vi jämför utfallen i AD.

Våra egna tankar redogörs i slutsatsen i kapitel sex, vilket utgör den enda subjektiva delen av uppsatsen.

2. Rättskällor

2.1 Skicklighet och förtjänst

I RF 1 kap, 9 § står det: "Domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter ska i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iakttä saklighet och opartiskhet." Detta kallas för Objektivitetsprincipen⁴. Principen lägger grunden för de undantag som finns från arbetsgivarens fria anställningsrätt inom den statliga sektorn. I 12 kap. 5 § 2 st RF framgår det att avseende endast ska fästas vid sakliga grunder såsom förtjänst och skicklighet. Med skicklighet menas den sökandes lämplighet i förhållande till arbetsgivarens krav på meriter⁵. Skicklighet delas upp i tre bedömningsgrunder; *Teoretisk och praktisk utbildning*, som till exempel högskoleutbildning. *Personliga egenskaper* som till exempel ledaregenskaper eller god presentationsteknik samt *yrkeserfarenhet* som har anförskaffats vid tidigare anställning i annan offentlig- eller privat sektor. Ytterligare aspekter som kan vägas in i skicklighetsbedömningen är till exempel ideellt arbete eller språkkunskaper. Med förtjänst menas den yrkesvana arbetstagaren förvärvat genom tidigare statlig tjänstgöring. Utformningen av annons och dess kravprofil bestämmer vilka skicklighetsfaktorer som arbetsgivaren måste ta hänsyn till hos de sökande⁶. Skickligheten ska sättas främst. Endast i de fall där skickligheten är likvärdig hos de sökande ska förtjänsten, det vill säga vanan från tidigare statliga anställningar, avgöra anställningsbeslutet⁷.

Grundregeln om förtjänst och skicklighet vid statlig anställning upprepas i 4 § 1 st. LOA. Av

² Holm & Kellgren (2007 s. 44ff)

³ Juridicum.se (Peter Wahlgren, senast ändrat 25.08.2011)

⁴ Karnov, 1 kap, 9 § RF, Kommentar 15; Hirschfeldt J.

⁵ Arbetsgivarverket - att anställa (s. 72f. 2014)

⁶ AD 2004:44 (s. 4)

⁷ ST:s fackliga tidsskrift; Publikt (2010)

andra stycket i samma lag framgår, som vi tidigare nämnt, att skickligheten ska sättas främst. Detta är en precisering av grundlagen för att arbetsgivaren vid anställning ska veta vilken bedömningsgrund som ska väga tyngst⁸.

Förutom förtjänst och skicklighet kan en saklig grund vara att beakta jämställdhetsintresset, vilket styrks i 4 § AF. Sedan 1978 har jämställdhetsintresset godtagits som en saklig grund vid anställning⁹. En statlig myndighet som har för avsikt att få en mer jämställd arbetskraft bör anställa det underrepresenterade könet om två sökande har likvärdig förtjänst och skicklighet.

2.2 Statens överklagandenämnd

Statens överklagandenämnd bedömer i ärenden där en sökande vill överklaga ett statligt anställningsbeslut, om personen i fråga anser sig vara skickligare än den som anställdes¹⁰. En person som vill överklaga ett anställningsbeslut ska först vända sig till den myndighet som utlyste den lediga tjänsten för att lämna in överklagandet. Myndigheten har sedan en vecka till sitt förfogande att skicka överklagandet vidare till Statens överklagandenämnd. Det tar normalt tre månader för nämnden att genomföra överläggningen. Knappt en procent av alla överklaganden som hanterades av Statens överklagandenämnd gick igenom 2012¹¹. Endast 11 personer av 1191 ärenden fick rätt. Enligt 21 § AF går Statens överklagandenämnds beslut inte att överklaga. År 2009 fick Statens överklagandenämnd in 1145 stycken överklaganden från anställningar inom Polisen¹². Därefter låg Arbetsförmedlingen som utgjorde 110 överklaganden till nämnden.

Det fästs stor vikt vid den personliga lämpligheten vid en statlig anställning, vilket är detsamma som personliga egenskaper och räknas till skicklighet¹³. Trots detta har den personliga lämpligheten en mindre betydelse när Statens överklagandenämnd bedömer sina ärenden.

I rättsfall där sökanden överklagar anställningsbeslutet på grund av diskriminering går fallet inte till Statens överklagandenämnd utan till AD, detta på grund av att diskrimineringsfall behandlas i AD.

Det går inte att överklaga både till Tingsrätt/AD och Statens överklagandenämnd vilket framgår av följande citat:

“Tvister mellan offentliga arbetsgivare och deras arbetstagare kan överprövas antingen av Tingsrätt och/eller Arbetsdomstolen enligt LRA eller genom överklagande i förvaltningsrättslig ordning, men inte enligt båda sätten.”¹⁴

2.3 Diskrimineringslagen

I AD 2004:44, ett rättsfall som vi kommer att studera, var gällande rätt Jämställdhetslagen (1991:433). JämL ersattes den 1 januari 2009 av Diskrimineringslagen¹⁵. Genom Prop. 2007/08:95 om förslag till diskrimineringslagen blev Europeiska Gemenskapens direktiv om

⁸ Hinn & Aspegren (2009 s. 29)

⁹ Hinn & Aspegren (2009 s. 31)

¹⁰ Statens överklagandenämnd

¹¹ ST:s fackliga tidskrift; Publikt (2013)

¹² ST:s fackliga tidskrift; Publikt (2010)

¹³ Arbetsgivarverket (2014 s. 73f)

¹⁴ Eklund, R m.fl. (2005 s. 66)

¹⁵ Garpe (2013 s. 7)

likabehandling genomfört i Sverige¹⁶. De lagrum AD 2004:44 utgår från är 15 och 17 punkt 1 §§ JämL. 15 § JämL har ersatts av 1 kap. 4 § punkt 1 DiskrL som handlar om direkt diskriminering. Med direkt diskriminering avses att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan i en jämförbar situation. Det gäller enbart om missgynnandet har med några av de sju diskrimineringsgrunderna att göra. 17 § punkt 1 JämL handlar om att en arbetsgivare inte får diskriminera den som söker arbete och den har ersatts av 2 kap. 1 § punkt 2 DiskrL. Det är av vikt att poängtera att DiskrL har sju diskrimineringsgrunder som innebär att en arbetsgivare inte får diskriminera någon på grund av kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning eller ålder, 1 kap. 1 § DiskrL. JämL omfattar endast *könsdiskriminering*. En arbetsgivare som bryter mot förbuden mot diskriminering ska betala diskrimineringsersättning enligt 5 kap. 1 § DiskrL.

2.3 Förfarandet vid överklagande

För att förtydliga gällande rätt vid överklagande av statlig anställning kommer vi kort att redogöra för det här. En sökande som anser sig vara skickligare än den som anställts kan lämna in överklagandet till den myndighet där hen sökt tjänsten¹⁷. Myndigheten lämnar i sin tur över till Statens överklagandenämnd, som granskar anställningen och fattar ett beslut. Enligt 21 § AF får nämndens beslut inte överklagas. Handlar det däremot också om brott mot diskrimineringslagen vid ett statligt anställningsbeslut ska talan föras enligt Lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister, och fallet hamnar då hos AD.

¹⁶ Prop. 2007/08:95 s. 2

¹⁷ Garpe (2013 s. 26ff)

3. AD 2010:91

Kärande: Diskrimineringsombudsmannen (DO),

Svarande: Staten genom arbetsgivarverket

Saken: Diskrimineringsersättning enligt diskrimineringslagen

Bakgrund

En 62-årig kvinna, inskriven på Arbetsförmedlingen som aktivt jobbsökande, sökte i februari 2009 två likadana statliga tjänster som jobbcoach hos Arbetsförmedlingen. Kvinnan kallades inte till anställningsintervju och tjänsterna tilldelades två kvinnor, 27 respektive 36 år gamla. Tvist uppkom mellan parterna om huruvida kvinnan utsatts för köns- och åldersdiskriminering. Vi kommer i denna uppsats endast beakta könsdiskrimineringen.

Diskrimineringsombudsmannen yrkande

DO menade att kvinnan uppfyllde kravprofilen i platsannonsen då hon bland annat hade 13 års erfarenhet av eget företagande, stor erfarenhet av olika coachingstekniker, samt flera relevanta högskoleutbildningar. Arbetsgivaren betonade att stor vikt skulle läggas vid personlig lämplighet.

AMS kallade tio personer till anställningsintervju. En av dem var en 23-årig man med en industrigymnasium utbildning och erfarenhet av lagerarbete, att vara maskinoperatör samt av att lägga golv. Att den här mannen kallades till intervju, och inte kvinnan, är anledningen till att DO yrkade på könsdiskriminering. Dock fick mannen inte anställningen. En av de som till sist fick anställningen var en 27-årig kvinna som hade en högskoleexamen i välfärdsarbete, samt två års arbetslivserfarenhet.

Kvinnan anmälde AMS till DO. AMS gav ett yttrande till DO den 2 juli 2009 om att anledningen till att kvinnan inte kallats till intervju eller anställd var att hon inte uppfyllde platsannonsens krav i samma utsträckning som de andra sökande. Utgångspunkten var att kvinnan inte hade tillräckliga meriter. Därefter, i oktober samma år, lämnar AMS nya uppgifter angående en bedömning av kvinnans agerande som arbetssökande hos dem. De hänvisade till anteckningar från ett telefonsamtal den 13 mars 2009, där det framkom att kvinnan låtit bli att söka ett arbete. Utifrån detta ansåg man att hon misskött sig som arbetssökande och därför inte lämpade sig som jobbcoach. Detta var anledningen till att de inte kallade henne till intervju. DO menade att det som framkom av telefonsamtalet omöjligt kan ha legat till grund för att kvinnan inte blev inkallad till intervju. Anställningsbesluten tillkännagavs den 6 respektive 13 mars 2009, det vill säga innan och respektive samma dag som telefonsamtalet ägde rum.

AMS ger vid ett senare tillfälle ytterligare en förklaring till varför de inte kallade in kvinnan till intervju. Anledningen skulle vid det utlåtandet vara på grund av stress samt att verksamhetschefen vid ett tillfälle pratat med två av sina arbetsförmedlare vilka påstod att kvinnan inte skulle passa in i arbetslaget.

DO menade att tilltron till AMS:s förklaringar brast då den ändrades två gånger. Vidare betonade DO på att AMS är en statlig myndighet som ska sätta skicklighet och förtjänst främst oavsett tidspress.

Arbetsförmedlingens yrkande

Verksamhetschefen som ansvarade för rekryteringen bedömde aldrig den 62-åriga kvinnans yrkesmeriter. Tidigt i anställningsprocessen fick hon kännedom om två medarbetares intryck om kvinnan då de ifrågaställde hennes personliga lämplighet. De menade att kvinnan, då hon var arbetssökande, hade uppträtt arrogant och oödmjukt och därför inte skulle lämpa sig för tjänsten som arbetscoach. Verksamhetschefen hade hög tilltro till medarbetarna och

ifrågasatte därför inte deras omdöme, detta var grunden till att kvinnan inte kallades till intervju eller anställdes. AMS ansåg alltså att kvinnans personliga lämplighet inte var likvärdig med resten av de sökande. De menade vidare att kvinnan uppfyllde kraven för anställningen, men att de som kallades in till intervju visade en större bredd i yrkeserfarenhet och utbildning. Härav menar AMS att anledningen till att kvinnan inte kallades till intervju eller anställdes alltså inte hade med kön att göra utan handlade om den personliga lämpligheten. Det var 10 personer som kallades till intervju och av dem var majoriteten kvinnor vilket tyder på att det inte handlade om könsdiskriminering.

Arbetsdomstolen

AD ansåg att kvinnan uppfyllde kravet på utbildning, då hon hade högskoleutbildning, vilket efterfrågades i annonsen. De menade även att kvinnan på grund av hennes långa och varierande yrkeserfarenhet också uppfyllde kravet på erfarenhet som önskades i annonsen. AD jämförde den 62-åriga kvinnan med den 27-åriga kvinnan som fick den ena tjänsten. Även här ansåg AD att den 62-åriga kvinnan hade bredare erfarenhet då den 27-åriga kvinnan enbart hade två års yrkeserfarenhet samt ingen erfarenhet av entreprenörskap vilket däremot den 62-åriga kvinnan hade.

Angående könsdiskriminering menar AD att två av männen som kallades till intervju hade sämre kompetens än den 62-åriga kvinnan och inte uppfyllde kravprofilen. Det innebär att kvinnan blivit könsdiskriminerad på grund av att hon inte kallades till intervju medan de underkvalificerade männen kallats. Vid sin slutliga bedömning ansåg AD att AMS inte lyckades bevisa att beslutet om att inte kalla in den 62-åriga kvinnan saknat samband med hennes kön.

AD menar att man ska inhämta uppgifter om den sökandes personliga lämplighet på ett objektivt sätt. Det normala sättet är att hämta in referenser från tidigare arbetsgivare samt att arbetsgivaren bör göra en egen bedömning av den sökande vid en arbetsintervju. Detta menade AD att AMS inte gjorde då verksamhetschefens samtal med de två medarbetarna inte kunde liknas med en referensinhämtning från en tidigare arbetsgivare då medarbetarna inte hade någon erfarenhet av henne som arbetstagare utan enbart som arbetssökande. Verksamhetschefen hade inte heller utrett vilka eventuella grunder som kunde ha legat bakom medarbetarnas uppfattning om den 62-åriga kvinnan.

AD gjorde en helhetsbedömning och vägde bland annat in diskriminering på grund av kön då hon inte kallades till intervju. Kvinnan fick inte ens chans att komma på intervju och därför hade hon inte heller möjlighet att konkurrera med de andra sökande. Det kan jämföras med att förbigås vid ett anställningsbeslut då man har företrädesrätt till återanställning.

AD menar att oavsett om rekryteringsprocessen sker under tidspress eller ej så ska en statlig myndighet vid en anställning enbart beakta sakliga grunder såsom förtjänst och skicklighet. AD betonade dock på att det handlade om en visstidsanställning och inte en tillsvidareanställning vilket man bör väga in vid bedömningen.

AD ålade staten, via Arbetsgivarverket, att betala 75.000 kr i diskrimineringsersättning till kvinnan.

AMS ansågs vara den förlorande parten och fick därför ersätta DOs rättegångskostnader vilka uppgick till 44.942 kr.

4. AD 2004:44

Kärande: Jämställdhetsombudsmannen (JämO),

Svarande: Staten genom arbetsgivarverket

Saken: Otillåten könsdiskriminering

Bakgrund

En kvinnlig polisinspektör sökte en tjänst som kommissarie med funktionen utredningschef vilken utlystes den 14 mars 2002. Kravprofilen innehåll bland annat att sökanden skulle ha god arbetsledningsförmåga, samarbetsförmåga, administrativ förmåga samt stor utredningsvana. Kvinnliga sökande uppmuntrades särskilt att söka tjänsten. Den 8 maj 2002 beslutade polismyndigheten att anställa en manlig polisassistent till tjänsten och tvist uppkom om huruvida myndigheten genom det hade begått brott mot 15 § och 17 § punkt 1 JämL.

JämOs yrkande

Vid tillsättningen av tjänsten beaktades den manliga polisassistentens ansökan trots att den lämnades in fyra dagar efter ansökningstidens slut. JämO menar att polismyndighetens handläggning av ärendet har visat på bristande dokumentation, övervärdering av mannens meriter samt förbiseende av jämställdhetsaspekten.

JämO menade att kvinnan var den mest lämpliga då hon hade längre arbetslivserfarenhet än mannen, var överlägsen då det gällde utbildning, samt tidigare tjänstgjort som vakthavande befäl under kortare perioder. Därför hävdade JämO att kvinnan borde ha ansetts uppfylla kravet på arbetsledningsförmåga bättre än mannen som inte arbetat specifikt med arbetsledning.

Angående kravet på god utredningsvana menade JämO att kvinnan hade ett försprång jämfört med mannen då hon i cirka 14 år arbetat som brottsutredare samt var utbildad i avancerad förhørsledning. Till skillnad från mannen så talar kvinnan finska, vilket borde vägas in i bedömningen då språkkunskaper räknas som en del av skickligheten.

En av kvinnans tidigare referenter uppgav att kvinnans utredningar ibland brast i kvalitet. Referenten hade inte tjänstgjort där kvinnan arbetade åren innan rekryteringen ägde rum, så uttalandet handlade alltså inte om någon utredning kvinnan gjort de senaste åren. Det bör också tilläggas att kvinnan vidareutbildat sig efter referensintagningens tidpunkt och att hennes utredningar efter det blivit bättre/bra enligt en annan referens.

JämO ansåg att kvinnan var den mest meriterade för tjänsten. Förutom förtjänst och skicklighet ska det vid en statlig anställning läggas vikt vid andra sakliga grunder och jämställdhetsintresset är en av dessa. Trots att kvinnan, enligt JämOs bedömning, var mer kvalificerad än mannen valde Polismyndigheten att tillsätta honom vilket JämO menade innebar att kvinnan utsattes för könsdiskriminering. JämO menade också att mannens meriter överdrevs.

Polismyndighetens yrkande

Trots att mannens ansökan kom in fyra dagar försent valde myndigheten att inte förbise den då man enligt rättspraxis får göra det om särskilda skäl föreligger. Ett särskilt skäl kan vara om sökanden anses vara "avsevärt överlägsen sina medsökanden"¹⁸.

Samma referent som tyckte att kvinnans utredningar blivit bättre/bra visade dock tvivel till kvinnans initiativförmåga och handlingskraft samt att hon kunde ha svårt att få gehör från underordnade.

¹⁸ Garpe (2013 s. 22)

Mannen som fick tjänsten hade cirka fyra års erfarenhet av spaning, utredning och av att vara ordningspolis. Under ett drygt år arbetade han med grov narkotikabrottslighet och var förhållningsledare. En närpolischef gav omdöme om mannens personliga egenskaper och menade att han hade potential att vara arbetsledare trots bristande erfarenhet. Han beskrev mannen som en person som frambringar entusiasm hos kollegor och att han hade hög arbetskapacitet. En kommissarie beskrev dessutom mannen som en sällsynt bra förhållningsledare. Polismyndigheten lade vid denna anställning störst vikt vid lämpliga personliga egenskaper och efter referentintagning ansågs mannen vara mest lämpad för tjänsten.

Det gjordes nya referentstagningar då JämO kritiserat polismyndigheten för att inte ha haft aktuella referenser. Den nya referenten menade att kvinnan inte visat tillräcklig förmåga att leda verksamheten under ett tidigare vikariat. På dessa grunder menar Polismyndigheten att de handlat korrekt och satt skickligheten främst vid anställningsbeslutet. Det innebär att kvinnan och mannen ej var i en jämförbar situation, kvinnan kan alltså inte ha blivit könsdiskriminerad.

Arbetsdomstolen

AD menade att kvinnan hade ett försprång gentemot mannen då det gällde utbildning, samtidigt som de såg kvinnans språkkunskaper som en fördel. Hon hade också längre arbetslivserfarenhet. AD menade dock att mannens arbetslivserfarenhet nästan kunde liknas vid kvinnans då hennes utredningar varit av bristande kvalitet medan mannens alltid var av hög standard och lett fram till fällande domar.

Annonsen gjorde det tydligt att stor vikt skulle fästas vid de personliga egenskaperna hos de sökande. För att AD ska kunna bedöma någons personliga egenskaper bör man främst se till referenser för att höra deras uppfattning om de sökande. I detta fall framkom det av referenserna att mannen ansågs som den klart lämpligaste. Vidare ansåg AD inte att JämOs påstående om att mannens meriter skulle ha överdrivits stämde.

Kvinnan och mannen kan alltså inte ha ansetts vara i en jämförbar situation vid tillsättningen av den aktuella tjänsten vilket inte gör att det kan ha handlat om könsdiskriminering.

AD avisade JämOs talan.

JämO ansågs vara den förlorande parten och AD ålade JämO att ersätta staten via Polismyndigheten med 88.771 kr.

5. Analys

I båda domarna ställs två sökanden mot varandra. En gemensam nämnare för domarna är att de båda kvinnorna har tyngre teoretiska kvalifikationer och längre arbetslivserfarenhet än de som anställdes. Kvinnorna har båda två valts bort på grund av deras bristande personliga lämplighet.

I AD 2010:91 dömde domstolen till DO:s fördel och kom fram till att den 62-åriga kvinnan hade blivit könsdiskriminerad. Kvinnan blev inte ens kallad till intervju trots att hon uppfyllde kravprofilen bättre än de flesta sökanden och två av de sökanden var män som hade betydligt sämre meriter än kvinnan. Kvinnan har därför blivit utsatt för direkt diskriminering enligt 1 kap. 4 § punkt 1 DiskrL, vilket innebär att hon missgynnats då hon varit i en jämförbar situation med de andra sökanden. I AD 2004:44 gick inte JämO:s bestridande av anställningsbeslutet igenom. AD ansåg inte att de sökande var i en jämförbar situation då mannen som fick tjänsten ansågs vara mer lämpad än kvinnan. De var därför inte i en likvärdig situation och arbetsgivaren hade uppfyllt sina skyldigheter vid anställningsförfarandet.

Båda domarna handlar om direkt diskriminering enligt 1 kap. 4 § punkt 1 DiskrL. En av de mest avgörande faktorerna till att utfallet blev olika i domarna är om personerna i fråga borde ha behandlats lika, alltså om de var i en jämförbar situation. Något som är viktigt för att avgöra om sökanden befinner sig i en jämförbar situation är att se på de sökandes meriter i förhållande till kraven i annonsen. En av de viktigaste sakerna en arbetsgivare alltså bör ha i åtanke är hur platsannonsen utformas. Arbetsgivaren ställde många krav i platsannonsen för tjänsten som jobbcoach och lämnade lite utrymme för att kunna anställa den som faktiskt var mest personligt lämplig. I annonsen för tjänsten som kommissarie med funktion som utredningschef fanns däremot relativt få krav och det skrevs uttryckligen att stor vikt skulle läggas vid den personliga lämpligheten. Dessa skillnader påverkade utfallet i AD.

Eftersom dessa fall dels handlade om skicklighet och förtjänst vid statlig anställning hade den naturliga rättsliga gången varit att överklaga anställningsbeslutet till Statens Överklagandenämnd. Men då dessa fall även handlar om diskriminering på grund av kön överklagades besluten istället till AD. Förtjänst och skicklighet måste ändå beaktas av AD när det rör sig om en statlig anställning då avseende endast ska fästas vid sakliga grunder, 4 § 1 st. LOA. De sakliga grunderna ligger alltså även till grund för att avgöra om de sökande är i en jämförbar situation vid anställningsförfarandet.

Förutom förtjänst och skicklighet kan jämställdhetsmål vara en saklig grund vid statlig anställning, 4 § AF. I platsannonsen gällande tjänsten som kommissarie med funktion som utredningschef framgick det att kvinnliga sökande uppmuntrades, men trots det dömde inte AD till kvinnans fördel. Grunden för det var att den manliga sökanden ansågs som skickligare vilket innebar att de båda ej ansågs vara i en jämförbar situation. Då de båda sökanden ej befann sig i en jämförbar situation kan inte könsdiskriminering ha förekommit.

6. Vår slutsats

I dom 2010:91 angående arbetet som jobbcoach var dombeslutet enhälligt. I dom 2004:44 hade däremot två av sju ledamöter en skiljaktig mening och vi är benägna att hålla med dem om att beslutet var tvivelaktigt. Då vi läste domen upplevde vi det som att mannens meriter kan ha överdrivits, precis som JämO yrkat. Flera av referenterna har påstått att mannen till skillnad från kvinnan hade lättare att få gehör från underordnade, och det kan vara så att mannen faktiskt är en bättre ledare, men vi vill också lyfta fram genusaspekten i det hela. Män ses i allmänhet som mer naturliga ledare och vår tanke är att anledningen till att kvinnan inte får lika stort gehör hos sina underordnade kan vara på grund av att hon är just kvinna. Detta är ett större strukturellt samhällsproblem och vi har förståelse för att AD inte kan ta hänsyn till det.

Något vi tror är en stor svårighet för AD då det gäller diskrimineringsärenden för en statlig anställning är hur man bedömer den personliga lämpligheten. Vi upplever att på dagens arbetsmarknad lägger många arbetsgivare allt större vikt vid den personliga lämpligheten under anställningsförfarandet. Vi anser att det därför är av stor vikt att lämna utrymme i platsannonser och inte ställa för många krav för att sedan faktiskt kunna bedöma sökandens personliga lämplighet vid en eventuell intervju.

Trots mannens sena ansökan valde arbetsgivaren att beakta den. Arbetsgivaren får beakta sena ansökningar i de fall den sökande anses vara avsevärt överlägsen de andra sökanden. Vi finner detta intressant då vi undrar var gränsen för "avsevärt överlägsna meriter" går. AD menade att kvinnans långa arbetslivserfarenhet med något bristande kvalitet kunde jämföras med mannens korta arbetslivserfarenhet då den alltid varit av hög kvalitet. Här vill vi poängtera att kvinnan, då hon arbetat längre än mannen, också haft längre tid på sig att göra misstag. Vi anser att då mannen arbetat en betydligt kortare tid kan han inte ses som avsevärt överlägsen. Både avsevärt och överlägsen upplever vi som starka ord och i det här fallet tycker vi inte att det är solklart att han är så pass mycket bättre än kvinnan som sökte tjänsten. Vi ifrågasätter om utfallet hade blivit annorlunda om mannen inte hade varit verksam i myndigheten på denna ort tidigare. Om mannen hade varit okänd för arbetsgivaren på orten och bara skickat in sitt CV för sent, hade då ansökan ens tagits i anspråk?

Referensinhämtningen kunde ha varit bättre i båda fallen. I AD 2004:44 använde sig Polismyndigheten av gamla referenter, vilket kan ge en felaktig bild av den sökande. I AD 2010:91 tror vi att AMSs efterhandskonstruktion var en bidragande anledning till att AD dömde till den 62-åriga kvinnans fördel. Den handlade om en referenstagnation som gjordes efter att anställningsbeslutet hade ägt rum. Dessutom var de här referenterna inga tidigare kollegor eller arbetsgivare till kvinnan utan de hade enbart träffat kvinnan då hon varit arbetssökande hos AMS. Vi tänker att det är av vikt att arbetsgivaren kontaktar så nya referenser som möjligt med aktuella uppgifter om den sökande och att arbetsgivaren inte ska stödja sitt beslut på sent inhämtade referenser.

Något vi finner intressant är att de flesta överklaganden som kom till Statens överklagandenämnd under år 2009 i första hand var från Polisen och i andra hand från Arbetsförmedlingen. Detta tyder på att dessa två myndigheter vid tillfällena haft många brister i sina anställningsförfaranden, vilket kan vara något för AD att beakta i fall där dessa två myndigheter är en part.

Avslutningsvis har vi kommit fram till att det är mycket man ska tänka på som en statlig arbetsgivare för att förhindra att en arbetstagare blir diskriminerad. Det är många regler att ta hänsyn till, vilket gör det lätt för arbetsgivaren att begå misstag. Viktiga faktorer för en lyckad rekryteringsprocess är till exempel att lägga ner tid på att göra en bra platsannons som lämnar

utrymme för att kunna lägga vikt vid den personliga lämpligheten. Att ta in aktuella och relevanta referenser är också grundläggande för att man som arbetsgivare ska kunna visa att anställningsförfarandet gått riktigt till. Vi menar att om man uppmanar ett visst kön att söka tjänsten förpliktar det till att väga in könsaspekten extra mycket vid anställningen.

Vi tror att något av det svåraste för en statlig arbetsgivare är att under hela anställningsprocessen vara objektiv, särskilt om sökanden är kända för arbetsgivaren sedan tidigare.

Trots att de två rättsfall vi valde att studera var relativt lika fick de ändå olika utfall. Det visar på att det är svårt att uppnå konsensus och att ämnet könsdiskriminering i statlig tjänst är komplext eftersom arbetsgivaren har många regler att ta hänsyn till.

7. Källförteckning

Offentligt tryck

Att anställa 2014 utgiven av Arbetsgivarverket 2014-12-16 Tillgängligt:

http://www.arbetsgivarverket.se/upload/Avtal-Skrifter/Skrifter/Att%20anstalla_141216.pdf

Hämtad: 07.10.2015

Statens överklagandenämnd: <http://www.kammarkollegiet.se/n-mndmyndigheter/statens-verklaganden-mnd>

Prop. 2007/08:95 - Ett starkare skydd mot diskriminering

Litteratur

Hinn, E. & Aspegren, L. *Offentlig arbetsrätt*: Norstedts Juridik; 2009.

Holm, Anders & Kellgren, Jan. *Att skriva uppsats i rättsvetenskap - råd och reflektioner*; Författarna och Studentlitteratur; Polen: 2007

Juridicum.se (Peter Wahlgren, senast ändrat 25.08.2011):

http://www.juridicum.su.se/iri/docs/Rattsfragor_kring_tjanster_i_nat/

Olshage, Peter STs fackliga tidskrift; Publikt 13.04.2010:

<http://www.publikt.se/artikel/fler-far-ratt-nar-anstallning-overklagas-12175>

Eklund, R m.fl. *Rättegången i arbetstvister - lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen*; Nordstedts Juridik AB, Stockholm; 2005

STs fackliga tidskrift; Publikt 08.02.2013:

<http://www.publikt.se/artikel/fa-far-ratt-vid-overklagande-15410>

Rättsfallsregister

AD 2004:44

AD 2010:91

Övrigt:

Garpe, Bengt. *Anställning hos staten*. Upplaga 4, Karlstad; 2013

Karnov Juridik, Databas