

DECEMBER 2018

Nyheter i arbetsrätt

I detta nyhetsbrev kan du läsa om följande:

- ▶ Juridiken vid rekrytering
- ▶ Nyheter och rättsfall hösten 2018

Juridiken vid rekrytering

Utgångspunkten är att arbetsgivarens anställningsrätt är fri. Det innebär att en arbetsgivare kan använda vilka kriterier för anställning som helst, använda vilket underlag som helst för att bedöma en sökandes lämplighet, utforma en annons hur som helst, ställa vilka frågor som helst på en intervju och – slutligen – anställa vem som helst.

Den senaste tidens utveckling innebär en rättsligt förändrad situation. Genom främst regler i diskrimineringslagen och i EU:s dataskyddsförordning (GDPR) har de olika stegen under en rekrytering fyllts av juridiska avvägningar.

Några juridiska utgångspunkter

En rekryteringsprocess kan delas in i sex huvudsakliga steg; behovsprövning, profil och utlysning, sällning, meritprövning, intervju och beslut.

Det ska inledningsvis noteras att det inte finns någon lag som särskilt reglerar rekryteringsprocessen, även om exempelvis anställningsskyddslagen innehåller vissa regler som en arbetsgivare måste beakta vid rekrytering.

Särskilda regleringar som finns inom vissa områden, exempelvis statliga sektor, samt inhyrning/bemannning och ett rekryteringsföretags ansvar kommer inte att tas upp här.

Diskrimineringslagen

Diskrimineringslagen omfattar sju skyddade intressen; nämligen kön, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionsnedsättning, sexuell läggning, könsöverskridande identitet eller uttryck samt ålder.

Genom lagen förbjuds till en början direkt diskriminering. Direkt diskriminering innebär att någon har blivit missgynnad, i jämförelse med någon annan som befund-

nit sig i en likartad situation och där det finns ett orsaksamband med en diskrimineringsgrund. Det handlar typiskt sett om en direkt jämförelse mellan individer. I AD 2008 nr 47 var frågan om en sökande med annan härkomst än svensk blivit missgynnad genom att inte få en praktikplats. Arbetsdomstolen vägde de sökandes meriter och kom med hänsyn till kriteriet personlig lämplighet fram till att det inte ägt rum någon diskriminering.

Indirekt diskriminering tar sikte på arbetsgivarens kriterier för att anställa. Om arbetsgivaren tillämpar ett kriterium som framstår som neutralt men som särskilt missgynnar någon grupp, måste arbetsgivaren påvisa att kriteriet varit sakligt grundat. I AD 2005 nr 87 gällde det en arbetsgivare som ställde upp ett krav på att arbetstagare måste ha en viss längd, 163 centimeter. Kravet var neutralt men missgynnade särskilt kvinnor. Då arbetsgivaren visserligen hade haft ett godtagbart syfte – att motverka förslitningsskador – men inte kunde påvisa att just längden 163 centimeter var av avgörande betydelse, bedömde Arbetsdomstolen att det ägt rum indirekt diskriminering i förhållande till en sökande kvinna.

I diskrimineringsfallen gäller en särskild bevisbörderegeln. Den som anser sig diskriminerad ska ange fakta som ger anledning anta att diskriminering ägt rum. Det ligger därefter på den andra parten – i berörda fall arbetsgivaren – att visa att det inte ägt rum någon diskriminering.

Om arbetsgivaren bryter mot diskrimineringslagen kan denne förpliktas att utge ett särskilt skadestånd; diskrimineringsersättning.

Dataskyddsförordningen (GDPR)

GDPR ersatte den 25 maj 2018 personuppgiftslagen. I och med detta försvann den så kallade missbruksre-

geln, som innebar förenklad hantering av personuppgifter i ostrukturerat material (så som löpande text, e-post m.m.). Under GDPR gäller nu samma regler för all personuppgiftsbehandling.

GDPR är i princip tillämplig på all digital behandling av personuppgifter. Personuppgifter är varje upplysning som avser en identifierad eller identifierbar fysisk person, eller kan kopplas till en fysisk person. Exempel på personuppgifter är personnummer, namn och adress.

Behandling av personuppgifter har en bred betydelse och omfattar alla former av åtgärder med uppgifterna, exempelvis insamling, registrering, användning och strukturering; det vill säga allt man kan tänkas göra med uppgifterna.

GDPR innehåller flera grundläggande principer för behandlingen. Exempelvis är det endast tillåtet att samla in personuppgifter för angivna och berättigade ändamål och uppgifterna får inte senare behandlas på ett sätt som är oförenligt med det ursprungliga ändamålet. Uppgifterna ska vidare behandlas på ett lagligt, korrekt och öppet sätt gentemot den registrerade.

För att behandlingen ska vara laglig krävs att det finns rättsligt stöd för behandling. De rättsgrunder som en arbetsgivare främst kan stödja sig på inom ramen för en rekryteringsprocess är avtal, intresseavvägning, rättslig förpliktelse och samtycke. Angående samtycke ska uppmärksammas att en arbetsgivare endast i sista hand bör stödja sig på denna rättsgrund i en rekryteringsprocess. Detta då det som huvudregel inte anses möjligt för arbetssökanden att samtycka till all behandling av personuppgifter och då ett samtycke alltid kan återkallas.

Vissa typer av personuppgifter har ett starkare skydd enligt GDPR; känsliga personuppgifter. Detta gäller bland annat uppgifter om den registrerades hälsa, medlemskap i fackförening, religiösa övertygelser och lagöverträdelse. Behandling av sådana uppgifter är som huvudregel förbjuden.

Arbetsgivaren är skyldig att följa hanteringsreglerna i GDPR. Detta innefattar bland annat skyldigheten att föra register över all behandling, informera de registrerade om hur och när deras personuppgifter behandlas, vidta lämpliga säkerhetsåtgärder och radera uppgifterna när de inte längre behövs för ändamålet som de samlades in för.

Om arbetsgivaren behandlar personuppgifter i strid mot GDPR kan arbetsgivaren bli skadeståndsskyldig gentemot den enskilda eller åläggas sanktionsavgift om maximalt 20 miljoner euro.

Steg 1 – Behovsprövning

En rekryteringsprocess inleds vanligtvis med att arbetsgivaren analyserar verksamhetens behov och överväger

kompetensprofilen för den person som ska anställas.

Ibland måste arbetsgivaren uppfylla ett rekryteringsbehov på annat sätt än genom nyrekrytering. Typiskt sätt kan det handla om skyldigheten enligt anställningsskyddslagen att i vissa fall ge en deltidsanställd utökad sysselsättningsgrad eller reglerna om företrädesrätt till återanställning. Arbetsgivaren måste vidare beakta kravet på aktiva åtgärder enligt diskrimineringslagen. Om arbetsgivaren önskar få någon form av offentligt bidrag för en nyanställd, kan detta påverka kompetensprofilen.

Steg 2 – Profil och utlysning

När det gäller profilen på den arbetsgivaren vill anställa kan det först konstateras att det i vissa fall finns en skyldighet för arbetsgivaren att ställa upp vissa kriterier enligt särskild lagstiftning. Det kan gälla krav på legitimation, svenskt medborgarskap eller något annat förhållande som krävs för att arbetsgivaren ska få behålla en auktorisation.

Det handlar därefter om att vissa kriterier tydligt innebär problem i förhållande till diskrimineringslagen. Det kan gälla om arbetsgivaren ställer upp krav på viss längd (AD 2005 nr 87), krav på att den arbetssökande talar god svenska (AD 2002 nr 128) och att en arbetssökande inte har funktions-nedsättningar (AD 2003 nr 47). Under senare tid har det avgjorts mål i Arbetsdomstolen där frågan varit om arbetsgivaren diskriminerat på grund av religion. I AD 2018 nr 51 fann Arbetsdomstolen att en arbetsgivare som hade avbrutit en rekrytering när den arbetssökande inte handhållsade på män, gjort sig skyldig till diskriminering på grund av religion. I målet kunde arbetsgivaren inte påvisa att det skulle uppstå några särskilda problem i verksamheten om arbetstagararen inte handhållsade.

Målen visar att diskrimineringslagen faktiskt har betydelse för vilka kriterier för anställning en arbetsgivare kan ställa upp. Arbetsgivaren måste i varje enskild situation enligt diskrimineringslagen kunna påvisa att kriterierna varit motiverade och att en viss sökande inte levt upp till kriterierna.

När det gäller annonsen har den betydelse i två juridiska hänseenden. För det första kan annonsens innehåll faktiskt vara diskriminerande i sig, även om den vänder sig mot en vid krets. Detta framgår av en dom från EU-domstolen. För det andra har annonsen betydelse när arbetsgivaren ska försvara sig i ett mål gällande diskriminering. Om arbetsgivaren då ställer upp andra kriterier än de som har angivits i annonsen, får arbetsgivaren bevisproblem. Annonsen kan därmed sägas utgöra ramen för arbetsgivarens rekryteringsprocess.

Steg 3 – Sällning

Efter att utlysning skett sker normalt en sällning bland de sökande. Diskrimineringslagen är tillämplig på åtgär-

der under rekryteringsprocessen; såsom bortsällning. Sådana åtgärder kan utgöra direkt diskriminering om de sker på ett osakligt, diskriminerande sätt. De kan oftare utgöra indirekt diskriminering.

Arbetsgivaren har inte enligt lagen någon skyldighet att till en bortsälad sökande uppge skälen till åtgärden. Om arbetsgivaren ändå vill motivera sitt beslut finns det med beaktande av diskrimineringslagen skäl att överväga vad som ska sägas.

Steg 4 – Meritprövning

Ofta vill en arbetsgivare sammanställa information om de sökande i exempelvis ett Excelark samt genomföra olika slag av kontroller. Dessa åtgärder faller oftast under GDPR vilket kraftigt begränsar möjligheten att genomföra åtgärder.

Det är inte tillåtet för arbetsgivaren att göra en digital sökning mot exempelvis sk. terroristlistor. Arbetsgivaren får inte heller i digital form behandla information om fällande domar från belastningsregistret. Sociala medier- profilering – som innebär att arbetsgivaren sammanställer information om den sökande via träffar på sociala medier – kan vara möjlig. Detta förutsätter dock typiskt sett ett mycket starkt skäl, exempelvis vid rekrytering till högre befattningar.

Steg 5 – Intervjun

Under en intervju gäller att arbetsgivaren får ställa vilka frågor som helst. Däremot får arbetsgivaren inte hur som helst behandla den information som erhålles vid intervjun, utan GDPR sätter ramar för detta. Dessutom kan arbetsgivaren genom valet av frågor komma att beröra något eller några skyddade intressen enligt diskrimineringslagen. Om den sökande då inte skulle få anställningen kan arbetsgivaren hamna i bevisproblem med hänsyn till de frågor som ställdes.

Utgångspunkten för intervjun är att den sökande inte självmant behöver lämna ofördelaktiga uppgifter om sig själv. Denna huvudregel gäller upplysningar om hur man lever sitt liv och hur man är och har prövats i bland annat rättsfallen AD 2000 nr 81 gällande tidigare missbruk och AD 1997 nr 36 gällande tidigare brottslighet. En gräns går dock när det gäller väsentliga kvalifikationer som har betydelse för möjligheterna att utföra arbetet. Om den arbetssökande förtiger sådan information – eller lämnar felaktig information – kan det rättsligt sätt handla om svek. Arbetsgivaren är då enligt avtalsrättsliga principer inte bunden av ett träffat anställningsavtal. I AD 2005 nr 64 förklarades ett avtal ogiltigt då arbetstagen lämnat missledande information om sin erfarenhet inom området. I domen AD 2014 nr 39 prövades om ett anställningsavtal var ogiltigt, då en arbetssökande angivit att hon var behörig för en viss lärartjänst. Arbetsdomstolen fann dock att behörighetsreglerna var oklara, att arbetstagen agerat i god tro och att arbetsgivaren

därför fick bära bördan av att förutsättningarna brast.

Ett nästa steg är ofta inhämtande och sammanställande av referenser. Om informationen sammanställs digitalt är GDPR tillämplig. Ofta lämnas känslig information i en referenstagning, vilket ställer särskilda krav på behandlingen av uppgifterna.

Som en utgångspunkt är det inte tillåtet att kontakta andra personer än de referenser den sökande angivit, under förutsättning att informationen behandlas på sådant sätt att GDPR är tillämplig.

Steg 6 – Anställningsbeslutet

I syfte att undvika att diskriminering äger rum under ett rekryteringsförfarande är det viktigt att arbetsgivaren har en strukturerad beslutsprocess. Ett gott råd är att tillämpa en trattmodell och stegvis utifrån de uppställda kriterierna minska antalet sökanden.

Det är viktigt att det framgår hur arbetsgivaren gått till väga i de olika stegen och även att olika moment i utvärderingen dokumenteras. Det är ofta lämpligt att definiera vad som mer exakt ligger i kriteriet "personlig lämplighet".

Det är slutligen viktigt att arbetsgivaren inte handlar förhastat, vilket AD 2008 nr 51 är ett exempel på. När arbetsgivarens företrädare agerade spontant, fanns det inte utrymme att reda ut vad arbetstagens annorlunda hälsning kunde innebära i och för verksamheten. Om en sådan analys hade gjorts, är det inte alls säkert att Arbetsdomstolen hade funnit att det rörde sig om diskriminering.

Avslutande reflektion

Avslutningsvis kan tre viktiga punkter anges.

- Arbetsgivaren bör ha en strukturerad rekryteringsprocess, för att undvika överträdelse av GDPR och diskrimineringslagen. Det finns juridik i varje steg i rekryteringsprocessen, men om denna hanteras korrekt kommer det att vara arbetsgivarens fria val som avgör vem som ska anställas
- Utformningen av annonsen är viktig; inte minst för att den i en domstolsprövning kommer att utgöra ramen för arbetsgivarens motivering för anställningsbeslutet
- Den sökandes upplysningsplikt är inte så omfattande som man vill tro. Arbetsgivaren gör därför klokt i att kvalitetssäkra informationen mot andra källor

Nyheter och rättsfall

Nyheter

Förstärkt rehabilitering

Den 1 juli 2018 infördes, som ett led i ett åtgärdsprogram för ökad hälsa och minskad sjukfrånvaro, en skyldighet för arbetsgivare att tillsammans med den berörde arbetstagaren ta fram en plan för återgång i arbete (SFS 2017:1306). Detta ska göras när arbetstagaren varit frånvarande i 30 dagar och det kan förväntas att arbetsförmågan kommer att vara nedsatt under minst 60 dagar. Endast om det är uppenbart att återgång i arbete är omöjlig är arbetsgivaren befriad från denna skyldighet.

Entreprenörsansvar för lönefordringar

Inom ramen för bygg- och anläggningsentreprenader gäller sedan den 1 augusti 2018 nya regler (SFS 2018:1472). En arbetstagare som inte får lön av sin arbetsgivare kan sedan viss tid gått kräva annan entreprenör i entreprenadkedjan; i första hand arbetsgivarens uppdragsgivare och i andra hand huvudentreprenören. Den som infriar lönefordran får regressrätt mot arbetsgivaren. Entreprenörerna har informationsskyldighet mot arbetstagarna i de hänseenden som krävs för att kunna göra ansvaret gällande. Lagregleringen kan ersättas av kollektivavtalsreglering.

Karensavdrag ersätter karensdag

Genom SFS 2018:648 träder nya regler om karensavdrag i kraft den 1 januari 2019. Syftet med de förändrade reglerna är att skapa större rättvisa för arbetstagare som har oregelbunden och obekvämt arbetstid. Karensavdraget ska utgöra 20 procent av sjuklönen beräknad för en genomsnittlig arbetsvecka. Om den genomsnittliga veckolönen är 7 000 kr är sjuklönen 5 600 kr (80 %) och karensavdraget 1 120 kr (20 % av sjuklönen), vilket motsvarar frånvaro under 8 timmar. Motsvarande regler kommer att gälla för sjukpenning. För den kollektivavtalsreglerade delen av arbetsmarknaden kommer förändringen att införas successivt i takt med att avtalen anpassas.

Förlängt anställningsskydd (höjd pensionsålder)

I syfte att minska hindren för ett längre arbetsliv föreslås den ålder vid vilken arbetsgivaren kan kräva att arbetstagaren går i pension (LAS-åldern eller avgångsskyldighetsåldern) att höjas i två steg – den 1 januari 2020 från 67 till 68 år och den 1 januari 2023 från 68 till 69 år. Ändringar föreslås i 32 a och 33 §§ LAS.

Rättsfall

AD 2018 nr 66

Twist uppkom mellan en arbetstagare och hans arbets-

givare rörande semesterförläggningen. Arbetstagaren ville ha fyra veckors semester med början den 13 juli, men arbetsgivaren motsatte sig ledighet den första veckan. Arbetstagaren inställde sig inte på arbetet den 13 juli, och arbetsgivaren skickade då ett varningsbrev till honom. Arbetstagaren var fortsatt frånvarande hela veckan och på fredagen den 17 juli mottog han en bekräftelse på att han sagt upp sig själv. Slutlön utbetalades den 24 juli. Arbetstagaren fortsatte att vara frånvarande under hela fyraveckorsperioden. Arbetsdomstolen fann att det var arbetsgivaren som genom sitt besked den 17 juli avskedat arbetstagaren, men ansåg att det fanns laga grund för åtgärden då arbetstagaren varit olovligt frånvarande i fem dagar och kunde förväntas vara borta ytterligare flera veckor.

AD 2018 nr 49

Fyra arbetstagare sade upp sig från ett företag, A, och startade en med A konkurrerande verksamhet. Två av dem, som var gifta med varandra, var bundna av konkurrensklausuler i form av konkurrensförbud. Den ena av dem, IH, hade tidigare varit ägare till och var en nyckelperson i verksamheten medan hennes make, SÅH, bara var anställd. Konkurrensklausulerna hade en bindningstid om två år och innehöll ingen särskild ekonomisk kompensation. En fråga i målet var om konkurrensförbuden var giltiga.

Arbetsdomstolen redogjorde för den restriktiva syn som i domstolens praxis uppställts vid prövningen av konkurrensförbud. Arbetsdomstolen framhöll dock att om klausulen har ett nära samband med en företagsöverlåtelse ("blandade situationer") är praxis mer tillåtande och en jämförelse med kollektivavtal inte påkallad, särskilt inte om klausulen kan antas ha påverkat köpeskillingen. Mot denna bakgrund ansågs IH, som erhållit ett betydande vederlag då hon sålde verksamheten, bunden av konkurrensförbudet. SÅH bedömdes däremot, trots att han var gift med IH och indirekt fått del av köpeskillingen, som vanlig anställd och då ansågs konkurrensförbudet oskäligt.

AD 2018 nr 61 och 62

Ett spelutvecklingsföretag i Uppsala, B, hade väckt talan vid tingsrätten och yrkat att ett antal tidigare anställda skulle förbjudas att rekrytera och anställa personal från B eftersom de var bundna av sk värvningsklausuler (non-solicitation). B hade begärt att domstolen skulle fatta beslut om förbud gällande till dess målet slutligen avgjorts (sk. interimistisk säkerhetsåtgärd).

Frågan i Arbetsdomstolen var i första hand om B hade sannolika skäl för sin talan, dvs. om värvningsklausulerna var giltiga. Denna typ av klausuler har inte tidigare prövats och det har ansetts att de är tillåtna inom ganska vida ramar, då de typiskt sett inte begränsar den enskilde i någon större mån.

Arbetsdomstolen tog dock fasta på de konkurrensbegränsande effekter värvningsklausulen skulle få på den inte särskilt stora spelutvecklingsmarknaden i Uppsala och anlade en restriktiv syn. Domstolen konstaterade att ett värvningsförbud kan vara motiverat under en övergångsperiod för att tidigare anställda inte ska kunna utnyttja sin kunskap om personalen. Då den aktuella klausulen träffade alla anställda i företaget och även situationer då personal frivilligt sökte annan anställning samt då det gått en tid sedan de anställda slutat ansågs värvningsklausulen inte skälig.

EXPERTIS

Arbetsrätt

Hamilton biträder svenska och utländska företag, myndigheter och organisationer i frågor som:

- ▶ Omorganisationer, överlåtelse och outsourcing
- ▶ Rådgivning och förhandlingsstöd kring kollektivavtal
- ▶ Anställningar, uppsägningar och HR-stöd i personalfrågor
- ▶ Bonusplaner och andra incitamentsprogram
- ▶ Frågor kring företagshemligheter
- ▶ Integritetsfrågor i arbetslivet
- ▶ Ansvarsfrågor kopplade till delegation och arbetsmiljö
- ▶ Arbetsrättslig tvistlösning

Verksamhetsgruppens jurister samarbetar regelbundet med firmans övriga verksamhetsgrupper, exempelvis Tvistlösning, Corporate | M&A och Insolvens och rekonstruktion i syfte att ge klienter rådgivning som hanterar alla relevanta aspekter genom en enda kontaktyta.

Vårt arbetsrättsliga team är topprankat i Chambers and Partners 2018.

“There is nothing that the team could do better. It is number one for tricky employment matters.”

CHAMBERS AND PARTNERS

Kontakt



Erik Danhard
Partner

+46 8 505 501 50
+46 76 645 13 06
erik.danhard@hamilton.se