

Twisten rör om en arbetsgivare genom att vid tre tillfällen neka en ST-läkare att få utföra bisysslor dels utsatt henne för direkt diskriminering som har samband med funktionsnedsättning – hennes astma, dels brutit mot kollektivavtalets bestämmelse om bisysslor.

ARBETSDOMSTOLEN

DOM
2020-02-12
Stockholm

Dom nr 9/20
Mål nr B 33/19

KLAGANDE

S.K.H.

Ombud: advokaten Torbjörn Olsson, Advokatfirman W&Ö HB, Box 7387,
103 91 Stockholm

MOTPART

Södersjukhuset Aktiebolag, 556595-7403, Sjukhusbacken 10,
118 83 Stockholm

Ombud: arbetsrättsjuristen Anna Svanestrand, Sveriges Kommuner och
Regioner, 118 82 Stockholm

SAKEN

diskrimineringersättning m.m.

ÖVERKLAGAD DOM

Stockholms tingsrätts dom den 28 februari 2019 i mål nr T 16651-17

Tingsrättens dom, se bilaga.

Bakgrund

S.K.H., som lider av kronisk astma, var anställd som ST-läkare hos Södersjukhuset Aktiebolag (Södersjukhuset). Södersjukhuset är medlem i Sobona (tidigare Pacta) och därmed bundet av huvudöverenskommelsen med tillhörande Allmänna bestämmelser (AB 17) – kollektivavtalet, tecknat med bl.a. Offentliganställdas förhandlingsråd (OFR). Sveriges läkarförbund är ett av medlemsförbunden i OFR. S.K.H. var och är medlem i Sveriges läkarförbund.

I kollektivavtalet finns bestämmelser om bisysslor.

S.K.H. nekades vid tre tillfällen under år 2017 att utföra bisysslor. Hon väckte med anledning av detta talan mot Södersjukhuset och yrkade dels diskrimineringersättning, dels allmänt skadestånd för kollektivavtalsbrott. Hon gjorde gällande att arbetsgivarens nekande beslut innebar att hon utsatts för direkt diskriminering som hade samband med funktionsnedsättning, hennes astma. Hon gjorde vidare gällande att de nekande besluten var i strid med kollektivavtalets bisysslore reglering. Södersjukhuset bestred talan.

Tingsrätten ogillade S.K.H:s talan och förpliktade henne att betala ersättning för Södersjukhusets rättegångskostnader med 260 000 kr, dvs. med mervärdesskatt på beloppet 208 000 kr, trots att Södersjukhuset, ostridigt, inte hade yrkat ersättning för mervärdesskatt.

Yrkanden

S.K.H. har yrkat att Arbetsdomstolen, med ändring av tingsrättens dom, ska bifalla hennes vid tingsrätten förda talan, befria henne från skyldigheten att betala Södersjukhusets rättegångskostnader i tingsrätten och i stället förplikta Södersjukhuset att betala hennes rättegångskostnader där, alternativt besluta att kostnaderna ska kvittas enligt 5 kap. 2 § arbetstvistlagen. Enligt S.K.H. ska Södersjukhuset under alla förhållanden inte ersättas för rättegångskostnader i tingsrätten till ett högre belopp än 208 000 kr.

Södersjukhuset har, för det fall tingsrättens dom i sak inte ändras, medgett att tingsrättens domslut i fråga om rättegångskostnader ändras på så sätt att S.K.H. ska ersätta Södersjukhusets rättegångskostnader till ett belopp om 208 000 kr, dvs. att Södersjukhuset inte ska tillerkännas ersättning för mervärdesskatt då något sådant yrkande inte framställdes i tingsrätten. Södersjukhuset har motsatt sig att tingsrättens dom i sak ändras.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader i Arbetsdomstolen. För det fall S.K.H. förlorar målet har hon yrkat att rättegångskostnaderna i Arbetsdomstolen ska kvittas enligt 5 kap. 2 § arbetstvistlagen. Södersjukhuset har motsatt sig kvittning.

Utredningen m.m.

Målet har avgjorts efter huvudförhandling. Vid denna har ljud- och bildupptagningarna av den muntliga bevisningen vid tingsrätten spelats upp. Parterna har åberopat samma skriftliga bevisning som vid tingsrätten.

Södersjukhuset har, till stöd för att Södersjukhuset ska tillerkännas mervärdesskatt på rättegångskostnaderna i Arbetsdomstolen, gett in Skatteverkets rättsliga vägledning om avdragsrätten vid blandad verksamhet och Skatteverkets rättsliga vägledning om rättegångskostnader.

Parterna har som grund för och till utveckling av sin talan i Arbetsdomstolen i allt väsentligt anført detsamma som antecknats i tingsrättens dom. Södersjukhuset har dock när det gäller frågan om preskription förklarat att det är arbetstagarorganisationens kännedom om besluten som är avgörande för när preskriptionsfristerna enligt 64 och 66 §§ medbestämmandelagen börjar löpa. S.K.H. har förtydligat att hon inte gör gällande att hon skulle ha utsatts för indirekt diskriminering samt uppgett att hon inte har någon invändning såvitt avser påståendet att kollektivavtalsbestämmelsen om bisyssla är en s.k. arbetsgivarventil.

Domskäl

Ostridiga sakomständigheter

S.K.H. anställdes som ST-läkare vid Södersjukhusets akutklinik i november 2014. En ST-tjänstgöring ska omfatta minst 60 månaders arbete på heltid och är fullgjord när läkaren har uppnått kompetenskraven. ST-läkaren arbetar främst inom sitt huvudområde men gör därutöver s.k. randningar (sidotjänstgöringar) inom andra kompetensområden.

Under år 2015 hade S.K.H. 32 sjukdagar fördelade på 14 tillfällen och under år 2016 hade hon 103 sjukdagar fördelade på tio tillfällen. Viss del av den sjukfrånvaron hade sin grund i S.K.H:s astma, men under perioderna den 22 juli–5 september 2016, den 13–20 oktober och den 26 oktober–8 november 2016 var hon sjukskriven av andra orsaker. År 2017 hade S.K.H. fram till den 30 april nio sjukdagar fördelade på sex tillfällen och därefter till och med den 30 augusti 2017 ytterligare fyra sjukdagar vid ett tillfälle.

I maj 2017 ansökte S.K.H. om att som bisyssla få hålla traumaföreläsningar och att en till två gånger per månad få utföra estetiska injektioner. Den 29 maj 2017 höll arbetsgivaren ett möte med S.K.H. och en facklig representant. Enligt arbetsgivaren påbörjades då en rehabiliteringsprocess. Beslut om krav på förstadagsintyg fattades. I ett skriftligt beslut om bisyssla, samma dag som mötet, anges att den sökta bisysslan är godkänd med begränsning. Begränsningen anges bestå i att den inte tillåts under rehabiliteringsprocessen och att beslutet ska omvärderas minst en gång per år.

Den 12 juni 2017 ansökte S.K.H., per mejl, på nytt om att få utföra bisyssla. Hon önskade nu att få arbeta på den nätbaserade läkartjänsten KRY, 4–5 timmar per pass ett par gånger i juli och augusti 2017. Södersjukhuset, genom läkarchefen V.M., nekade henne den sökta bisysslan i ett mejl den 19 juni 2017, med hänvisning till det redan fattade beslutet om bisyssla.

Den 22 juni 2017 hölls ett möte på Feelgood. I ett journalblad anges bl.a. att rimliga förutsättningar för ett fruktbart rehabiliteringsarbete är lämplig arbetsanpassning från arbetsgivarens sida och fullföljande av astmabehandling från patientens sida. Journalförande läkare anger vidare att han anser att förstadagsintyg i aktuellt fall förefaller kontraproduktivt.

Den 25 oktober 2017 lämnade S.K.H. in en redovisning om bisysslor vari hon angav att hon arbetade för KRY vid enstaka tillfällen 0–5 timmar per vecka samt till och från med estetiska injektioner 5 timmar per månad. Bisysslorna avstyrktes genom ett beslut den 13 november 2017 med motiveringen att de inte ansågs förenliga med den pågående rehabiliteringsprocessen.

S.K.H. sade upp sig den 30 november 2017 och anställningen upphörde i januari 2018.

Twisten

Mellan parterna är tvistigt om arbetsgivaren genom att vid tre tillfällen, den 29 maj, den 19 juni och den 13 november 2017, neka S.K.H. att få utföra bisysslor dels utsatt henne för direkt diskriminering som har samband med funktionsnedsättning – hennes astma, dels brutit mot kollektivavtalets bestämmelse om bisysslor.

Mellan parterna är också tvistigt om talan till viss del är preskriberad.

Har S.K.H. utsatts för direkt diskriminering?

Utgångspunkter för bedömningen

En arbetsgivare får, enligt 2 kap. 1 § diskrimineringslagen, inte diskriminera en arbetstagare hos arbetsgivaren i strid med diskrimineringslagen.

Enligt 1 kap. 4 § 1 diskrimineringslagen avses med direkt diskriminering att 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.

En första förutsättning för att det ska vara fråga om diskriminering är att det varit fråga om ett missgynnande. Med missgynnande avses en oförmånlig behandling som har medfört någon nackdel för den enskilde. Med nackdel avses något som typiskt sett är förenat med faktisk förlust, obehag eller liknande. Avgörande är att en negativ effekt inträder, inte vilken orsak som kan ligga bakom missgynnandet (se prop. 2007/08:95 s. 486 f.).

Södersjukhuset har genom tre beslut nekat S.K.H. att ha bisysslor. Att inte få arbeta på önskat sätt vid sidan av sin ordinarie anställning har inneburit en nackdel för S.K.H. Arbetsdomstolen instämmer därmed i tingsrättens bedömning att vart och ett av de nekadade besluten utgjort ett missgynnande i diskrimineringslagens mening.

Direkt diskriminering föreligger vid ett missgynnande – i en jämförbar situation – om det finns ett direkt orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden i fråga. Den aktuella diskrimineringsgrunden behöver inte vara den enda eller det avgörande skälet till att arbetsgivaren vidtog den missgynnande åtgärden. Det räcker 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). Av EU-domstolens och Arbetsdomstolens praxis framgår att det i vissa situationer kan vara fråga om direkt diskriminering även om orsaken till missgynnande inte direkt är den aktuella diskrimineringsgrunden, men där hänsyn tagits till en omständighet som har ett oupplösligt samband med diskrimineringsgrunden (se t.ex. AD 2018 nr 42 och där angivna rättsfall).

Parterna är oense i frågan om S.K.H. varit i en jämförbar situation och med vem eller vilka en jämförelse ska göras. Frågan om en person är i en

jämförbar situation kan vara av avgörande betydelse när det är fråga om att välja mellan olika sökande t.ex. i en anställningssituation. Om det är fråga om en arbetssökande som har en funktionsnedsättning kan redan funktionsnedsättningen i sig medföra att han eller hon inte är i en jämförbar situation, om sökandens funktionsnedsättning innebär att han eller hon inte kan utföra de väsentligaste arbetsuppgifterna (se t.ex. AD 2020 nr 3). Rekvisitet jämförbar situation kan få en mer underordnad roll när det inte rör sig om rena urvalssituationer.

Enligt Arbetsdomstolens mening är det inte alltid nödvändigt att först avgöra frågan om jämförbar situation, då det för direkt diskriminering krävs ett direkt orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. Om det är visat att arbetsgivarens beslut helt saknat samband med diskrimineringsgrunden i fråga, har arbetstagaren inte utsatts för direkt diskriminering.

Arbetsdomstolen väljer att gå direkt på prövningen av frågan om det funnits ett direkt orsakssamband mellan besluten att neka S.K.H. att få utföra sökta bisysslor och hennes astma.

Parterna är dock oeniga i frågan om S.K.H:s astma är en funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening. Innan Arbetsdomstolen går in på prövningen om det funnits ett direkt orsakssamband tar domstolen ställning till om S.K.H:s astma är en funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening.

Är S.K.H:s astma en funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening?

Enligt 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 födseln, har uppstått därefter eller kan förväntas uppstå.

I EU:s direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling (arbetslivsdirektivet) finns inte någon definition av vad som är en funktionsnedsättning (däri angivet som funktionshinder). EU-domstolen har dock i sin praxis funnit att med funktionshinder enligt direktivet avses en begränsning till följd av fysiska, psykiska och 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 och sensoriska funktionsnedsättningarna ska vara ”varaktiga”, se t.ex. EU-domstolens dom HK Danmark, C-335/11 och C337/11, EU:C:2013:222, punkterna 37–39. EU-domstolen har vidare uttalat följande. Begreppet funktionshinder ska förstås så, att det inte endast avser en omöjlighet att utöva yrkesverksamhet utan även svårigheter att utöva sådan verksamhet. En annan tolkning skulle vara oförenlig med direktivets mål, som bl.a. är att funktionshindrade personer ska kunna få tillträde till eller delta i arbetslivet (se bl.a. dom Z., C-363/12, EU:C:2014:159, punkt 77). Sjukdom som sådan omfattas inte av begreppet funktionshinder enligt direktivet, se EU-domstolens dom, Chacón Navas,

C-13/05, EU:C:2006:456, punkterna 44 och 47, jfr Kaltoft, C-354/13, EU:C:2014:2463.

Arbetsdomstolen gör följande bedömning.

Det är ostridigt att S.K.H. är diagnostiserad med en allvarlig form av kronisk astma. Det är även ostridigt att hennes astma i och för sig inte hindrar henne i hennes faktiska yrkesutövning eller hindrar henne från att arbeta som akutmästare. Astman innebär dock att hon vid exempelvis viss väderlek eller i samband med en infektion lätt kan bli akut sjuk. Hennes astma har därmed medfört sjukskrivning i viss omfattning.

I och med att S.K.H:s astma är kronisk och de konsekvenser som astman medför för S.K.H. innebär den, enligt Arbetsdomstolens mening, en sådan varaktig begränsning av hennes funktionsförmåga som motverkar hennes fulla deltagande i arbetslivet. S.K.H:s astma utgör därmed en funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening.

Fanns det ett direkt orsakssamband mellan missgynnandet och S.K.H:s astma?

Enligt S.K.H. hade besluten att neka henne bisysslor samband med hennes astma. Södersjukhuset har bestritt detta och gjort gällande att de nekande besluten hade sin grund i att S.K.H. var föremål för en rehabiliteringsprocess med anledning av hennes höga sjukfrånvaro.

Frågan är alltså oense om skälet eller något av skälen till att arbetsgivaren nekade S.K.H. de sökta bisysslorna var hennes astma, eller om det var hennes enligt arbetsgivaren höga sjukfrånvaro och pågående rehabiliteringsprocess.

S.K.H. har gjort gällande att arbetsgivaren uttryckligen hänvisat till hennes astma som skäl för att neka henne bisysslor och att detta skulle ha skett vid det möte som hölls hos Feelgood den 22 juni 2017. Enligt S.K.H. var i vart fall skälet till de nekande besluten inte någon pågående rehabiliteringsprocess, då de åtgärder som vidtogs inte var några rehabiliteringsåtgärder och det inte heller fanns något behov av rehabilitering.

Enligt Arbetsdomstolens mening framgår inte av utredningen att Södersjukhuset, den 22 juni 2017, uttryckligen skulle ha uppgett att hennes astma var skäl för att neka henne de då sökta bisysslorna. S.K.H. har inte i förhöret med henne bekräftat påståendet och det framgår inte heller av förhören med andra personer som var med på mötet. Därmed inte sagt att inte S.K.H. upplevde att så var fallet.

Viss av S.K.H:s sjukfrånvaro var, ostridigt, orsakad av hennes astma. Astman har orsakat sjukdomstillstånd, som orsakat sjukfrånvaro som i sin tur, enligt arbetsgivaren, föranlett arbetsgivaren att vidta åtgärder. Enligt arbetsgivaren innebar den inledda rehabiliteringsprocessen att det var

olämpligt med bisysslor, varför S.K.H. nekades de sökta bisysslorna. Sådillvida finns ett orsakssamband. För att det ska vara fråga om direkt diskriminering ska det dock, till skillnad mot vid indirekt diskriminering, finnas ett direkt orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden.

Det är ostridigt att S.K.H. hade viss sjukfrånvaro under år 2015 och att den år 2016 omfattade 103 sjukdagar. Under år 2017 fram till första ansökan om bisyssla i maj, hade S.K.H. nio sjukdagar fördelade på sex tillfällen. Enligt S.K.H. berodde den nu angivna sjukfrånvaron under år 2017 enbart på hennes astma. Enligt V.M. och J.R. var S.K.H:s sjukfrånvaro mycket hög i förhållande till sjukfrånvaron hos andra anställda på sjukhuset.

Efter S.K.H:s första ansökan om bisyssla i maj 2017 kallade Södersjukhuset till ett möte den 29 maj 2017. Enligt Södersjukhuset påbörjades då en rehabiliteringsprocess med anledning av S.K.H:s höga sjukfrånvaro.

I arbetsgivarens anteckningar från mötet anges att arbetsgivaren vill ta hjälp av företagshälsovården för att om möjligt hjälpa S.K.H. att få ner sjukfrånvaron så att hon kan bli klar med sin ST-utbildning inom given tid. I anteckningarna anges att

1. tid för läkarbesök hos Feelgood skulle bokas,
2. förstadagsintyg skulle gälla,
3. arbetsgivaren skulle ta fram en ST-plan som skulle presenteras senast sista juni 2017,
4. ST-handledaren skulle hjälpa S.K.H. med hennes ST-planupplägg, och
5. S.K.H. skulle ansöka om högriskskydd.

Formellt beslut om förstadagsintyg, i enlighet med AB 17, fattades den 1 juni 2017.

E.B., arbetsmiljöspecialist på Södersjukhuset, har berättat bl.a. följande. Enligt en övergripande riktlinje hos Södersjukhuset ska vid bl.a. sjukfrånvaro vid sex tillfällen under en tolv månadersperiod åtgärder vidtas. Skälen till sjukfrånvaron ska utredas och vid behov ska arbetslivsinriktade rehabiliterande åtgärder vidtas. Insatserna som vidtas är olika och beror på den enskildes behov och det görs ingen skillnad på kronisk sjukdom och annan sjukdom i rehabiliteringshänseende vid arbetslivsinriktad rehabilitering.

V.M. och J.R. har, i förhören med dem, bekräftat att det var den samlade sjukfrånvaron som var anledningen till att en rehabiliteringsprocess inleddes.

Mot bakgrund av ovanstående är det enligt Arbetsdomstolens mening visat att arbetsgivaren, i enlighet med sina interna riktlinjer kallade till mötet den 29 maj 2017 med anledning av S.K.H:s sjukfrånvaro, att arbetsgivaren påbörjade en arbetslivsinriktad rehabiliteringsprocess med beslut om ett

antal åtgärder, vilka framgår av anteckningarna från mötet, och att den lista på åtgärder som upprättades vid mötet får anses utgöra en rehabiliteringsplan. Bedömningen påverkas inte av att det i och för sig framförts synpunkter på om åtgärderna – framförallt kravet på förstadagsintyg – var adekvata, dvs. om de skulle leda till önskat mål.

Med anledning av den inledda rehabiliteringsprocessen ansåg sig arbetsgivaren inte för tillfället kunna godkänna att S.K.H. ägnade sig åt bisysslor. Enligt Södersjukhuset var det inte förenligt med den pågående rehabiliteringsprocessen att samtidigt arbeta extra med bisysslor då målet med rehabiliteringsprocessen var att S.K.H. skulle kunna komma tillbaka och arbeta fullt ut i sin huvudanställning som ST-läkare och kunna slutföra sin ST-tjänstgöring i tid.

Enligt Arbetsdomstolens mening är det visat att det var sjukfrånvaron i sig och den inledda rehabiliteringsprocessen som var skälet till att i maj 2017 neka bisysslor, inte S.K.H:s astma. Att sjukfrånvaron delvis haft sin grund i hennes astma innebär inte att det var astman i sig som var skälet eller ett skäl till det nekande beslutet. Arbetsdomstolen gör samma bedömning såvitt avser besluten den 19 juni och den 13 november 2017.

Södersjukhuset har tillämpat sina interna föreskrifter, som anger att vid viss omfattning av sjukfrånvaro ska åtgärder vidtas, t.ex. en rehabiliteringsprocess inledas. Kravet för att inleda en sådan process är alltså ett krav på viss sjukfrånvaro. Det kriteriet framstår som neutralt på så sätt att det inte direkt pekar ut personer med astma eller funktionsnedsättning. Även detta leder till bedömningen att missgynnandet inte skulle kunna avse direkt diskriminering.

Som redan anförts kan det dock vara fråga om direkt diskriminering om det eller de krav som lett till ett missgynnande har ett oupplösligt samband med diskrimineringsgrunden, i detta fall funktionsnedsättningen.

Enligt Arbetsdomstolens mening har S.K.H:s sjukfrånvaro och den med anledning därav inledda rehabiliteringsprocessen inte haft ett sådant oupplösligt samband med funktionsnedsättningen astma att kravet på direkt orsakssamband kan anses uppfyllt. Sjukfrånvaro drabbar inte enbart personer med astma och det är inte enbart personer med astma som kan ha hög sjukfrånvaro och som omfattas av Södersjukhusets interna riktlinjer om när sjukfrånvaro kan leda till arbetslivsinriktad rehabilitering eller arbetsgivares allmänna rehabiliteringsskyldighet.

Slutsats

Sammanfattningsvis finner Arbetsdomstolen att Södersjukhuset har visat att skälet till att neka S.K.H. bisysslor uteslutande var den rehabiliteringsprocess som inletts på grund av hennes sjukfrånvaro. De nekande besluten har alltså inte till någon del grundats på astman i sig varför det inte

föreligger något direkt orsakssamband. Det har inte heller funnits ett oupp-
lösligt samband mellan kriteriet sjukfrånvaro och därav föranledd rehabilite-
ringsprocess, som lett till missgynnandet, samt funktionsnedsättningen.

Arbetsdomstolen kommer, liksom tingsrätten, därför till slutsatsen att
S.K.H. inte har utsatts för direkt diskriminering av Södersjukhuset.
Tingsrättens dom ska därmed inte ändras i denna del.

Kollektivavtalsbrott

Den aktuella kollektivavtalsregleringen

I kollektivavtalet, Allmänna bestämmelser – AB 17, anges i § 8 om bisyss-
lor att arbetsgivaren kan förbjuda bisysslan om arbetsgivaren finner att den
a) kan inverka hindrande för arbetsuppgifterna, b) kan innebära verksamhet
som konkurrerar med arbetsgivarens, eller c) kan påverka arbetstagarens
handläggning av ärenden i sitt arbete hos arbetsgivaren.

Enligt Arbetsdomstolens mening utgör bestämmelsen en s.k. arbetsgivar-
ventil. Det innebär att det har överlämnats åt arbetsgivarens diskretionära
prövning att tillämpa bestämmelsen inom ramen för dess tillämpnings-
område. Arbetsgivarens fria prövningsrätt är inskränkt endast så till vida att
den inte får utnyttjas på ett godtyckligt eller eljest otillbörligt sätt. Frågan
om en arbetsgivare genom beslut i en skälighetsfråga har överskridit sin fria
prövningsrätt kan underställas domstols prövning. Om så sker och dom-
stolen därvid finner att arbetsgivaren har hållit sig inom ramen för sin pröv-
ningsrätt, kan domstolen inte gå in på frågan huruvida arbetsgivaren skäli-
gen hade bort fatta ett annat beslut (se AD 1985 nr 69, AD 1997 nr 18 och
AD 1999 nr 27 om motsvarande bestämmelser som den aktuella, § 9 i
AB 80 och i AB 95).

Interna riktlinjer

För Stockholms läns landsting, numera Region Stockholm, gäller riktlinjer
för bisysslor. Riktlinjerna gäller ostridigt för Södersjukhuset. Av riktlinjerna
framgår, under rubriken Arbetshindrande bisysslor bl.a. följande. En bi-
syssla kan förbjudas om den enligt arbetsgivaren kan inverka på möjligheten
för den anställda att sköta sitt ordinarie arbete tillfredsställande. Bisysslan
kan vara otillåten om den t.ex. kan leda till att den anställda inte kan full-
göra en god arbetsprestation under arbetstid, inte kan förskjuta arbetstid
eller byta schema samt inte kan åta sig normal jour, beredskap eller övertid.
I riktlinjerna anges vidare att en individuell bedömning ska ske för varje
arbetstagare och bisyssla och att ett beslut om förbud ska vara skriftligt och
inhålla en motivering.

För Södersjukhuset gäller vidare en hanteringsordning gällande bisysslor.
Av denna framgår bl.a. att en viss typ av bisyssla aldrig kan förbjudas gene-
rellt, utan att en prövning/bedömning ska göras i varje enskilt fall.

Har Södersjukhuset brutit mot kollektivavtalet?

S.K.H. har gjort gällande att Södersjukhuset, genom att neka henne bisysslorna i fråga, har brutit mot § 8 i kollektivavtalet, vilket Södersjukhuset bestritt.

S.K.H. har anført att besluten inte är motiverade samt godtyckliga och otillbörliga. Södersjukhusets ståndpunkt är att arbetsgivaren gjorde bedömningen att bisysslor, i S.K.H:s fall, skulle vara arbetshindrande och att besluten var grundade på sakliga skäl och inte godtyckliga eller otillbörliga. Enligt S.K.H. var bisysslorna i fråga inte arbetshindrande.

Arbetsdomstolen konstaterar inledningsvis att den aktuella kollektivavtalsbestämmelsen inte ställer upp några särskilda formkrav för beslut om bisyssla. Av ovan angivna riktlinjer framgår att ett beslut om förbud ska vara skriftligt och innehålla en motivering. De tre omtvistade besluten kan inte anses brista inte i dessa avseenden. Samtliga tre besluten hänvisar till den pågående rehabiliteringsprocessen som skäl att neka bisysslorna i fråga, även om det inte uttryckligen anges att arbetsgivaren anser dem arbetshindrande.

Frågan är om Södersjukhuset hållit sig inom ramen för avtalets bisysslobestämmelse vid fattandet av de omtvistade besluten. Som Arbetsdomstolen anført ingår det därvid inte att överpröva lämpligheten och skäligheten av besluten. Däremot kan ett förbud att utföra bisyssla anses som godtyckligt eller eljest otillbörligt och därmed vara i strid med kollektivavtalet.

Arbetsdomstolen har ovan funnit att en arbetslivsinriktad rehabiliteringsprocess avseende S.K.H. påbörjades vid mötet den 29 maj 2017 i syfte att få henne fullt tillbaka i arbete och att hon skulle kunna fullfölja sin ST-tjänstgöring. Med anledning av detta nekades hon att utföra bisysslor under rehabiliteringsprocessen. Det första nekande beslutet, i maj 2017, fattades i samband med att Södersjukhuset tog beslutet att inleda rehabiliteringsprocessen. Vid den tidpunkten och under de förhållandena kan det inte anses godtyckligt eller otillbörligt att neka S.K.H. bisyssla på så sätt som skedde.

Det andra beslutet togs den 19 juni 2017, dvs. bara några veckor efter det första beslutet. Ett uppföljande möte på Feelgood, i enlighet med rehabiliteringsplanen, hölls ytterligare några dagar senare. Vid tidpunkten för det andra beslutet pågick således en rehabiliteringsprocess enligt den upprättade plan. Enligt Arbetsdomstolen kan inte heller det andra nekande beslutet anses godtyckligt eller otillbörligt.

Det tredje beslutet togs den 13 november 2017, dvs. ca fem månader efter det andra beslutet. Beslutet, fattat av t.f. verksamhetschef, motiverades med att bisysslorna inte var förenliga med den pågående rehabiliteringsprocessen, där målet i första hand var att kunna komma tillbaka och arbeta på akutkliniken fullt ut.

E.B. har uppgett att Södersjukhuset har interna riktlinjer som bygger på Arbetsmiljöverkets föreskrifter som innebär att kontinuerliga uppföljningsmöten ska hållas under en rehabiliteringsprocess för att se om exempelvis rehabiliteringsplanen behöver justeras.

Av de uppgifter Södersjukhuset lämnat framgår att S.K.H. var sjukfrånvarande vid ett tillfälle under perioden maj – november 2017. De åtgärder som beslutats om vid mötet 29 maj var att förstadagsintyg skulle gälla, att arbetsgivaren skulle ta fram en ST-plan som skulle presenteras senast sista juni 2017, att ST-handledaren skulle hjälpa S.K.H. med hennes ST-planupplägg och att S.K.H. skulle ansöka om högriskskydd. Vid tidpunkten för det tredje beslutet synes alla de i maj beslutade åtgärderna ha vidtagits. Det enda som fortsatt gällde var kravet på förstadagsintyg. Södersjukhuset har inte påstått att arbetsgivaren vidtog några anpassningsåtgärder eller att arbetsgivaren haft några uppföljande möten eller samtal med S.K.H. efter den 22 juni 2017. I ett mejl som J.R. skickade till S.K.H., samma dag som avslagsbeslutet fattades, uppger han att frågan om bisyssla är kopplad till hennes höga sjukfrånvaro och att det viktiga är att hon kan fullgöra sin tjänstgöring hos Södersjukhuset, dvs. samma motivering som vid de tidigare besluten. J.R. har i sitt förhör uppgett att det var beslutat att processen skulle pågå i ett år och att den tiden fortfarande löpte, vilket innebär att även samma beslut avseende bisyssla skulle gälla fortsättningsvis.

Arbetsgivaren hänvisade således i sitt tredje beslut till en pågående rehabiliteringsprocess. Det kan ifrågasätts om det pågick någon rehabiliteringsprocess i november 2017. S.K.H. hade efter den 19 juni 2017 och fram till i november 2017 arbetat i princip fullt ut, någon uppföljning efter mötet på Feelgood i juni 2017 hade inte skett och några faktiska åtgärder hade inte vidtagits av Södersjukhuset efter mötet i juni 2017. Formuleringarna i det tredje beslutet och förhöret med J.R. visar att arbetsgivaren inte gjorde någon prövning i det enskilda fallet vid den aktuella tidpunkten, utan bara hänvisade till tidigare fattade beslut. Som redovisats ovan följer av de riktlinjer som gällde för Södersjukhuset att en bedömning ska göras i varje enskilt fall.

Enligt Arbetsdomstolens mening visar utredningen att arbetsgivaren inte, med beaktande av de faktiska omständigheterna vid tidpunkten för beslutet, prövade om det fortfarande fanns skäl att inte tillåta de sökta bisysslorna. Detta gör att beslutet, enligt Arbetsdomstolen, fattats utan prövning i sak och därmed varit godtyckligt. Arbetsdomstolen har därmed inte uttalat sig i frågan om det fortfarande fanns skäl för beslutet eller inte.

Enligt Arbetsdomstolens mening får det tredje beslutet i november 2017 således anses godtyckligt, då någon prövning i sak av omständigheterna vid tidpunkten för beslutet inte gjordes. Detta innebär att Södersjukhuset har agerat i strid med kollektivavtalet.

Skadestånd

Arbetsdomstolen har alltså funnit att arbetsgivaren agerat i strid med kollektivavtalet. Vid sådan förhållande har det inte framförts någon invändning mot att bolaget inte skulle vara skyldigt att betala allmänt skadestånd för kollektivavtalsbrott.

S.K.H. har yrkat allmänt skadestånd med 75 000 kr för kollektivavtalsbrott i tre fall. Arbetsdomstolen har funnit att endast det sist fattade beslutet att neka S.K.H. bisyssla har utgjort ett kollektivavtalsbrott. Vid en samlad bedömning finner Arbetsdomstolen att det allmänna skadeståndet bör bestämmas till 25 000 kr. Tingsrättens dom ska således ändras i enlighet härmed.

Frågan om preskription

Arbetsdomstolen har kommit fram till att S.K.H. inte har utsatts för direkt diskriminering av Södersjukhuset och att endast det sista beslutet har stått i strid med kollektivavtalet. Under dessa förhållanden finns ingen preskriptionsinvändning att ta ställning till.

Rättegångskostnader

Utgången i målet innebär att S.K.H. har förlorat till största del men, till skillnad från i tingsrätten, vunnit framgång med sin talan i fråga om kollektivavtalsbrott i viss del. Arbetsdomstolen gör bedömningen att S.K.H. förlorat målet i sådan omfattning att hon ska ersätta Södersjukhusets rättegångskostnader, i såväl tingsrätten som Arbetsdomstolen, med tre fjärdedelar, såvitt avser kostnader som varit skäliga för tillvaratagande av motpartens rätt. Arbetsdomstolen delar tingsrättens bedömning att det inte finns skäl att kvitta kostnaderna enligt 5 kap. 2 § arbetstvistlagen i tingsrätten. Enligt Arbetsdomstolens mening gäller det även kostnaderna i Arbetsdomstolen.

Det är ostridigt att Södersjukhuset inte yrkade ersättning för mervärdesskatt i tingsrätten, vilket tingsrätten dock beslutade om, och Södersjukhuset har anfört att Södersjukhuset därmed inte ska tillerkännas ersättning för mervärdesskatt på kostnaderna där. Det belopp som ska ligga till grund för Arbetsdomstolens bedömning och fördelning av rättegångskostnaderna i tingsrätten är alltså vid tingsrätten yrkade 208 000 kr, allt avseende ombudsarvode. S.K.H. har överlämnat till rättens prövning att avgöra skäligheten av yrkat arvode. Arbetsdomstolen delar tingsrättens bedömning att yrkat arvode, dock utan mervärdesskatt, är skäligt. Tingsrättens dom ska alltså ändras på så sätt att S.K.H. ska betala Södersjukhusets rättegångskostnader i tingsrätten med tre fjärdedelar av 208 000 kr, dvs. 156 000 kr.

I Arbetsdomstolen har Södersjukhuset yrkat ersättning med 102 500 kr, varav 82 000 kr avseende ombudsarvode och 20 500 kr för mervärdesskatt. S.K.H. har överlämnat till rättens prövning att avgöra skäligheten av yrkat arvode i sig och huruvida Södersjukhuset har rätt till ersättning för

mervärdesskatt. Arbetsdomstolen finner yrkat ombudsarvode om 82 000 kr skäligt.

I frågan om Södersjukhuset har rätt till ersättning för mervärdesskatt har Södersjukhuset anfört bl.a. följande. Mervärdesskatt på rättegångskostnaderna är inte avdragsgill för Södersjukhuset eftersom rättegångskostnaderna hänför sig till bolagets sjukvårdsverksamhet, då målet gäller en läkare som arbetar i den verksamheten. Den ingående mervärdesskatten är därför en kostnad för Södersjukhuset.

Södersjukhuset är ostridigt registrerat för mervärdesskatt. I 8 kap. 3 § mervärdesskattelagen (1994:200) anges att den som bedriver en verksamhet som medför skattskyldighet får göra avdrag för den ingående skatt som hänför sig till förvärv eller import i verksamheten. Av 3 kap. 4 § första stycket mervärdesskattelagen följer dock att omsättning av tjänster som utgör bl.a. sjukvård och tjänster av annat slag som den som tillhandahåller vårdens omsätter som ett led i denna är undantagen från skatteplikt. Av Skatteverkets vägledning om avdragsrätt vid blandad verksamhet anges att vid sådan verksamhet finns ingen avdragsrätt för ingående skatt som helt avser den verksamhet som inte medför skattskyldighet. I Skatteverkets vägledning om rättegångskostnader anges vidare att för en vinnande rättegångspart som inte är skattskyldig är mervärdesskatten på ombudskostnaden en del av dennes rättegångskostnad.

Kostnaden för ombudsarvode får anses helt hänförlig till sjukvårdsverksamheten, för vilken saknas avdragsrätt för ingående skatt. Mervärdesskatten på ombudsarvode utgör därför en kostnad för Södersjukhuset. Detta innebär att Södersjukhuset ska tillerkännas ersättning för mervärdesskatt på rättegångskostnaden i Arbetsdomstolen. S.K.H. ska således ersätta Södersjukhuset för dess rättegångskostnad inklusive mervärdesskatt i Arbetsdomstolen.

Slutsatsen av det anförda blir att S.K.H. ska ersätta Södersjukhuset med tre fjärdedelar av 102 500 kr, dvs. 76 875 kr.

Domslut

1. Med ändring av tingsrättens domslut under punkten 1 förpliktas Södersjukhuset Aktiebolag att till S.K.H. betala 25 000 kr i allmänt skadestånd, med ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 22 januari 2018 till dess betalning sker.

2. Med ändring av tingsrättens domslut under punkten 2 förpliktas S.K.H. att ersätta Södersjukhuset Aktiebolags rättegångskostnad vid tingsrätten med 156 000 kr (exklusive mervärdesskatt), allt avseende ombudsarvode, med ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från den 28 februari 2019 till dess betalning sker.

3. S.K.H. ska betala Södersjukhuset Aktiebolags rättegångskostnad i Arbetsdomstolen med 76 875 kr (inklusive mervärdesskatt), allt avseende ombudsarvode, med ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Cathrine Lilja Hansson, Anna Middelman, Kerstin G Andersson, Cathrin Dalmo och Carl-Gustaf Hjort. Enhälligt.

Rättssekreterare: Klara Hedlund

Bilaga

Tingsrättens dom (ledamot: (Annika Grönlund))

BAKGRUND

S.K.H. är läkare och anställdes på Södersjukhuset Aktiebolag (Södersjukhuset) för specialisttjänstgöring (ST) inom akutsjukvården den 24 november 2014. S.K.H. är, och var vid tidpunkten för sin anställning på Södersjukhuset, fackligt ansluten. Hennes anställning på Södersjukhuset upphörde i januari 2018. Hennes närmaste chefer under den tiden hon var anställd var inledningsvis läkarchefen V.M. och senare läkarchefen J.R.

Under 2015 hade S.K.H. 32 sjukdagar fördelade på 14 tillfällen, under 2016 hade hon 103 sjukdagar fördelade på tio tillfällen och under 2017 hade hon, fram till och med augusti, 13 sjukdagar fördelade på sju tillfällen. Sjukfrånvaron berodde bland annat på hennes kroniska astma.

S.K.H. lämnade in en ansökan om bisyssla i maj 2017. Hon ansökte då om att hålla föreläsningar om trauma på Karolinska Institutet i Huddinge för personer med utländsk legitimation och att 1-2 gånger per månad utföra estetiska injektioner. I beslut den 29 maj 2017 godkändes bisysslorna med begränsningen att de inte fick utföras för närvarande, med hänvisning till en pågående rehabiliteringsprocess. Beslutet skulle omprövas minst en gång per år.

I juni 2017 ansökte S.K.H. hos V.M. om bisyssla på den nätbaserade läkartjänsten KRY. V.M. nekade i ett mail den 19 juni 2017 S.K.H. bisyssla med hänvisning till gällande beslut om bisysslor.

Den 25 oktober 2017 lämnade S.K.H. in en ny redovisning av bisyssla. Där angavs som bisysslor arbete på KRY vid enstaka tillfällen mellan noll och fem timmar per vecka och arbete. Hon ansökte även om att få utföra estetiska injektioner fem timmar per månad. Södersjukhuset avstyrkte bisysslorna i beslut den 13 november 2017 med hänvisning till pågående rehabiliteringsprocess.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

S.K.H. har yrkat att tingsrätten ska förplikta Södersjukhuset att till henne utge

1. diskrimineringsersättning med 200 000 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 22 januari 2018 till dess att full betalning sker, och

2. allmänt skadestånd med 75 000 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från den 22 januari 2018 till dess att full betalning sker.

S.K.H. har därutöver yrkat ersättning för rättegångskostnader. För det fall hennes talan inte skulle vinna bifall har hon yrkat att rättegångskostnaderna ska kvittas enligt 5 kap. 2 § lag (1974:371) om rättegång i arbetstvister eftersom hon har haft skälig anledning att få tvisten prövad.

Södersjukhuset har bestritt käromålet i dess helhet. Inget belopp har vitsordats som skäligt i och för sig. Räntheyrskandena har vitsordats som skäliga i och för sig.

Södersjukhuset har för egen del yrkat ersättning för rättegångskostnader. Södersjukhuset har bestritt att rättegångskostnaderna ska kvittas enligt 5 kap. 2 § lag om rättegång i arbetstvister för det fall att S.K.H:s talan inte skulle vinna bifall.

GRUNDER

S.K.H.

Södersjukhuset har genom beslut den 29 maj 2017, den 19 juni 2017 och den 13 november 2017 nekat S.K.H. att vid respektive tidpunkt ha bisysslor. Besluten att neka S.K.H. bisysslor har haft samband med hennes kroniska astma. S.K.H:s astma utgör en funktionsnedsättning i den mening som avses i diskrimineringslagen (2008:567). Genom de tre besluten tillsammans - och var och ett för sig - har S.K.H. missgynnats genom att behandlas sämre än andra läkare på Södersjukhuset behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation. Den relevanta jämförelsegruppen är alla andra läkare på Södersjukhuset eftersom S.K.H. har haft samma förutsättningar som alla andra läkare på Södersjukhuset. Missgynnandet har samband med S.K.H:s astma. Det är därför fråga om direkt diskriminering enligt 1 kap. 4 § första punkten diskrimineringslagen.

S.K.H. är fackligt ansluten till Sveriges läkarförbund. Besluten att neka S.K.H. bisyssla är även ett brott mot gällande kollektivavtal, Allmänna bestämmelser, 3 kap. 8 § moment 1. Besluten, som inte har varit motiverade, har inte stöd i kollektivavtalet utan är godtyckliga och otillbörliga vilket står i strid med kollektivavtalets bestämmelser.

Eftersom Södersjukhuset genom besluten dels diskriminerat S.K.H., dels brutit mot kollektivavtalets bestämmelser har Södersjukhuset att utge diskrimineringsersättning och allmänt skadestånd till S.K.H. De yrkade beloppen är skäliga.

Södersjukhuset

Det bestrids att Södersjukhusets beslut den 29 maj 2017, den 19 juni 2017 och den 13 november 2017 att neka S.K.H. bisysslor utgör direkt diskriminering. För det fall tingsrätten skulle pröva om ställningstagandena utgör indirekt diskriminering bestrids att besluten skulle utgöra indirekt diskriminering.

Det vitsordas att S.K.H. har kronisk astma. Det bestrids att hennes astma utgör en funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening. Besluten att neka S.K.H. bisysslor vid respektive tidpunkt har inte haft samband med hennes astma utan har grundats på att hon varit föremål för en rehabiliteringsprocess med anledning av sin höga sjukfrånvaro. S.K.H:s sjukfrånvaro har delvis berott på astman men har även haft andra orsaker.

Det bestrids att S.K.H. har varit i en jämförbar situation med de läkare på Södersjukhuset som har beviljats bisysslor.

Södersjukhuset har gjort bedömningen att bisysslor skulle ha varit arbetshindrande för S.K.H. vilket har varit skälet att neka henne bisysslor. Besluten har varit grundade på sakliga skäl och har inte varit godtyckliga eller otillbörliga. Södersjukhuset har därför inte brutit mot gällande kollektivavtal genom besluten.

De belopp som S.K.H. har begärt är i vart fall oskäligen, både avseende yrkandet om diskrimineringsersättning och yrkandet om allmänt skadestånd för brott mot kollektivavtalet.

Vad gäller talan om brott mot kollektivavtalet avseende beslut den 29 maj 2017 och den 19 juni 2017 är dessa preskriberade eftersom talan har väckts senare än fem månader från det att S.K.H. fick kännedom om besluten (se 64 och 66 §§ 1 stycket lag [1976:580] om medbestämmande i arbetslivet). Talan om diskrimineringsersättning avseende beslutet den 29 maj 2017 är preskriberat enligt 6 kap. 4 § diskrimineringslagen och 64 och 66 §§ 1 stycket lag om medbestämmande i arbetslivet.

Den tidpunkt som har betydelse för när preskriptionsfristerna ska börja löpa är när S.K.H. fick kännedom om besluten. Det har inte betydelse när arbetstagarorganisationen fick kännedom om besluten.

Södersjukhuset har framställt invändningen om preskription i rätt tid.

S.K.H:s genmäle

Det bestrids att någon av de bisysslor som S.K.H. har anmält eller ansökt om har varit arbetshindrande.

Talan har i sin helhet väckts i rätt tid. Preskriptionsinvändningen är i vart fall för sent framställd eftersom den inte framställdes första gången Södersjukhuset förde talan i målet.

UTVECKLING AV TALAN

S.K.H.

S.K.H. har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande.

S.K.H. har haft astmatiska besvär sedan barndomen. Hon blev diagnostiserad med svår och ovanlig astma i tjugårsåldern. Hennes astma är kronisk. Trots detta har hon genomfört läkarlinjen och därefter gjort sin AT (allmän tjänstgöring). Hon arbetade som ST-läkare även innan sin anställning på Södersjukhuset. Södersjukhuset har känt till hennes astma. Astman har lett till viss sjukfrånvaro för S.K.H. men har inte påverkat hennes arbetsförmåga i arbetet som ST-läkare på Södersjukhuset eller någon annanstans. Astman har inte heller påverkat hur hon har utfört sina arbetsuppgifter. Det har aldrig framförts klagomål på hennes arbete. Stress är inte en utlösande faktor för hennes astma. Faktorer som är utlösande är i huvudsak kyla och infektioner.

Besluten att neka S.K.H. bisysslor

Södersjukhuset har genom beslut meddelat den 29 maj 2017 avstyrkt S.K.H:s ansökan om bisyssla avseende att få utföra estetiska injektioner och föreläsningar i trauma. Bedömningen gjordes av V.M.

Genom besluten den 19 juni 2017 och den 13 november 2017 har S.K.H. nekats att arbeta med tjänsten KRY som bisyssla. KRY är en webbaserad tjänst där patienter kan träffa läkaren via video, en smartphone eller surfplatta. Den läkare som tar emot patienten kan göra detta var som helst ifrån, till exempel från hemmet. Med hänsyn till S.K.H:s astma är arbete på KRY en optimal bisyssla eftersom arbetet kan skötas hemifrån och utifrån rådande förutsättningar. Beslutet den 19 juni 2017 att neka henne bisyssla rörande KRY meddelades och bedömdes av V.M. per mail. Beslutet från den 19 juni 2017 omprövades under hösten 2017 vilket åter ledde till avslag genom beslut som lämnades i S.K.H:s postfack den 13 november 2017. Samtliga beslut att neka S.K.H. bisysslor har gjorts med hänvisning till den astma hon lider av.

S.K.H. var vid besluten om nekad bisyssla fullt frisk, bortsett från astman, och var inte föremål för rehabilitering av något slag. Besluten har inneburit att S.K.H. har blivit missgynnad i jämförelse med sina läkarkollegor på Södersjukhuset. Hon har haft samma förutsättningar för utförandet av arbetsuppgifterna som alla andra läkare som regelmässigt har beviljats bisysslor i form av arbete med såväl KRY som andra bisysslor. Södersjukhusets beslut att neka S.K.H:s bisysslor har haft sin orsak i en funktionsnedsättning, hennes astma, och det har därför varit fråga om direkt diskriminering. Det förhållandet att S.K.H. faktiskt har utfört vissa bisysslor under 2017 visar också att bisysslorna inte har varit hindrande för hennes arbete på Södersjukhuset. S.K.H. har i mail till J.R. tydliggjort att hon upplevt sig bli särbehandlad och diskriminerad.

Sammantaget finns det anledning att anta att S.K.H. genom de tre besluten tillsammans och var och ett för sig har blivit diskriminerad. Södersjukhuset har därför bevisbördan för att diskriminering inte har skett.

Därtill är de tre besluten - var och ett för sig - ett brott mot gällande kollektivavtal eftersom besluten varit otillbörliga och godtyckliga. Kollektivavtalet innehåller en uttömmande reglering av de grunder på vilka Södersjukhuset kan neka en anställd bisyssla. Dessa grunder är att bisysslan i) inverkar arbetshindrande på arbetsuppgifterna, ii) påverkar arbetstagarens handläggning av ärenden i dennes arbete i anställningen eller iii) innebär verksamhet som konkurrerar med arbetsgivarens. Ingen av dessa grunder är för handen i S.K.H:s fall och har inte heller angivits av Södersjukhuset som skäl för att meddela avslag.

Påståendet om att bisysslorna skulle ha förbjudits för att de skulle kunna inverka hindrande på S.K.H:s arbete är en efterhandskonstruktion som inte har något med de verkliga förhållandena vid tidpunkten för nekandet att göra. Ett stort antal läkare på Södersjukhuset har tillåtit att arbeta med KRY och inte i något fall har Södersjukhuset, såvitt S.K.H. känner till, med hänvisning till kollektivavtalets bestämmelser om bisysslor nekat en läkare detta. Eftersom besluten står i strid med gällande kollektivavtal ska allmänt skadestånd utges för brott mot kollektivavtalet.

Den påstådda rehabiliteringsprocessen

Södersjukhuset har hävdats att de tre besluten om avslag har skett med hänvisning till att en rehabiliteringsprocess pågått avseende S.K.H. Någon sådan process har dock aldrig funnits. Det har till exempel inte upprättats någon skriftlig rehabiliteringsplan vilket är ett krav och en förutsättning för att en rehabiliteringsprocess ska anses föreligga. Att Södersjukhuset har hänvisat till en rehabiliteringsprocess är snarast en efterhandskonstruktion. Den påstådda rehabiliteringsprocessen har varit ett uttryck för Södersjukhusets missnöje med S.K.H. på grund av hennes sjukfrånvaro som berott på hennes astma och ett led i att försöka förmå henne att lämna sin anställning. Någon faktisk rehabiliteringsprocess har inte varit möjlig eftersom S.K.H:s astma är av kronisk karaktär och inte möjlig att rehabilitera. Övriga skäl till hennes sjukfrånvaro under år 2016 och år 2017 har varit bland annat myom och tillfällig förlamning. Samtliga frånvaroskäl var av övergående natur och inte möjliga att rehabilitera.

Ett möte hölls den 29 maj 2017 i samband med vilket det första beslutet om att neka S.K.H. bisysslor fattades. Vid det mötet beslutade Södersjukhuset även att S.K.H. skulle uppvisa läkarintyg redan första sjukdagen (så kallat förstadagsintyg).

Därefter hölls ett möte med företagshälsovården Feelgood den 22 juni 2017 i frågan om rehabilitering varvid läkaren från Feelgood uppgav att hans uppfattning var att S.K.H. inte led av någon åkomma som kunde vara föremål för rehabilitering. Läkaren från Feelgood klargjorde även att det krav på förstadagsintyg som Södersjukhuset hade uppställt för S.K.H. genom beslut den 29 maj 2017 var kontraproduktivt för henne. Under mötet framhöll Södersjukhuset att astman var skälet till mötet om rehabilitering och även skälet att neka S.K.H. bisysslor. Södersjukhuset vidhöll vid mötet den 22 juni 2017 sitt beslut om förstadagsintyg. Kravet på förstadagsintyg var

livshotande för S.K.H. eftersom det innebar att hon, vid ett tillfälle när hon den 8 augusti 2017 drabbades av ett astmaanfall, var nödgad att lämna lägenheten och ta sig till företagshälsovården. På grund av sitt fysiska tillstånd och svårigheter att andas var hon istället tvungen att uppsöka akutsjukvård i syfte att överleva astmaanfallet.

Preskription

Kraven är inte preskriberade. Preskriptionsfristen börjar löpa från det att den arbetstagarorganisation S.K.H. tillhör fick kännedom om omständigheterna som ligger till grund för kraven. Den arbetstagarorganisation som S.K.H. tillhör fick kännedom om besluten den 22 juni 2017.

Preskriptionsinvändningen är i vart fall för sent framställd eftersom den ska framställas första gången talan förs i målet. Södersjukhuset har känt till när de beslut som målet rör har fattats eftersom det är sjukhuset som har fattat besluten. Någon invändning om preskription gjordes inte första gången Södersjukhuset förde talan i målet och sjukhuset får därmed anses ha avstått från sin rätt att göra preskriptionsinvändning.

Södersjukhuset

Södersjukhuset har till stöd för sitt bestridande anfört i huvudsak följande.

Besluten att neka S.K.H. bisysslor

Södersjukhuset har inte diskriminerat S.K.H. och har inte heller brutit mot kollektivavtalets bestämmelser genom att avstyrka bisysslor för S.K.H. Besluten att avstyrka bisysslor har skett i enlighet med gällande kollektivavtal, Allmänna bestämmelser 3 kap. § 8 moment 1, som bland annat föreskriver att arbetsgivaren kan förbjuda en bisyssla om arbetsgivaren finner att bisysslan kan inverka hindrande för arbetsuppgiften. Bestämmelsen är en så kallad arbetsgivarventil vilket innebär att den kan tillämpas diskretionärt av arbetsgivaren så länge detta inte sker godtyckligt eller otillbörligt. Att bisysslorna inte bedömdes vara förenliga med pågående rehabiliteringsprocess innefattas i grunden att Södersjukhuset ansåg dem vara arbetshindrande.

Vad gäller bisysslan avseende att hålla föreläsning om trauma och att utföra estetiska injektioner så godkände Södersjukhuset bisysslorna den 29 maj 2017 med begränsningen att bisysslorna inte fick utföras för närvarande, eftersom en rehabiliteringsprocess pågick. Beslutet skulle dock omprövas en gång per år. S.K.H:s höga sjukfrånvaro, som var skälet till att rehabiliteringsprocessen inleddes, berodde både på hennes astma och på andra orsaker. Att arbeta extra med bisysslor var inte förenligt med den pågående rehabiliteringsprocessen där målet var att S.K.H. i första hand skulle kunna komma tillbaka och arbeta fullt ut i sin huvudanställning som ST-läkare.

Det beslut som V.M. i mail meddelade S.K.H. den 19 juni 2017 får snarast ses som en bekräftelse på det beslut som fattades den 29 maj 2017, vilket

alltså var ett beslut om att S.K.H. för närvarande inte fick utföra bisysslor eftersom en rehabiliteringsprocess pågick.

Södersjukhuset avstyrkte även ansökan om bisysslor i beslut av den 13 november 2017 med motiveringen att det inte var förenligt med den pågående rehabiliteringsprocessen.

Anledningen till att Södersjukhuset avstyrkte bisysslorna var således den pågående rehabiliteringsprocessen och inte astman i sig. S.K.H. har med anledning av rehabiliteringsprocessen och sin höga sjukfrånvaro inte befunnit sig i en jämförbar situation som de läkare på Södersjukhuset som fått godkännande att arbeta med bisysslan KRY och andra bisysslor. Därtill är den jämförelsegrupp som S.K.H. har gjort gällande i målet för oprecis; Södersjukhuset hade år 2017 drygt 4 700 anställda varav 970 var läkare.

S.K.H. efterlevde inte besluten utan arbetade under år 2017 extra med bisysslor hos andra arbetsgivare än Södersjukhuset. Ett eventuellt allmänt skadestånd eller diskrimineringsersättning ska därför jämkas, i första hand till 0 kr. Att S.K.H. arbetat i stor omfattning trots förbud mot bisyssla ger inte stöd för att bisysslan inte har varit arbetshindrande.

Den pågående rehabiliteringsprocessen

Under 2015 hade S.K.H. 32 sjukdagar fördelade på 14 tillfällen. Under 2016 hade hon 103 sjukdagar fördelade på tio tillfällen och under år 2017, fram till och med augusti, hade hon 13 sjukdagar fördelade på sju tillfällen. Södersjukhuset har i egenskap av arbetsgivare ett ansvar för arbetsmiljön och sina anställda. Ansvaret följer bland annat av arbetsmiljölagen (1977:1160) och Arbetsdomstolens praxis. En del av detta ansvar är att i vissa situationer genomföra en rehabiliteringsplan. En sådan ska genomföras även om en anställd har en kronisk sjukdom. Rehabiliteringen är inte medicinsk utan arbetslivsinriktad. De åtgärder som vidtas kan till exempel vara samtal eller utredning huruvida arbetsplatsen eller arbetssituationen på något sätt kan anpassas. Ett annat exempel är krav på förstadagsintyg. Den 29 maj 2017 beslutades att en rehabiliteringsprocess skulle inledas avseende S.K.H.

Vid mötet den 29 maj 2017 diskuterades S.K.H:s höga sjukfrånvaro. Sjukfrånvaron berodde även på andra orsaker än S.K.H:s astma. Mötesdeltagare var S.K.H., läkarcheferna V.M. och J.R., HR-specialisten P.B.A., S.K.H:s handledare A.M. och den facklige representanten H.L. Vid mötet togs en plan fram för rehabiliteringen, som innebar bland annat att S.K.H. skulle boka tid hos Feelgood för ett läkarbesök, att hon fick ett föreläggande om att inkomma med förstadagsintyg och att hon skulle ansöka om särskilt högriskskydd. De åtgärder som beslutades och antecknades är i och för sig att anse som en skriftlig rehabiliteringsplan. Något krav på en skriftlig rehabiliteringsplan fanns emellertid inte vid tidpunkten för mötet. Beslutet om läkarintyg från första dagen gällde under perioden den 8 juni 2017–7 juni 2018.

Rehabiliteringsprocessen var alltså inte medicinsk utan en del i en arbetslivsinriktad rehabilitering. Processen innebar att S.K.H. fick komma till företagshälsovården för bedömning redan den första sjukdagen och att arbetsgivaren skulle stå kostnaden för detta, samt att läkarintyg från första dagen var ett krav för giltig sjukfrånvaro. Beslutet fattades med anledning av att S.K.H. under lång tid haft mycket hög sjukfrånvaro och att det i dessa fall ingår i arbetsgivarens rutiner att fatta beslut om förstadagsintyg. Syftet med rehabiliteringsprocessen har inte varit att förmå S.K.H. att lämna sin anställning.

Den 22 juni 2017 hölls ett möte på företagshälsovården Feelgood. På mötet deltog S.K.H., hennes vän H.H., läkaren på Feelgood M.M.M., V.M., P.B.A., H.L. och Feelgoods S.Ö. Av anteckningarna från mötet framgår att det vid mötet diskuterades vad som behövdes för ett fungerande rehabiliteringsarbete. Frågan om lämplig arbetsanpassning diskuterades. Södersjukhuset ifrågasatte vid mötet Feelgoods bedömning att det inte fanns något att rehabilitera. Av anteckningarna från mötet framgår även att det inte fanns krav på förstadagsintyg för det fall det var fråga om akut sjukdom.

Rehabiliteringsprocessen avstannade när S.K.H. åkte utomlands för sidotjänstgöring och senare sade upp sin anställning.

Preskription

Talan i den del som rör beslutet den 29 maj 2017 är preskriberad, både vad gäller påstått brott mot kollektivavtalet och påstådd diskriminering. Detta eftersom S.K.H. inte har väckt talan inom fem respektive sex månader från det att hon fick kännedom om den omständighet som respektive yrkande hänför sig till.

Vad gäller beslutet den 19 juni 2017 är talan angående detta beslut preskriberad vad gäller påstått brott mot kollektivavtalet. Detta eftersom S.K.H. inte har väckt talan inom fem månader från det att hon fick kännedom om beslutet som ligger till grund för yrkandet.

Det avgörande för när tiden för preskription börjar löpa är när S.K.H. fick kännedom om besluten. För det fall fristen för preskription ska anses börja löpa från det att arbetstagarorganisationens fick kännedom om besluten görs det gällande att så skedde genom närvaro på möten 29 maj 2017 och 22 juni 2017.

Södersjukhuset har inte förlorat sin rätt att göra en invändning om preskription. S.K.H. preciserade inte i stämningsansökan vilka beslut som talan grundade sig på. De specifika besluten nämndes första gången i målet i ett senare yttrande. I svar på detta yttrande framställde Södersjukhuset preskriptionsinvändning vilket Södersjukhuset inte hade kunnat göra i ett tidigare skede i processen.

BEVISNING

Det har hållits huvudförhandling i målet.

På S.K.H:s begäran har det hållits partsförhör under sanningsförsäkran med henne själv. På S.K.H:s begäran har även hållits vittnesförhör med R.G., H.H., L.G., J.B. och A.M.

På Södersjukhusets begäran har hållits vittnesförhör med V.M., J.R., J.H., E.B. och L.B.

De förhör som har hållits vid huvudförhandlingen har spelats in och tingsrätten redovisar i denna dom uppgifterna från förhören endast i de delar som det behövs för att klargöra hur tingsrätten har kommit fram till sina ställningstaganden.

Parterna har åberopat skriftlig bevisning.

DOMSKÄL

Frågorna i målet

I målet är ostridigt att S.K.H. genom beslut av Södersjukhuset har nekats bisysslor i form av visst arbete på KRY, estetiska injektioner och föreläsningar. Frågan som tingsrätten ska ta ställning till är dels om dessa beslut utgör diskriminering enligt diskrimineringslagens bestämmelser, dels om besluten utgör brott mot kollektivavtalets bestämmelser. Inom ramen för denna prövning ska tingsrätten också ta ställning till om S.K.H:s yrkanden är preskriberade. För det fall tingsrätten skulle komma fram till att diskriminering ersättning eller allmänt skadestånd för brott mot kollektivavtalet ska utgå ska tingsrätten pröva med vilket belopp ersättning ska utgå.

Har S.K.H. blivit diskriminerad?

Allmänt om diskrimineringslagen

I 1 kap. 4 § diskrimineringslagen anges vad som avses med diskriminering enligt lagen. Av första punkten framgår att *direkt diskriminering* innebär att 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 till exempel en funktionsnedsättning. Det ska alltså vara fråga om ett missgynnande i en jämförbar situation. Det ska också finnas ett orsakssamband mellan missgynnandet och den diskrimineringsgrund som avses, till exempel en funktionsnedsättning. Av 1 kap. 4 § diskrimineringslagen andra punkten framgår att med *indirekt diskriminering* avses att en enskild person missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med till exempel en viss funktionsnedsättning.

I 6 kap. 3 § diskrimineringslagen finns en särskild bevisbörderegel. Av bestämmelsen framgår att om den som anser sig ha blivit diskriminerad visar omständigheter som *ger anledning att anta* att han eller hon har blivit diskriminerad är det svaranden som ska visa att diskriminering inte har förekommit. Bestämmelsen syftar till att ge den som anser sig ha blivit diskriminerad en bevislättning och har sin främsta betydelse för prövningen av om det finns ett orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden (se till exempel AD 2014 nr 28).

Tingsrätten ska inledningsvis pröva om S.K.H. har missgynnats. Om så är fallet kommer tingsrätten att pröva om missgynnandet inneburit att S.K.H. behandlats sämre än någon annan har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation. Om tingsrätten kommer fram till att S.K.H. har missgynnats och genom detta behandlats sämre än någon annan har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation ska tingsrätten pröva om missgynnandet har ett samband med hennes astma och huruvida hennes astma är en funktionsnedsättning i diskrimineringslagens mening. Om tingsrätten kommer fram till att så är fallet har en direkt diskriminering skett och tingsrätten ska då ta ställning till storleken på den diskrimineringsersättning som ska utgå.

S.K.H. har gjort gällande att hon blivit föremål för direkt diskriminering av Södersjukhuset. Tingsrätten noterar att de omständigheter som S.K.H. anfört till stöd för sin talan inte omfattar eller konstituerar indirekt diskriminering. Tingsrätten kommer därför att pröva om S.K.H. har utsatts för direkt diskriminering.

Har S.K.H. missgynnats?

Innebörden av ett missgynnande är att någon drabbas av det som typiskt sett associeras med en negativ effekt, faktiskt liden skada, ett obehag eller någon annan nackdel. Avgörande vid bedömningen är att en negativ effekt inträder, inte vilken orsak som kan ligga bakom missgynnandet. I förarbetena till diskrimineringslagen nämns som exempel på missgynnande att någon försätts i ett sämre läge eller går miste om en förbättring, en förmån, en serviceåtgärd eller liknande (prop. 2007/08:95 s. 486-487). Vidare sägs att det som typiskt sett är förenat med faktiskt förlust, obehag eller liknande är att anse som ett missgynnande. Det sistnämnda ska emellertid inte tolkas så att det krävs att det ifrågasatta förfarandet faktiskt har fått någon praktisk eller ekonomisk konsekvens för den som påstås ha blivit diskriminerad (jfr. RH 2014:9).

Det har varit nödvändigt för S.K.H. att få ett godkännande från Södersjukhuset för att få arbeta med bisysslor. Det är i målet ostridigt att Södersjukhuset har nekat S.K.H. att ha bisysslor. Det är vidare utrett att S.K.H. trots avstyrkandet ändå har utfört vissa bisysslor. Södersjukhuset har inte påstått att detta skulle innebära att sjukhusets beslut att avstyra bisysslor i sig inte har missgynnat S.K.H. Tingsrätten gör bedömningen att S.K.H. på objektiva grunder har försatts i ett sämre läge genom att nekas bisysslor än om hennes ansökan om bisysslor hade fått bifall. Oavsett om

mailet den 19 juni 2017 ska anses vara ett formellt beslut om bisysslor eller inte konstaterar tingsrätten att det utgör ett ställningstagande som har missgynnat S.K.H. eftersom hon nekats bisysslor. S.K.H. har alltså missgynnats genom Södersjukhusets ställningstaganden den 29 maj 2017, den 19 juni 2017 och den 13 november 2017 i fråga om bisysslor.

Har S.K.H. befunnit sig i en med andra personer jämförbar situation?

Tingsrätten ska därefter ta ställning till om den missgynnande behandlingen av S.K.H. skiljer sig från hur personer i en jämförbar situation har behandlats eller skulle ha behandlats. Endast om jämförelsen visar en avvikelse från hur en annan person som befinner sig i en jämförbar situation behandlas eller skulle behandlas kan behandlingen bedömas som diskriminering förutsatt att missgynnandet har samband med en diskrimineringsgrund.

För att jämförelsen ska bli rättvisande krävs att personerna som jämförs befinner sig i situationer där det är rimligt eller naturligt att jämföra dem med varandra (prop. 2007/08:35 s. 487). Kriteriet ”jämförbar situation” kan därför ha olika innebörd beroende på i vilken situation diskrimineringen påstås ha skett (a. prop. s. 487). Vid prövning av diskriminering i arbetslivet görs jämförelsen ofta på individnivå, dvs. den som påstår sig ha blivit diskriminerad jämförs med någon eller några av sina arbetskamrater (se Gabinus Göransson m.fl., Diskrimineringslagen, andra upplagan, s. 45). Om det i det enskilda fallet kan anses rimligt och naturligt att olika individer behandlas lika befinner sig dessa i en jämförbar situation. Det är dock inte nödvändigt att jämförelse sker med en faktisk person, utan jämförelse kan ske med en hypotetisk jämförelseperson (prop. 2002/03:65 s. 88 f. och prop. 2007/08:95 s. 487).

Det är ostridigt att ett antal läkare på Södersjukhuset har beviljats arbete med bisysslor. S.K.H. har gjort gällande att den relevanta jämförelsegruppen är alla läkare på Södersjukhuset. Södersjukhuset har anfört att S.K.H. inte befunnit sig i en jämförbar situation med de personer som har beviljats bisysslor eftersom hon, till skillnad från dessa personer, har varit föremål för en rehabiliteringsprocess på grund av hög sjukfrånvaro. Den jämförelsegrupp som S.K.H. har gjort gällande är relevant är enligt tingsrätten en alltför vidsträckt och heterogen grupp personer för att en relevant jämförelse ska kunna göras. Enligt tingsrätten är en rimlig och naturlig jämförelseperson istället någon som har varit föremål för en rehabiliteringsprocess eller har en hög sjukfrånvaro.

Parterna är oense om huruvida en rehabiliteringsprocess faktiskt har inletts och vad syftet med rehabiliteringsprocessen har varit. S.K.H. har gjort gällande att rehabiliteringsprocessen snarast har varit ett uttryck för arbetsgivarens missnöje med henne på grund av hennes sjukfrånvaro som berott på hennes astma. Södersjukhuset har gjort gällande att rehabiliteringsprocessen har varit arbetslivsinriktad och ett led i att följa upp att S.K.H:s sjukfrånvaro minskade. E.B. har i förhör berättat att Södersjukhuset som en övergripande riktlinje när en anställd är frånvarande vid fler än sex tillfällen

under en tolv månaders period eller mer än fyra veckor vidtar åtgärder för att undersöka vad sjukhuset i egenskap av arbetsgivare kan göra. En sådan åtgärd kan vara att inleda en arbetslivsinriktad rehabiliteringsutredning och en process kan inledas även för en person med en kronisk sjukdom eftersom det kan finnas behov av att till exempel anpassa arbetsplatsen. Vad E.B. har berättat ger alltså stöd för att det av Södersjukhusets rutiner följer att arbetsgivaren har en skyldighet att inleda en rehabiliteringsprocess om en anställd är frånvarande mer än ett visst antal tillfällen under ett år.

Tingsrätten finner inte skäl att ifrågasätta att en rehabiliteringsprocess faktiskt inleddes den 29 maj 2017 och att detta var i enlighet med Södersjukhusets rutiner för anställda som har viss sjukfrånvaro. Rehabiliteringsprocessen har varit arbetslivsinriktad och inte haft ett medicinskt syfte. Inom ramen för nu aktuellt mål finns det för tingsrätten inte skäl att närmare bedöma huruvida de åtgärder som har vidtagits inom ramen för rehabiliteringsprocessen har varit lämpliga och inte heller resultatet av åtgärderna.

V.M. har i förhör berättat att de läkare som beviljats bisysslor exempelvis i form av arbete med KRY inte har varit sjukskrivna så ofta eller så länge som S.K.H. V.M. har vidare berättat att S.K.H. hade en i jämförelse med andra läkare hög sjukfrånvaro och att åtgärder som förbud mot bisysslor och krav på så kallat förstadagsintyg var en del i det åtgärdspaket som Södersjukhuset vidtog i egenskap av arbetsgivare. Att S.K.H:s sjukfrånvaro var hög i jämförelse med andra läkare får också stöd av vad E.B. har berättat.

Eftersom S.K.H. har befunnit sig i en rehabiliteringsprocess som berott på hög sjukfrånvaro har hon inte befunnit sig i en jämförbar situation med övriga läkare som har ansökt om och beviljats bisysslor. Det har i detta avseende ingen betydelse att S.K.H:s astma har varit av kronisk karaktär. E.B., V.M., J.H. och L.B. har alla berättat om att de inte har kännedom om någon läkare med hög sjukfrånvaro eller som under pågående rehabiliteringsprocess har beviljats bisysslor, men att anställda läkare på sjukhuset i och för sig regelbundet beviljas bisysslor.

Mot bakgrund av att det såvitt känt inte finns någon faktisk person med en sjukfrånvaro motsvarande S.K.H:s eller en person under pågående rehabiliteringsprocess som beviljats bisysslor har Södersjukhuset anfört att den hypotetiska jämförelsepersonen, alltså en person med en pågående rehabiliteringsprocess och hög sjukfrånvaro, också skulle ha nekats bisyssla. Av vad som framkommit i de förhör som hållits med E.B., V.M., J.H. och L.B. finns enligt tingsrätten inte skäl att ifrågasätta detta.

Sammanfattningsvis anser tingsrätten att det inte finns skäl att ifrågasätta Södersjukhusets uppgift om att en annan person med hög sjukfrånvaro eller pågående rehabiliteringsprocess skulle ha nekats bisysslor i en situation motsvarande S.K.H:s. S.K.H. har inte gjort antagligt att hon har blivit utsatt för direkt diskriminering av Södersjukhuset.

Sammanfattning i fråga om diskriminering

S.K.H. har missgynnats genom att nekas bisysslor. Eftersom hon inte har missgynnats genom att behandlas sämre än någon annan skulle ha behandlats i en jämförbar situation är det inte fråga om direkt diskriminering enligt diskrimineringslagen på sätt som hon har gjort gällande.

Eftersom det brister i en sådan grundförutsättning saknas skäl för tingsrätten att pröva om missgynnandet har samband med en funktionsnedsättning och om - samt i vilken mån - talan eventuellt är preskriberad. Det finns inte heller anledning för tingsrätten att pröva skäligheten av det yrkade beloppet.

Har Södersjukhuset genom beslutet att neka bisysslor brutit mot bestämmelserna i kollektivavtalet ?

Det är ostridigt att Södersjukhuset, vid bedömningen av bisysslor, har haft att förhålla sig till gällande kollektivavtal. Södersjukhuset har dessutom haft att förhålla sig till vissa riktlinjer som tagits fram inom Region Stockholm (f.d. Stockholms läns landsting) och på Södersjukhuset.

Enligt ordalydelsen av den relevanta bestämmelsen i kollektivavtalet kan en arbetsgivare förbjuda en bisyssla bland annat om arbetsgivaren finner att den kan inverka hindrande för arbetsuppgifterna. Av den skriftliga bevisningen som Södersjukhuset har åberopat framgår att bestämmelsen enligt de riktlinjer som tagits fram inom Region Stockholm till exempel innebär att en bisyssla som enligt arbetsgivaren kan inverka på möjligheten för den anställda att sköta sitt ordinarie arbete tillfredsställande kan förbjudas.

Södersjukhuset har anfört att bestämmelsen i kollektivavtalet utgör en så kallad arbetsgivarventil, med innebörden att det har överlämnats åt arbetsgivarens diskretionära prövning att tillämpa bestämmelsen och att den fria prövningsrätten är inskränkt endast så till vida att den inte får utnyttjas på ett godtyckligt eller annars otillbörligt sätt. S.K.H. har bestritt att bestämmelsen är en arbetsgivarventil.

Enligt tingsrättens mening ger bestämmelsens ordalydelse klart stöd för att det har överlämnats åt arbetsgivaren att ensidigt bedöma om skäl att förbjuda bisyssla föreligger eller inte (jfr AD 1985 nr 69 och AD 1999 nr 27). Södersjukhuset har därför haft en relativt långtgående fri prövningsrätt att avgöra huruvida S.K.H:s ansökan om bisysslor skulle bifallas eller inte. För att det ska vara fråga om brott mot aktuell bestämmelse i kollektivavtalet ska Södersjukhusets beslut ha varit godtyckligt eller otillbörligt.

Tingsrätten gör bedömningen att det typiskt sett inte kan ses som godtyckligt eller otillbörligt att en pågående rehabiliteringsprocess eller hög sjukfrånvaro läggs till grund för ett beslut att neka en anställd bisysslor. Frågan är om det finns skäl att göra en annan bedömning i S.K.H:s fall.

Tingsrätten har funnit att det pågick en arbetslivsinriktad rehabiliteringsprocess rörande S.K.H. med anledning av hennes sjukfrånvaro.

J.H. har i förhör uppgett att det inte finns något formkrav på beslut att neka bisysslor men att de ska dokumenteras. Det förhör som hållits med L.B. ger stöd för att bedömningen i S.K.H:s fall har hanterats i enlighet med de riktlinjer som finns på Södersjukhuset för prövning av bisysslor. Tingsrätten bedömer inte att Södersjukhusets tillämpning av aktuell bestämmelse i gällande kollektivavtal om bisysslor kan anses vara godtycklig eller otillbörlig på ett sådant sätt att ett kollektivavtalsbrott är för handen. Tingsrätten bedömer inte heller att Södersjukhusets beslut har saknat motivering eller på annat sätt varit bristfälliga på ett sådant sätt att besluten kan anses godtyckliga eller otillbörliga. S.K.H:s talan ska därför ogillas även i denna del.

Det saknas vid denna bedömning skäl att pröva frågan om S.K.H:s talan i denna del är preskriberad eller skäligheten av det yrkade beloppet.

Rättegångskostnader

Enligt 18 kap. 1 § rättegångsbalken ska som huvudregel den part som förlorar tvisten ersätta den part som vinner densamma för dennes rättegångskostnader. S.K.H. har förlorat målet och ska därmed som utgångspunkt ersätta Södersjukhusets rättegångskostnader. S.K.H. har med stöd av 6 kap. 7 § andra stycket diskrimineringslagen och 5 kap. 2 § lagen om rättegången i arbetstvister begärt att tingsrätten ska förordna att vardera parten ska stå sin kostnad i målet, även om hon förlorar.

En förutsättning för att kvittning av rättegångskostnaderna ska få ske är att den part som har förlorat målet hade skälig anledning att få tvisten prövad. Det kan särskilt vara fallet när rätts- och bevisfrågorna har varit svårbedömda.

Skälig anledning att få tvisten prövad kan vara att båda parter, när de utgörs av organisationer, har ett gemensamt intresse av en auktoritativ tolkning av rättsläget, oavsett hur utgången kan komma att bli. Det kan också vara fråga om att utgången varit en följd av omständigheter som tidigare varit obekanta för den part som förlorat målet eller att rättsläget varit svårbedömt. Av Arbetsdomstolens praxis framgår att det är relativt ovanligt att omständigheterna är sådana att kvittning enligt den nu nämnda bestämmelsen medges i andra mål än kollektivavtalstvister (se AD 2017 nr 23 och AD 2018 nr 79). Tingsrätten finner inte - även med beaktande av att målet till viss del har rört frågan om huruvida brott mot kollektivavtal förelegat - att förhållandena är sådana att S.K.H. kan anses ha haft skälig anledning att få saken prövad på sådant sätt som avses i den särskilda regeln i lagen om rättegång i arbetstvister om kvittning av rättegångskostnader.

Det finns därför inte skäl att frånga huvudregeln i 18 kap. 1 § rättegångsbalken. S.K.H. ska ersätta Södersjukhuset för bolagets rättegångskostnad. Det yrkade beloppet är enligt tingsrätten skäligt. Ränta ska enligt lag utgå från dagen för dom.

DOMSLUT

1.Tingsrätten ogillar käromålet.

2.S.K.H. ska ersätta Södersjukhuset Aktiebolag för dess rättegångskostnader med 260 000 kr samt utge ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från denna dag till dess full betalning sker. Av beloppet avser 208 000 kr ombudsarvode och 52 000 kr mervärdesskatt.