



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anneli Thorefeldt

EG-rättens förbud mot könsdiskriminering

Examensarbete
20 poäng

Handledare:
Ann Numhauser-Henning

Arbetsrätt

Termin 9

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
1 INLEDNING	2
2 EU:S LAGSTIFTNING	5
2.1 Primärrätt	5
2.2 Sekundärrätt	5
2.3 Huvudaktörerna i lagstiftningsprocessen	6
2.3.1 Europeiska unionens råd	6
2.3.2 Kommissionen	6
2.3.3 Europaparlamentet	7
2.3.4 EG-domstolen	8
3 EU OCH JÄMSTÄLLDHETEN	10
3.1 Bakgrund	10
3.2 Artikel 141	12
3.3 Likabehandlingsdirektivet	13
3.3.1 Bakgrund	13
3.3.2 Materiella regler	15
4 DEN LIBERALA RÄTTSTRADITIONENS FÖRBUD MOT DISKRIMINERING	18
4.1 Bakgrund	18
4.1.1 Direkt diskriminering	20
4.1.2 Indirekt diskriminering	21
4.2 Bilka-fallet och rättfärdigande av indirekt diskriminering	24
4.2.1 Rekviritet objektivet syfte	25
4.2.2 Rekviriten lämplig och nödvändig	26
4.3 Gränsdragningen mellan direkt och indirekt diskriminering	28
4.4 Bevisbördedirektivet	31
4.5 Kraven på statistiken	33
5 AVVÄGNINGEN MELLAN TILLÅTEN OCH OTILLÅTEN SÄRBEHANDLING	35
5.1 Ekonomiska skäl	37

5.2	Bedömningen av anställningstidens längd	38
6	EU-RÄTTENS FÖRHÅLLANDE TILL JÄMSTÄLLDHETSLAGEN	40
7	DELTIDS-OCH VISSTIDSDIREKTIVEN	42
7.1	Bakgrund	42
7.1.1	Principen om icke-diskriminering	43
7.1.2	Deltidsdirektivet	44
7.1.3	Visstidsdirektivet	46
8	ANALYS AV SKYDDET	48
9	DIREKTIVENS GENOMFÖRANDE I SVENSK RÄTT	51
10	SENARE UTVECKLING	55
10.1.1	Artikel 13	55
10.1.2	Definitionen av indirekt diskriminering i de nya direktiven	55
10.1.3	Ändringarna i likabehandlingsdirektivet	56
11	AVSLUTANDE DISKUSSION	58
	LITTERATURFÖRTECKNING	61
	OFFENTLIGT TRYCK - SVERIGE	62
	EG-RÄTTSLIGT MATERIAL	63
	ELEKTRONISKA RÄTTSKÄLLOR	65
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	66

Sammanfattning

De senaste årens rättsutveckling inom EU har inneburit ett ökat fokus på så kallade ”mjuka” värden och likabehandlingsprincipen sägs vara central inom EG-rätten. Vilket skydd ger då denna princip mot könsdiskriminering? Detta arbete fokuserar på hur begreppen direkt och indirekt diskriminering har utvecklats genom EG-domstolens praxis och införts i svensk rätt. I uppsatsen kontrasteras begreppen direkt diskriminering och formell likabehandling med indirekt diskriminering och materiell likabehandling, mot bakgrund av likabehandlingsdirektivet. Artikel 141 och likalönedirektivet behandlas endast översiktligt. Det konstateras att begreppet indirekt diskriminering ger domstolar en påtaglig makt att påverka rådande normer i samhället, men också att denna förmåga inte utnyttjas till fullo på grund av de beviskrav som uppställs för att kvinnor skall kunna göra indirekt könsdiskriminering gällande. Vidare är det nationella domstolar som skall avgöra huruvida svaranden har objektiva skäl för sitt agerande, vilket har medfört att rättsfallen om indirekt könsdiskriminering ofta utmynnar i en avvägning mellan arbetstagares och arbetsgivares intressen. Eftersom de flesta mål om indirekt könsdiskriminering handlar om diskriminering av deltidsanställda behandlas skyddet mot diskriminering i de senare tillkomna deltids- och visstidsdirektiven, som förbjuder *all diskriminering* av dessa arbetstagare såvida inte objektiva skäl för en olik behandling föreligger. Begreppen direkt och indirekt diskriminering används inte, vilket kan medföra att begreppen kommer att bakas samman i termen all diskriminering. Detta kan i sin tur leda till att såväl direkt som indirekt diskriminering kan komma att tillåtas med hänvisning till ekonomiska skäl, vilket är en farhåga som uttrycks i detta arbete.

1 Inledning

EU framstår för många kanske främst som ett ekonomiskt samarbete mellan de europeiska länderna. Ekonomi är dock ett ämne med otaliga förgreningar, vilket har resulterat i att gemenskapsrättens jurisdiktion sakta men säkert har utvidgats. I takt med att antalet samarbetsområden har utökats, har den gemenskapsrättsliga regleringen utsträckt sig till områden som rör människors dagliga liv. Det är egentligen inte så underligt; för att kunna säkerställa den fria rörligheten inom unionen måste migrerande arbetstagare ha rätt till samma sociala och övriga förmåner som gäller för inhemska medborgare. För att medlemsländernas varor fritt skall kunna konkurrera med varandra på den gemensamma marknaden krävs att produktionsförhållandena är någorlunda jämlika mellan länderna. Det finns alltid någon som är beredd att utföra ett arbete till en lägre kostnad, och lönediskriminering eller annan diskriminering leder till dumpade priser. En orsak till EU:s reglering mot olika former av diskriminering på arbetsmarknaden är därför att upprätthålla prisnivån.

EU har utvecklats från att främst vara ett ekonomiskt samarbete till att också vara ett socialt projekt, där de medborgare som tillhör gemenskapen skall ges samma rättigheter och lika möjligheter, åtminstone i teorin. EU-rättens diskrimineringslagstiftning är ett uttryck för att ingen EU-medborgare skall behandlas sämre än någon annan. Teori kan emellertid vara en sak och praktik en annan, ett förhållande som i detta arbete kommer till uttryck i begreppsparen formell och materiell likabehandling samt direkt och indirekt diskriminering. Flertalet västerländska lagstiftningstraditioner, också den svenska, bygger på det liberala rättssamhället, som tillämpar formell likabehandling. Enkelt uttryckt innebär detta att regler och villkor skall tillämpas på samma sätt för alla landets medborgare, eftersom dessa stipuleras vara lika och därför skall behandlas på samma vis. Begreppet direkt diskriminering förbjuder i enlighet med den formella

likabehandlingen ojämlig behandling på grund av en särskild, skyddad egenskap som till exempel kön. Men kvinnor och män är faktiskt olika på vissa områden, både i biologiskt avseende och i den strukturella kontexten, könsrollerna. Det är ett biologiskt faktum att det är kvinnor som blir gravida, vilket bland annat medför att de är frånvarande från arbetet både före och efter förlossningen. Men även därefter är det ofta kvinnor som sköter hem och barn. Många kvinnor väljer att arbeta deltid medan barnen växer upp för att kunna förena arbete med familj, vilket är en trolig orsak till att cirka 80% av de deltidsarbetande inom EU är kvinnor.

Begreppet indirekt diskriminering syftar till att komma till rätta med orättvisa effekter av skenbart neutrala villkor som i praktiken missgynnar en viss grupp, till exempel kvinnor. Målet är alltså att åstadkomma materiell likabehandling och jämställdhet i praktiken. Det absoluta flertalet av rättsfallen som gäller indirekt könsdiskriminering i arbetslivet handlar om diskriminering av deltidsanställda. När en tillämpad regel medför sämre villkor för avsevärt fler kvinnor än män, skall den som tillämpar bestämmelsen (till exempel lagstiftaren eller arbetsgivaren) visa att det finns objektiva, lämpliga och nödvändiga skäl för att bibehålla regeln trots dess diskriminerande verkan. Lyckas detta så är den indirekta diskrimineringen tillåten. Detta innebär att EG-domstolen och därmed även medlemsländernas nationella domstolar har fått en unik möjlighet att påverka rådande normer i samhället och verka för reell jämställdhet mellan män och kvinnor. En intressant fråga att ställa sig blir oundvikligen i vilken utsträckning EG-domstolen har använt sig av denna möjlighet. Denna uppsats fokuserar på begreppets användning när det gäller materiell likabehandling i arbetslivet. Det finns även andra områden där det skulle vara intressant att undersöka hur pass långtgående förändringar domstolen har bidragit till med begreppet indirekt diskriminerings hjälp. Sociallagstiftningen är ett sådant område, vars regler ofta kompletterar arbetsrätten. Man kan även säga att sociallagstiftning ibland bidrar till diskriminerande arbetslagstiftning och vice versa. EG-domstolen har

emellertid varit ganska försiktig när det gäller den sociala lagstiftningen och i de flesta fall låtit medlemsstaterna behålla sina nationella regler.

Utan att föregripa detta arbetes innehåll kan man konstatera att EG-domstolen har uppsatt så pass höga beviskrav för att indirekt könsdiskriminering skall anses föreligga att det i praktiken har blivit svårt för kvinnor att göra principen om likabehandling gällande. Därför är deltids- och visstidsdirektiven, som antogs år 1997 respektive 1999 men som ännu inte har prövats av EG-domstolen, mycket intressanta. I uppsatsen behandlas frågan om dessa direktiv kommer att innebära ett större genomslag för den materiella likabehandlingen än vad begreppet indirekt diskriminering har gjort, samt den eventuella betydelsen av ändringarna av likabehandlingsdirektivet.

2 EU:s lagstiftning

Europeiska gemenskapernas mål att uppnå ett enat Europa grundas på EG-rätten, som är ett oberoende rättssystem med företräde framför nationell rätt. EG-rättens huvudaktörer vidareutvecklar, genomför och övervakar rättssystemet, som omfattar ett antal olika förfaranden. EU:s lagstiftning består av tre olika typer av lagstiftning: primärrätt, sekundärrätt och rättspraxis.

2.1 Primärrätt

Primärrätten består av fördragen och andra avtal med liknande status. Primärrätten skapas genom att avtal ingås mellan medlemsstaternas regeringar och därefter ratificeras av de nationella parlamenten. Avtalen utformas som fördrag, och tillvägagångssättet är likadant vid senare ändringar av fördragen. Basen i EG-rätten är *Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen*, även kallat *Romfördraget*, från år 1957. Till detta ursprungliga fördrag har fogats nya bestämmelser, genom diverse protokoll och senare tillkomna fördrag, varav Maastricht-, Amsterdam- och Nicefördragen är de senaste.

2.2 Sekundärrätt

Sekundärrätten grundar sig på fördragen och kan utformas på olika sätt:

- *Förordningar* är direkt tillämpliga och bindande i alla EU:s medlemsstater utan att några nationella genomförandebestämmelser i övrigt behöver antas.
- *Direktiv* är bindande för medlemsstaterna vad gäller de mål som skall uppnås inom en viss tid men överlåter åt nationella myndigheter att bestämma form och tillvägagångssätt. Direktiv skall genomföras med befintlig eller för ändamålet stiftad nationell lag.

- *Beslut* är bindande för dem som det är riktat till, vilket kan vara en eller flera medlemsstater, företag eller enskilda.
- *Rekommendationer* och *yttranden* är inte bindande.

Rättspraxis inkluderar domar från EG-domstolen och från den relativt nyttillkomna förstainstansrätten.

2.3 Huvudaktörerna i lagstiftningsprocessen

2.3.1 Europeiska unionens råd

Rådet, som också kallas ministerrådet, är EU:s viktigaste beslutsfattande och lagstiftande myndighet, vars befogenheter följer av Romfördraget. Rådet stiftar EU:s lagar, på förslag från kommissionen och ofta med medbeslutanderätt för Europaparlamentet. Oftast sker samråd med till exempel arbetsmarknadens parter och andra intressegrupper genom Ekonomiska och sociala kommittén, samt med Regionkommittén. Rådet samordnar även medlemsstaternas allmänna ekonomiska politik och antar tillsammans med Europaparlamentet gemenskapens budget och ingår även avtal å Europeiska gemenskapens vägnar, vilka förhandlas fram av kommissionen och kräver Europaparlamentets samtycke.

2.3.2 Kommissionen

Kommissionens uppgifter är att ta initiativ till nya lagförslag, se till så att fördragen följs och förvalta och verkställa EU:s politik och internationella handelsförbindelser. Kommissionens förslag till förordningar eller direktiv skall stämma överens med fördragen och bidra till genomförandet av dessa, med beaktande av subsidiaritetsprincipen.¹ Kommissionens förslag, åtgärder och beslut granskas och bedöms på olika sätt av de andra institutionerna och man har ett nära samarbete med EU:s två rådgivande organ, Ekonomiska

¹ Som innebär att EU bara skall reglera om målet inte tillfredsställande kan uppnås på annat sätt.

och sociala kommittén och Regionkommittén. Det är dock endast rådet och i vissa fall rådet tillsammans med Europaparlamentet, som har befogenhet att fatta beslut om EU:s politik och prioriteringar. Därför är det viktigt att de tre institutionerna kan samarbeta. Rådet kan ändra ett lagt förslag. Om kommissionen samtycker till förändringarna räcker det med kvalificerad majoritet, om inte krävs enhällighet i rådet för att ändringarna skall gå igenom. När kommissionen reviderar sina förslag skall man även ta hänsyn till Europaparlamentets ändringsförslag.

Kommissionen skall också se till så att EU:s lagstiftning tillämpas korrekt i medlemsstaterna. Om kommissionen inte är nöjd med en medlemsstats vidtagna eller icke vidtagna åtgärder kan den föra ärendet till EG-domstolen. Enskilda, företag eller organisationer kan åläggas att betala ett vite vid överträdelse av fördragen.²

2.3.3 Europaparlamentet

Europaparlamentet är det största multinationella parlamentet i världen. Parlamentet hade ursprungligen endast en rådgivande roll, men dess befogenheter utökades i Amsterdamfördraget och parlamentet delar idag den beslutsfattande rollen med rådet inom många områden. Idag har Europaparlamentet följande huvuduppgifter:³

- Parlamentet granskar kommissionens förslag och samarbetar genom olika förfaranden med rådet vid lagstiftningsförfarandet.
- Budgetbefogenheterna delas med rådet och tillsammans antar man den årliga budgeten och kontrollerar dess genomförande.
- Europaparlamentet godkänner kommissionens utnämning av ledamöter och har rätt att lägga förslag om misstroendevotum samt ställa frågor till kommissionen och rådet.

² EUR-Lex-Om EU:s lagstiftning-Lagstiftningsprocessen och dess aktörer-Huvudaktörerna s4.

2.3.4 EG-domstolen

Det är naturligtvis viktigt att EG-rätten tolkas på samma sätt i alla medlemsstaterna, och EG-domstolen kan därför med bindande verkan avgöra frågor om hur EG-fördraget och rättsakter som utfärdats med stöd av detta skall tolkas i s.k. förhandsavgöranden. Domstolen har haft ett stort inflytande på utvecklingen av gemenskapsrätten. Dess främsta uppgift är att förstärka domstolsskyddet till förmån för enskilda och att säkra en enhetlig tolkning av gemenskapsrätten.⁴ EU:s lag och rätt skall följas vid tolkning och tillämpning av både fördragen och all gemenskapsverksamhet. Den högsta dömande instansen i ett medlemsland är skyldig att, oavsett parternas önskan, hänskjuta tolkningsfrågan till EG-domstolen om rättsfrågan inte framstår som helt klar. Lägre instanser är inte skyldiga att göra så men har rätt till det. Vid förhandsavgöranden förkunnar EG-domstolen ingen dom i själva målet utan uttalar sig endast om hur EG-rätten skall tolkas i det speciella fallet och skickar sedan tillbaka målet till den nationella domstolen, som är bunden av förhandsavgörandet och avkunnar dom. Om ett motsvarande fall har avgjorts i ett tidigare avgörande kan den nationella domstolen låta bli att inhämta ett förhandsavgörande; likaså om svaret på frågan är så uppenbart att det inte råder någon tvekan om det. En förutsättning för att den nationella domstolen i det sistnämnda fallet kan underlåta att inhämta ett förhandsavgörande är att den är övertygad om att svaret också skulle vara uppenbart för nationella domstolar i andra medlemsländer och för EG-domstolen.

EG-domstolen övervakar även att rådet och kommissionen inte går utöver de befogenheter de har enligt de grundläggande fördragen och kan till exempel ogiltigförklara en rättsakt på grund av bristande behörighet eller åsidosättande av formföreskrifter.

³ EUR-Lex- Om EU:s lagstiftning-Lagstiftningsprocessen och dess aktörer-Huvudaktörerna s6.

En medlemsstat som anser att en annan medlemsstat inte uppfyller sina skyldigheter enligt ett direktiv kan anhängiggöra talan vid domstolen. En enskild person som anser sina rättigheter enligt någon bestämmelse i EG-rätten kränkta, kan väcka talan vid sitt eget lands domstolar. Enskilda personer kan också vända sig med en anmälan till EG-kommissionen, som i sin tur kan föra ärendet vidare till EG-domstolen.⁵ Domarna fattas enhälligt för att minska risken för nationella påtryckningar och kan inte överklagas.

⁴ EUR-Lex-Om EU:s lagstiftning-Lagstiftningsprocessen och dess aktörer-Andra EU-institutioner s1.

⁵ Nyström, *EU och arbetsrätten*, s49

3 EU och jämställdheten

3.1 Bakgrund

De grundläggande rättigheternas ställning i gemenskapsfördragen har förstärkts under samarbetets gång. När det europeiska samarbetet påbörjades, med Kol- och stålunionen och senare Romfördraget 1957, var det en allmän uppfattning att Europarådets konvention om mänskliga rättigheter från 1950 var en tillräcklig garant för mänskliga rättigheter i Europa. Denna syn har reviderats, till stor del beroende på EG-domstolen, som gradvis utarbetat ett system för att garantera de grundläggande rättigheterna inom den Europeiska unionens samarbetsområden. Domstolen har uttalat att de grundläggande rättigheterna, som grundas på medlemsstaternas konstitutionella traditioner och de internationella fördrag som medlemsstaterna har anslutit sig till (främst Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter) också skall gälla för gemenskapsrätten. Domstolen har även förklarat att likabehandlingsprincipen är en grundläggande princip i EG-rätten och att de bestämmelser i EG-rätten som innehåller förbud mot diskriminering endast innebär en specificering av denna allmänna princip.⁶

För att garantera EU:s fyra friheter, dvs fri rörlighet för arbetstagare, varor, tjänster och kapital, har det varit viktigt att EU-medborgares nationalitet inte spelar någon avgörande roll. Därför har det sedan gemenskapen bildades 1957 funnits förbud mot diskriminering på grund av nationalitet.⁷

EG-rätten på könsjämlighetens område i arbetslivet består av ett antal separata åtgärder, som var och en behandlar likabehandling av de bägge könen i olika sammanhang. I artikel 141 i EG-fördraget (tidigare artikel 119)

⁶ Proposition 1999/2000:143 *Ändringar i jämställdhetslagen m.m.* s29

⁷ *Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen* artikel 12 (tidigare artikel 6)

säkerställs principen om lika lön för kvinnor och män för lika eller likvärdigt arbete. Detta befästs ytterligare i likalönedirektivet⁸ från 1975. Likabehandlingsdirektivet⁹ från 1976 förklarar att likabehandlingsprincipen innebär att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, och i bevisbördedirektivet¹⁰ från 1997 definieras termerna direkt och indirekt diskriminering för första gången i en rättsakt. På senare tid har skyddet mot diskriminering utvecklats ytterligare. År 1997 tillkom deltidsskiftsdirektivet och två år senare antogs visstidsdirektivet. År 2000 antogs arbetslivsdirektivet¹¹ som förbjuder diskriminering i arbetslivet på grund av bland annat ålder, funktionshinder och sexuell läggning, och direktivet mot etnisk diskriminering.¹² För tydlighetens skull betonas i ingressen till sistnämnda direktiv att Europeiska unionen förkastar de teorier som försöker slå fast att det finns olika människoraser och att användningen av termen "ras" i direktivet inte innebär ett accepterande av sådana teorier.¹³

År 2002 kompletterades likabehandlingsdirektivet med en definition av indirekt diskriminering som inte helt överensstämmer med bevisbördedirektivets definition. Den eventuella betydelsen av detta behandlas i kapitel 10.

⁸ Rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män

⁹ Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor

¹⁰ Rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering

¹¹ Rådets direktiv 2000/78/EG om inrättandet av en allmän ram för likabehandling

¹² Rådets direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung

¹³ Rådets direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung punkt 6.

3.2 Artikel 141

Artikel 141 (tidigare artikel 119) har blivit grundvalen för jämställdhetsarbetet inom EG-rätten och stadgar att medlemsstaterna skall säkerställa och upprätthålla principen om lika lön för kvinnor och män för lika eller likvärdigt arbete. Bestämmelsen fanns med redan i det ursprungliga EG-fördraget från år 1957 och var länge den enda bestämmelsen i Romfördraget som behandlade jämlikhet mellan kvinnor och män. Ur denna artikel har utvecklats ett omfattande rättsområde som omfattar fler än tio direktiv och över 130 domar från EG-domstolen.¹⁴ Det ursprungliga syftet med genomförandet av likalöneprincipen var emellertid att underlätta fri konkurrens mellan medlemsstaterna, eller i varje fall att inte snedvrída konkurrensen. Bakgrunden var att Frankrike inte hade så stora löneskillnader mellan könen som Beneluxländerna hade, vilket medförde att de senare med hjälp av sina lägre lönekostnader för kvinnlig arbetskraft fick en konkurrensfördel, främst inom textilindustrin. Det låg därför i Frankrikes intresse att övriga medlemsländer fick utjämnat sina löneskillnader. Men artikel 141 utvecklades till att fylla inte bara en ekonomisk utan även en social funktion, nämligen att införa den grundläggande rätten till likabehandling. Detta framgick i fallet med den belgiska flygvärdinnan *Gabrielle Defrenne* som stämde sin arbetsgivare flygbolaget *Sabena* och krävde samma lön som manliga stewards.¹⁵ EG-domstolen uttalade då att

“...it must be concluded that the economic aim pursued by Article 119 of the Treaty, namely the elimination of distortions of competition between undertakings established in different Member States, is *secondary* to the social aim pursued by the same provision, which constitutes the expression of a fundamental human right.”

Man betonar alltså här att det är en mänsklig rättighet att inte bli diskriminerad.

¹⁴ Lundström, *Indirekt könsdiskriminering i EG-domstolens tappning*, s95

Många av fallen där artikel 141 har åberopats rör fall där deltidsanställda har fått lägre lön eller i övrigt lägre ekonomisk ersättning än heltidsanställda. Likalöneprincipen i artikel 141 är positivt formulerad som en rätt till lika lön för lika arbete oberoende av kön. I likalönedirektivets första artikel är samma princip utformad till ett förbud mot lönediskriminering på grund av kön, vilket kan bero på att anledningen till att likalöneprincipen befästes i ett direktiv var att det hade konstaterats att den inte tillämpades i någon större utsträckning i medlemsstaterna.¹⁶ Direktivet kompletterade artikel 141 genom att klargöra att begreppet ”lika arbete” i artikel 141 även innefattade ”arbete av lika värde”, men detta framgår nu även av ordalydelsen i artikel 141. Det finns inte särskilt många rättsfall där likalönedirektivet har tillämpats, vilket är en följd av att artikel 141 har direkt effekt. Likalönedirektivets funktion var snarare att uppmärksamma medlemsstaterna på likalöneprincipen.¹⁷ Varken artikel 141 eller likalönedirektivet medger några undantag från likabehandlingsprincipen.

3.3 Likabehandlingsdirektivet

3.3.1 Bakgrund

Principen om lika lön mellan kvinnor och män för lika eller likvärdigt arbete är en del av det stora pusslet om jämlikhet mellan män och kvinnor. Diskriminering kan emellertid ske på andra sätt än rent ekonomiska. I Rådets resolution om ett socialt handlingsprogram från den 21 januari 1974 uttalade rådet att lika lön bara är *en* faktor för att åstadkomma jämlikhet mellan män och kvinnor i arbetslivet och att man ville utöka och intensifiera det arbete som dittills skett mot bakgrund av artikel 119 (nuvarande artikel 141). I samma resolution beslutades därför att åtgärder skulle vidtas för att åstadkomma likabehandling mellan män och kvinnor när det gäller tillgång

¹⁵ C-43/75 Defrenne II [1975] ECR 455

¹⁶ Fransson, *Lönediskriminering*, s197

¹⁷ Fransson, s198

till anställning, yrkesutbildning, befordran, arbetsförhållanden och lön. En ytterligare målsättning var att gemenskapens medborgare skulle kunna förena familjeansvar med yrkesliv.¹⁸

Mellan åren 1974 och 1976 var ett av huvudmålen för det sociala handlingsprogrammet att så många människor inom gemenskapen som möjligt skulle ha arbeten och bra arbetsförhållanden, där jämlikhet mellan män och kvinnor i arbetslivet av flera skäl hade hög prioritet. Eftersom rätten till lika lön redan reglerades i dåvarande artikel 119 och i likalönedirektivet, ansåg kommissionen det vara önskvärt att övriga delar av jämlikhetsaspekten, som just tillgång till anställning, vidareutbildning, befordran och arbetsförhållanden också reglerades i ett direktiv. Som ytterligare skäl till att ett direktiv var nödvändigt anförde kommissionen att diskriminering i arbetslivet på grund av kön eller äktenskaplig status fortfarande ägde rum i flera av medlemsländerna. Man konstaterade bland annat att flera av medlemsländerna antingen av sedvana eller på grund av lag inte tillät att kvinnor arbetade inom vissa yrkeskategorier, av vilka flera utgjorde undantag som enligt kommissionen inte längre framstod som berättigade. Vidare hade ett flertal länder lagstiftning som till exempel förbjöd anställning av gifta kvinnor, eller kvinnor som hade passerat en viss ålder.¹⁹ Förklaringen till den här sortens arbetsrättsliga reglering stod ofta att finna i socialförsäkringslagarna, som baserades på att förutsättningen att kvinnan och familjen hade en huvudförsörjare, nämligen mannen. Kvinnans inkomst var endast avsedd att vara ett komplement till mannens. Flera av medlemsländernas sociallagstiftning baseras för övrigt fortfarande på liknande antaganden.

I skrivelsen till rådet påtalade kommissionen även att kvinnors arbete ofta värderades lägre än det borde om man såg till deras kvalifikationer. Dessutom gjordes ofta skillnad mellan kvinnor och män vad gällde tillgång

¹⁸ Resolution of 21 January 1974 i Official Journal C 13/1, 12 februari 1974

¹⁹ COM (75) 36, Explanatory Memorandum s 1

till vidareutbildning på arbetsplatsen, något som systematiskt missgynnade kvinnor. Det faktum att en arbetstagare var kvinna och således antingen var gift eller sannolikt skulle bli det, med allt vad det innebär av familjeansvar, talade även emot kvinnor vid befordran oavsett kvinnans egna kvalifikationer, något man också ville motarbeta med direktivet. Slutligen konstaterade kommissionen att företag i ekonomiskt trångmål ofta hade en tendens att avskeda kvinnor först, vilket inte heller det var förenligt med likabehandlingsprincipen.

3.3.2 Materiella regler

Likabehandlingsdirektivet antogs den 9 februari 1976. Det är i detta direktiv som begreppen direkt och indirekt diskriminering förekommer i lagtext för första gången, dock utan att definieras närmare. I direktivets ursprungliga artikel 2.1 sades att likabehandlingsprincipen innebar att det inte fick förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus. Direktivet kompletterades dock med definitioner av direkt och indirekt diskriminering sommaren 2002, vilket jag återkommer till i kapitel 10.

Direktivet stadgar även att det inte får förekomma någon könsdiskriminering i de villkor som ställs för att få tillgång till arbetsuppgifter eller befattningar, tillgång till yrkesutbildning, yrkesvägledning eller omskolning. Inte heller arbetsvillkor, inklusive villkor för anställningens upphörande, får innebära diskriminering. Lagar och andra författningar som strider mot likabehandlingsprincipen inom dessa områden måste avskaffas, och kollektivavtalsbestämmelser eller individuella avtal som strider mot likabehandlingsprincipen måste ogiltigförklaras eller ändras.

Till skillnad från artikel 141 och likalönedirektivet kan medlemsstaterna få göra vissa undantag från principen om icke-diskriminering; direkt diskriminering tillåts således i dessa fall. I direktivets ursprungliga version tillåter artikel 2.2 att medlemsstaterna utesluter viss yrkesverksamhet och utbildning från likabehandlingsprincipen vid yrken där arbetstagarnas kön bedöms vara avgörande på grund av verksamhetens natur eller det sammanhang där den utförs. Flera länder har enligt de tidigare artiklarna 2.2 och 2.3 gjort undantag för arbeten inom kyrka, polisväsende och försvar och begränsat kvinnors möjligheter att arbeta inom dessa yrkeskategorier. Alltför vida och generella undantag har dock inte accepterats av EG-domstolen.²⁰ Artikel 2 har ändrats genom direktiv 2002/73/EEG och i motiveringen till den nya artikeln 2.6 framhålls att den yrkesverksamhet som utesluts från likabehandlingsdirektivet bör begränsas till sådana yrken där det är nödvändigt att anställa en person av visst kön på grund av yrkesverksamhetens särskilda natur, där en egenskap som hänförs till könstillhörighet utgör ett verkligt och avgörande yrkeskrav, förutsatt att det eftersträvade syftet är legitimt och att proportionalitetsprincipen iakttas. Detta förefaller vara en skärpning av tidigare reglering.

En annan form av direkt diskriminering är positiv särbehandling, vilket innebär att företräde till anställning vid i övrigt likvärdiga meriter kan ges till en person som tillhör det underrepresenterade könet. Detta utgör direkt diskriminering av personer tillhörande det överrepresenterade könet, men kan alltså tillåtas. Ett argument för positiv särbehandling brukar vara att arbetsmiljön gynnas av en någorlunda jämlik könsfördelning. Rätten för länder att främja lika möjligheter för kvinnor och män och avlägsna ojämlikheter mellan könen reglerades tidigare i artikel 2.4 men även detta har ändrats genom direktiv 2002/73/EEG, så att en ny artikel 2.8 istället hänvisar till artikel 141.4 och stadgar att medlemsstaterna får behålla eller besluta om åtgärder inom ramen för denna artikel för att i praktiken säkerställa jämställdhet mellan kvinnor och män. Enligt artikel 141.4 skall

²⁰ Nyström, s221

likabehandlingsprincipen inte hindra medlemsstater från att vidta åtgärder som gör det lättare för det underrepresenterade könet att bedriva en yrkesverksamhet eller från att förebygga eller förhindra nackdelar i yrkeskarriären. Artikelns strävar särskilt efter att underlätta kvinnors situation i arbetslivet.²¹

Tillämpningsområdet för artikel 141 i EU-fördraget och likabehandlingsdirektivet är inte överlappande. Så snart en ersättning av något slag faller under begreppet "lön" och därmed artikel 141, så är det denna artikel och inte likabehandlingsdirektivet som skall tillämpas.²²

²¹ Rådets direktiv 2002/73/EG punkt 14.

²² Lerwall, *Könsdiskriminering - en analys av nationell och internationell rätt*, s60

4 Den liberala rättstraditionens förbud mot diskriminering

4.1 Bakgrund

Vår, och flera andra europeiska länders lagstiftning, präglas av den liberala rättstraditionen. Den bakomliggande tanken är att alla skall vara lika inför lagen och att varje människa har rätt till en saklig behandling där lika fall skall behandlas lika, vilket får till följd att likhet stipuleras och att gruppstillhörigheter som kön, etnicitet, funktionshinder och sexuell läggning förutsätts vara i princip ovidkommande. Lagen eller villkoret skall tillämpas på samma sätt för alla, det vill säga formell likabehandling skall äga rum.

Den historiska grunden för begreppet formell jämlikhet utformades under senare delen av 1800-talet av bland andra John Stuart Mill. I enlighet med den liberala idétraditionen argumenterade denne för att kvinnor skulle ha samma civila och politiska rättigheter som män. Mill hävdade att det inte fanns några substantiella skillnader mellan könen och därför ingen anledning att behandla kvinnor annorlunda än män; *formell* jämlikhet förespråkades alltså.²³ Lagstiftning mot diskriminering är den liberala rättstraditionens sätt att försöka uppnå jämlikhet mellan könen. Förutsättningen för all lagstiftning mot diskriminering är insikten om att det finns en strukturell diskriminering av vissa kategorier av människor, till exempel kvinnor. Om diskrimineringen inte vore strukturell hade lagstiftaren inte behövt vidta åtgärder emot den. Förbudet mot direkt diskriminering är ett exempel på lagstiftning utformad i den liberala rättstraditionen. Tanken må vara god, men i praktiken kan den innebära att lagstiftaren eller arbetsgivaren förbiser eller ignorerar den sociala verklighet som är ett faktum för människor tillhörande dessa grupper. Även om en lag

²³ Lundström, s92

eller ett villkor tillämpas lika för alla kan dess effekter vara olika för olika kategorier av arbetstagare. I den liberala rättstraditionen utgår man från de strukturer som resursfördelaren²⁴ tillämpar på den grupp som redan omfattas av normen och kräver att samma norm skall tillämpas på den mot diskriminering skyddade gruppen. Med visst fog kan sägas att normen är satt av vita, heterosexuella män som arbetar heltid och inte är hemma för vård av barn särskilt ofta. Den formella likabehandlingen uppnår sällan det mål den åsyftar, jämlikhet mellan könen, utan reducerar snarare likabehandlingsprincipen till en lika rätt för män och kvinnor att delta i konkurrensen på arbetsmarknaden. Resultatet av den formella likabehandlingen anses inte alltid vara lika viktigt som det faktum att den äger rum.

Ett illustrativt fall av lagtillämpning i den liberala rättstraditionens skola är *Grant vs South-West Trains*.²⁵ Företaget i fråga betalade resor för sina anställda med respektive, en förmån som var att anse som lön i artikel 141:s mening. När en lesbisk kvinna ville få resan för sin kvinnliga partner betald vägrade företaget emellertid att betala. Kvinnan stämde sin arbetsgivare och hävdade att hon blivit könsdiskriminerad, eftersom företaget skulle ha betalat resan om hennes partner varit en man. Tilläggas bör kanske att det inte fanns så mycket annat hon kunde åberopa, då arbetslivsdirektivet ännu inte var antaget. EG-domstolen kom till slutsatsen att den relevanta jämförelsepersonen i det här fallet var en homosexuell man.

Företagets policy att inte likställa hetero- med homosexuella drabbade en homosexuell man på samma sätt som den drabbade en lesbisk kvinna, således förelåg ingen könsdiskriminering. Man ignorerade alltså det faktum att homosexuella diskriminerades i jämförelse med heterosexuella så länge den diskriminerande regeln tillämpades på samma sätt för både manliga och

²⁴ Begreppet kommer från professor Anna Christensen och syftar t.ex. på arbetsgivare och lagstiftare, se Christensen, *Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser* s43

²⁵ C-249/96[1998] ECR I-621

kvinnliga homosexuella. Mot bakgrund av den nytilkomna artikel 13 och arbetslivsdirektivet är det sannolikt att domstolen hade gjort en annan bedömning i dag.

Diskriminering uppstår inte bara genom att lika fall behandlas olika, utan även när olika fall behandlas lika. Lagstiftning mot diskriminering har tillkommit för att skydda mot missgynnande behandling av grupper som i ett historiskt perspektiv har uteslutits från medborgerliga rättigheter eller getts sämre möjligheter än personer som tillhör en annan grupp, till exempel svarta i jämförelse med vita, kvinnor i jämförelse med män och homosexuella i jämförelse med heterosexuella. Det är alltså individer som skyddas av diskrimineringslagstiftningen, men grunden för skyddet är individernas tillhörighet till en missgynnad grupp.²⁶

4.1.1 Direkt diskriminering

Direkt diskriminering kan beskrivas som en negativ särbehandling som har ett direkt samband med en egenskap som skyddas av ett förbud mot diskriminering, till exempel könstillhörighet. En kvinna som anser sig blivit direkt diskriminerad måste visa att hon i en situation som omfattas av diskrimineringsförbudet har blivit sämre behandlad än en man i samma situation blivit eller skulle ha blivit och att orsaken till detta är hennes könstillhörighet. (En hypotetisk jämförelse kan göras, till exempel i fall då arbetsgivaren valt att inte anställa någon alls). Direkt könsdiskriminering innebär att ett tillämpat villkor tydligt diskriminerar personer av ena könet, t.ex. vid tillsättning av en anställning, lönesättning eller vid lagreglering. Ett självklart fall av direkt diskriminering är när en arbetsgivare uttryckligen anger att endast sökande av ena könet är välkomna eller tillämpar olika lönetariffer för kvinnor och män, men det kan även utgöra direkt diskriminering att uppställa krav som typiskt sett inte kan uppfyllas av

²⁶ SOU 2002:43 *Ett utvidgat skydd mot diskriminering* s147

kvinnor.²⁷ Så kallad *statistisk diskriminering* är också att räkna som direkt diskriminering. Statistisk diskriminering innebär att en arbetsgivare vet om att en viss grupp människor har vissa egenskaper som denne inte anser passar i det aktuella arbetet; låt oss säga språksvårigheter. Därför utesluter han alla människor som tillhör denna kategori, inklusive de som skulle kunna uppfylla de krav han nu har. Direkt diskriminering är praktiskt taget alltid förbjuden och det kan därför vara önskvärt för kändanden att övertyga rätten om att det är detta som ägt rum. För att direkt diskriminering skall anses föreligga krävs dock att missgynnandet har ägt rum som en följd av den diskriminerade personens könstillhörighet. Om inte en diskriminerande avsikt har uttalats är det inte särskilt lätt att hävda ett samband mellan könstillhörighet och missgynnande särbehandling, såvida inte fallet rör diskriminering av en gravid kvinna, vilket anses vara direkt diskriminering. För att direkt diskriminering skall kunna komma ifråga krävs det att resursfördelaren (t.ex. arbetsgivaren) är medveten om att den diskriminerade tillhör en av lagstiftning skyddad grupp och vidare att diskrimineringen äger rum på grund av den skyddade egenskapen. Huruvida detta är styrkt eller inte är en fråga som avgörs av nationella domstolar och bland annat bevisbördedirektivet.²⁸ I fall av direkt könsdiskriminering skall arbetstagaren visa att hon eller han blivit sämre behandlad jämfört med hur någon annan arbetstagare blivit eller skulle ha blivit behandlad. Arbetsgivaren kan då motbevisa detta genom att anföra neutrala motiv.

4.1.2 Indirekt diskriminering

Begreppet indirekt diskriminering härstammar ursprungligen från amerikansk rättspraxis och infördes i EG-rätten av Storbritannien. I USA var benämningen *adverse impact* och begreppet tillämpades för första gången i rasdiskrimineringsmålet *Griggs* mot *Duke Power Co.* I detta mål från 1971 fastslog den amerikanska domstolen att begreppen direkt diskriminering och

²⁷ Christensen, s44

²⁸ Numhauser-Henning, *Om likabehandling, positiv särbehandling och betydelsen av kön* s11

formell jämlikhet inte räcker till för att åstadkomma verklig likabehandling. Domstolen konstaterade att ras- och könsneutrala bestämmelser kan ha diskriminerande effekter i praktiken och att den diskriminerande verkan inträder oavsett om svaranden haft avsikt att diskriminera eller ej. Därför, menade domstolen, är det svaranden som skall visa att skenbart neutrala bestämmelser som i praktiken har en diskriminerande verkan är nödvändiga och relevanta i förhållande till det åsyftade målet, en argumentation som EG-domstolen tog till sig exempelvis i fallet *Jenkins*.²⁹

Avsikten med begreppet indirekt diskriminering är alltså att ge domstolar möjlighet att komma åt de orättvisa och ojämlika effekter som till synes neutrala regler kan ha. Målet är att åstadkomma *materiell likabehandling*, det vill säga jämställdhet i praktiken. För att indirekt diskriminering skall föreligga behöver arbetsgivaren eller lagstiftaren inte ha uppsåt att diskriminera utan kan vara omedveten om resultatet av den tillämpade policyn.

Diskrimineringslagstiftning är, som nämnts tidigare, utformad i enlighet med den liberala rättstraditionen, där likhet stipuleras och formell likabehandling eftersträvas. Målet med samma lagstiftning är emellertid att uppnå materiell likabehandling. Det finns en svårighet med denna skillnad mellan mål och medel. I enlighet med den liberala rättstraditionen skall varje individ bedömas efter sina egna meriter. Statistisk diskriminering, där individer ”klumpas samman” och behandlas som en grupp, är som nämndes tidigare inte tillåtet. Motsättningen består i att strukturella orättvisor inte alltid kan iakttas på det individuella planet utan bara på den aggregerade nivån med hjälp av till exempel statistik. För att kunna påvisa en indirekt diskriminering av en kvinnlig individ blir man därmed tvungen att placera henne i en grupp av kvinnor. Den enskilda kvinnan kan alltså inte göra sin rätt att inte bli diskriminerad gällande om inte det tillämpade villkoret medför samma negativa resultat för betydligt fler kvinnor. Avsevärt fler

²⁹ C-129/79 [1980] ECR 1275.

kvinnor än män måste drabbas av den negativa effekten för att indirekt diskriminering skall anses föreligga. Samtidigt ger begreppet indirekt diskriminering domstolarna en unik möjlighet att påverka samhällsutvecklingen. När det är konstaterat att en tillämpad bestämmelse får till följd att en av lagstiftning skyddad grupp missgynnas kan domstolen pröva innehållet i den tillämpade normen. Då övergår bevisbördan till svaranden som skall visa att det finns tillräckligt starka skäl för att upprätthålla normen trots den diskriminering den medför.³⁰ Majoriteten av rättsfallen om indirekt könsdiskriminering handlar som nämndes inledningsvis om diskriminering av deltidsanställda, eftersom flertalet deltidsarbetande är kvinnor.

Ett tidigt fall är målet *Jenkins mot Kingsgate* från år 1981, där EG-domstolen hade att pröva om det innebar någon form av könsdiskriminering att betala högre timlön till heltidsanställda än till deltidsanställda när arbetstagarna utförde samma arbete. Käranden, en deltidsanställd kvinna, hade statistiskt material som visade att 90% av alla deltidsanställda i de dåvarande medlemsländerna var kvinnor. Detta innebar enligt EG-domstolen inte att direkt diskriminering förelåg. Man uttalade att lägre timlön för deltidsarbete än heltidsarbete inte i sig utgör en förbjuden diskriminering, i den mån de olika timlönerna tillämpas utan åtskillnad med avseende på kön. Däremot kunde det vara fråga om indirekt diskriminering att ge lägre timlön till deltidsanställda om fler kvinnor än män arbetade deltid och detta berodde på kvinnors svårighet att arbeta heltid. I så fall kunde löneskillnaden utgöra indirekt lönediskriminering i strid med dåvarande artikel 119. Varför kvinnor skulle ha svårt att arbeta heltid gick domstolen inte in på, men käranden hänvisade till gifta kvinnors arbete i hemmet och kompletterade med statistiken avseende deltidsarbetandes könstillhörighet. Domstolen accepterade denna verklighetsbeskrivning och

³⁰ Numhauser-Henning s6

medgav således att kvinnor ofta kombinerade sitt deltidsarbete med ansvar för hem och barn.³¹

Lundström är kritisk till att fallet *Jenkins* inte bedömdes som direkt diskriminering, en uppfattning som i sin tur kritiseras av Lerwall. Den sistnämnda hävdar att diskriminering av deltidsanställda per definition inte kan vara direkt diskriminering, eftersom deltidsarbete inte är synonymt med könstillhörighet. Det direkta sambandet föreligger enligt Lerwall mellan särbehandling och deltidsarbete, inte mellan särbehandling och könstillhörighet.³² Personligen delar jag Lerwalls uppfattning, samtidigt som jag tror att orsaken till att Lundström vill få diskriminering av deltidsanställda klassad som direkt diskriminering beror på svårigheten för individuella kvinnor att göra indirekt könsdiskriminering gällande. Enligt min åsikt är det dock bättre att sänka beviskraven för indirekt diskriminering än att utvidga begreppet direkt diskriminering på det vis som Lundström förespråkar.

4.2 Bilka-fallet och rättfärdigande av indirekt diskriminering

Ett mycket viktigt fall när det gäller bevisningen i mål om likabehandling och artikel 141 är *Bilka-fallet* från 1986, som också handlar om diskriminering av deltidsanställda.³³ Det var i detta mål som EG-domstolen utvecklade den centrala principen om *omvänd bevisbörda* i mål om indirekt könsdiskriminering.

Varuhuset Bilka gav en avtalad pensionsförsäkring endast till personer som varit heltidsanställda i minst 15 år. Deltidsanställda uteslöts från pensionsförsäkringen, som utgick enligt avtal med arbetstagarorganisationen och var att anse som lön i artikel 141:s mening.

³¹ Lundström, s99

³² Lerwall, s161

³³ C-170/84 [1986] ECR 1607

Syftet med denna åtgärd var enligt företaget att så få som möjligt skulle vilja arbeta deltid. I Bilka-fallet gav EG-domstolen principerna för den avvägning mellan arbetsgivarens och arbetstagarnas intressen som skall ske. Vid avvägningen mellan arbetsgivarens mål och effekten av åtgärden för den anställda, skall den så kallade *proportionalitetsprincipen* tillämpas. För att åtgärden skall vara tillåten måste syftet vara *objektivt godtagbart* och åtgärden måste vara *lämplig* och *nödvändig* för att uppnå detta syfte. Om det finns andra, mindre diskriminerande möjliga lösningar för att uppnå det önskade målet är åtgärden inte berättigad. En arbetsgivare bryter mot förbudet mot könsdiskriminering när deltidsanställda utesluts från ett företags pensionssystem, om uteslutningen drabbar en väsentligt större andel kvinnor än män och arbetsgivaren inte kan visa att denna uteslutning grundar sig på objektiva faktorer som inte har med kön att göra.³⁴

4.2.1 Rekvisitet objektivet syfte

Domstolen uttalade att för att indirekt diskriminering skall kunna tillåtas måste den nationella domstolen avgöra huruvida de skäl som arbetsgivaren anför för att rättfärdiga diskrimineringen är objektivet sett godtagbara. Om handlingen eller villkoret svarar mot ett verkligt behov hos företaget och är lämplig och nödvändig för att uppnå målet så är diskrimineringen inte olaglig, utan proportionalitetsprincipen är då uppfylld. Ekonomiska skäl innebär alltså ofta att diskriminering inte anses föreligga. Det räcker dock inte att svaranden påstår att en viss handling syftar till ett visst, objektivet mål. Denne måste även visa att den diskriminerande åtgärden, kriteriet eller villkoret faktiskt uppnår det önskade syftet. I detta avseende duger det inte att komma med antaganden om hur man tror att ett visst utfall skall bli.

³⁴ Proposition 1999/2000:143 s43

EG-domstolen har uttalat att så kallade ”generaliserande antaganden” om vissa arbetstagarkategorier inte utgör objektiva skäl som rättfärdigar diskriminering.³⁵ I slutänden är det emellertid den nationella domstolen, som skall beakta samtliga omständigheter i målet, som avgör huruvida svarandens skäl upphäver diskrimineringen eller inte.

4.2.2 Rekvisiten lämplig och nödvändig

Proportionalitetstestet är avgörande för om den indirekta diskrimineringen kan tillåtas eller ej. I Bilka-fallet till exempel hävdade företaget att man gav pensionsförsäkringen till heltidsanställda men inte till deltidsanställda så att man därmed kunde hålla öppet på lördagar. Företaget hävdade nämligen att deltidsanställda inte gärna arbetade på lördagar och att man genom att inte ge dessa försäkringen ökade antalet heltidsanställda. Domstolen fastslog att arbetsgivarens agerande inte nödvändigtvis skulle ha denna effekt, och påtalade att företaget inte ens hade försökt erbjuda deltidsanställda pensionsförsäkringen om de valde att arbeta på lördagar. Således drog domstolen slutsatsen att åtgärden gick längre än vad som var nödvändigt för att uppnå syftet, att få deltidsanställda att arbeta på helger, och att proportionalitetskravet inte var uppfyllt.³⁶

Målet *Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH*³⁷ handlar om en deltidsanställd städerska vars arbetsgivare vägrade att betala sjuklön till henne. Till stöd för detta hade företaget den tyska lagstiftningen, som undantog vissa deltidsanställningar (så kallade ”minor employments”) från rätten till betald sjukledighet. Rinner-Kühn och i övrigt avsevärt fler kvinnor än män hade en sådan deltidsanställning och fick därför ingen sjukersättning. Hon krävde att få sjuklön på samma villkor som heltidsanställda. I målet hävdade den tyska regeringen att deltidsanställda inte var lika integrerade och trofasta mot företaget som heltidsanställda,

³⁵ Se *Nimz mot Freie Hansestadt Hamburg* C-184/89 [1991] ECR I-297

³⁶ Hervey, *EC Law on Justifications for Sex Discrimination in Working Life* s122

³⁷ C-171/88 [1989] ECR 1607

vilket skulle motivera att de undantogs från sjukersättning. Den tyska regeringen anförde att

”the workers covered by the legislation in question were not as integrated in, or as dependent on, the undertaking employing them as other workers and that consequently the conditions for obliging their employer to furnish them with assistance, including the continuation of their salary, were not met”.³⁸

EG-domstolen fastslog att sjuklön föll inom artikel 141 (dåvarande 119) och att den aktuella lagstiftningen utgjorde indirekt diskriminering av kvinnor i strid med denna artikel. Därför var den otillåten såvida inte den var motiverad av sakliga skäl utan samband med könstillhörighet. Sakliga skäl finns om medlemsstaten visar att åtgärden motsvarar ett nödvändigt syfte i socialpolitiken och är lämpligt och nödvändigt för att nå detta syfte. Att påstå att deltidsarbetande inte är lika integrerade i verksamheten som heltidsarbetande utgör enligt domstolen en generalisering av vissa grupper av arbetstagare som inte kan användas för att rättfärdiga denna lagstiftade diskriminering av deltidsarbetande jämfört med heltidsarbetande. Diskussionen om sakliga skäl är hämtad från *Bilka*-målet men i fallet *Rinner-Kühn* skall dessa visas av medlemsstatens regering, som ansvarar för den diskriminerande lagstiftningen.

I *Rinner-Kühn* stöder EG-domstolen den materiella likabehandlingen. Regeln om att undanta vissa kvinnodominerade deltidsanställningar från rätten att få betald sjukledighet visar på dolda könsroller. Enligt stereotypen är det bara heltidsarbetande män som utför ett riktigt, familjeförsörjande arbete. Därför skall de och deras familjer omfattas av ett socialt skydds nät, som till exempel ersättning för inkomstbortfall vid sjukdom. Deltidsarbete, det vill säga kvinnors arbete, anses bara vara extrapengar och behöver därför inte ersättas om den deltidsarbetande blir sjuk. Tanken är att det finns en manlig försörjare som skaffar pengar till hushållet också när den

³⁸ Report for the Hearing, [1999] ECR 2743.

deltidsarbetande kvinnan inte kan arbeta, ett resonemang som inte tar hänsyn till att många familjer faktiskt är beroende av kvinnans inkomst.³⁹

Fallet *Kowalska*⁴⁰ innehåller liknande omständigheter men bedömdes inte på samma sätt av domstolen. Fallet gällde en arbetsgivare som i enlighet med gällande kollektivavtal gav heltids- men inte deltidsanställda rätt till avgångsvederlag i samband med pensioneringen. Arbetsgivaren försvarade denna indirekt diskriminerande regel med att deltidsarbetande inte ställer hela sin arbetskapacitet till arbetsgivarens förfogande och att deltidsarbetande inte får hela sin försörjning från anställningen (underförstått: deltidsarbetande kvinnor blir försörjda av någon annan, det vill säga mannen). Generaladvokaten menade att detta skäl utgjorde en generalisering av arbetstagarkategorier som inte utgör objektiva skäl för diskriminering och som var mycket lik den tyska regeringens argumentation i *Rinner-Kühn*, som ju avvisades av domstolen. Domstolen avstod dock från att kommentera detta och konstaterade bara att det var upp till den nationella domstolen att avgöra om det fanns objektiva skäl som rättfärdigade den indirekta könsdiskrimineringen i detta fall.⁴¹

4.3 Gränsdragningen mellan direkt och indirekt diskriminering

I fallet *Dekker*⁴² ansågs det inte vara helt uppenbart om tvisten gällde direkt eller indirekt diskriminering och avgörandet har därför fått stor betydelse.

Fallet gällde Elisabeth Johanna Pacifica Dekker, som först fick ett arbete och sedan nekades anställning när arbetsgivaren hade fått reda på att hon var gravid. Orsaken till arbetsgivarens agerande var att denne inte ansåg sig ha råd att betala hennes frånvaro på grund av graviditeten, vilket han enligt

³⁹ Hervey, s132

⁴⁰ C-33/89 [1990] ECR I-2591

⁴¹ Hervey, s132

⁴² C-177/88 [1990] ECR I-3941

nationell lag skulle ha varit tvungen att göra, och dessutom betala lön till en vikarie. I sitt avgörande förklarade domstolen att en arbetsgivare som vägrar anställa en lämplig gravid arbetssökande på grund av myndigheters regler (i det här fallet arbetsgivarens skyldighet att betala sjukfrånvaro på grund av en graviditet som han/hon kände till vid anställningstillfället) bryter mot likabehandlingsprincipen. Domstolen uttalade att det är direkt diskriminering att neka en kvinna anställning på grund av graviditet, eftersom det bara är kvinnor som kan bli gravida och utsättas för detta. Intresset av att gravida arbetstagare inte diskrimineras ansågs väga tyngre än arbetsgivares ekonomiska förlust.⁴³

Det har stor betydelse om diskrimineringen bedöms vara direkt eller indirekt, eftersom direkt diskriminering är förbjuden såvida inte den omfattas av ett reglerat undantag, medan indirekt diskriminering kan tillåtas under vissa förutsättningar. Domslutet i fallet *Dekker* har kritiserats av bland andra Ruth Nielsen, som menar att orsaken till att Dekker inte blev anställd inte var att hon var gravid utan de extra kostnader som graviditeten skulle medföra för arbetsgivaren. Precis samma kostnader skulle kunna förekomma för föräldralediga fäder i ett land med mer modern föräldralagstiftning och därför är det enligt Nielsen inte självklart att fall som *Dekker* skall bedömas som direkt diskriminering.⁴⁴ Som Jenny Julén påpekar är bedömningen också viktig på strukturell nivå. Direkt diskriminering innebär per definition att könstillhörigheten är skälet till missgynnandet. Att beteckna diskriminering på grund av föräldraskap som direkt diskriminering innebär även att säga att kvinnor bär det huvudsakliga föräldraansvaret.⁴⁵ Fru Dekker vann visserligen, men utslaget är inte nödvändigtvis någon seger för den materiella likabehandlingen. För det första gäller domen bara det enskilda fallet och påverkar inte andra kvinnor som råkat ut för samma sak. För det andra kan domen få till följd att arbetsgivare i det aktuella landet helt

⁴³ Julén, *Ett välsignat tillstånd? Om diskriminering av gravida arbetssökande* s122

⁴⁴ Nielsen, "Annotation of Case C-177/88 *Dekker* and Case C-179/88 *Aldi* " i Common Market Law Review 29 1992, s160-69

⁴⁵ Julén, s122

enkelt undviker att anställa kvinnor i fertil ålder för att undvika att drabbas av oväntade kostnader. I fallet *Dekker* kritiserar domstolen inte den nationella regel som ålägger arbetsgivaren stora kostnader om han väljer att anställa en gravid kvinna. En lagregel som denna säger i praktiken till arbetsgivare att de får skylla sig själva om de nu så gärna vill anställa en kvinna som väntar barn. Den bakomliggande tanken med den nationella regeln verkar vara att gravida kvinnor skall hålla sig hemma, och arbetsgivare som medverkar till motsatsen får betala. Oviljan från EG-domstolens sida att avslöja denna bakomliggande norm är signifikant för formell likabehandling.

Lotta Lerwall anser emellertid att gravida kvinnor får ett starkare skydd mot könsdiskriminering om särbehandlingen av gravida klassas som direkt diskriminering. Som skäl för sin uppfattning anför hon att det är lättare för arbetsgivaren vid indirekt diskriminering att motivera särbehandlingen med sakliga, neutrala (till exempel ekonomiska) skäl, vilka ju om de bedöms vara godtagbara innebär att diskriminering inte anses föreligga. Enligt hennes uppfattning är det svårare för arbetsgivaren att motivera särbehandling vid direkt diskriminering med något av de undantagsskäl som anges i artikel 2 i likabehandlingsdirektivet. Dessutom ställs det inte något krav på statistisk bevisning vid direkt diskriminering, vilket det ju gör vid indirekt sådan.⁴⁶

Det är riktigt att begreppet direkt diskriminering innefattar ett strängare förbud med färre möjligheter till undantag men å andra sidan ger det inte den möjlighet till normprövning som begreppet indirekt diskriminering gör. För den enskilda kvinnan kan det vara positivt att få ett missgynnande klassat som direkt diskriminering men ur ett feministiskt perspektiv är detta inte nödvändigtvis den bästa lösningen, av till exempel de skäl som Julén anför. Enligt min mening vore det av denna anledning bättre om kraven på statistiken vid indirekt könsdiskriminering sänktes, så att det inte var nödvändigt att avsevärt fler kvinnor än män drabbades av en neutral regel.

⁴⁶ Lerwall, s156

Detta skulle även medföra att ett eventuellt missgynnande av föräldralediga pappor skulle kunna omfattas av diskrimineringsförbudet.

4.4 Bevisbördedirektivet

Det dröjde innan begreppet indirekt diskriminering definierades i ett direktiv, närmare bestämt till 1997 då bevisbördedirektivet antogs. Direktivet är avsett att vara en kodifiering av EG-domstolens praxis som den utformats i *Bilka-fallet*. Enligt bevisbördedirektivet föreligger indirekt diskriminering när

”...en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt missgynnar en väsentligt större andel personer av det ena könet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet är lämplig(t) och nödvändig(t) och kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med personernas kön.”⁴⁷

Av bevisbördedirektivet framgår att den som anser sig missgynnad genom att principen om likabehandling inte har tillämpats skall lägga fram fakta som ger anledning att anta att det förekommit direkt eller indirekt diskriminering; ett så kallat *prima facie-fall* av diskriminering föreligger då. Detta medför att bevisbördan övergår på svaranden, som skall visa att han eller hon haft objektiva skäl för sitt agerande i enlighet med de riktlinjer som slagits fast i *Bilka-fallet*. Om vi antar att en arbetsgivare lyckas anföra acceptabla neutrala skäl för en påstådd diskriminering kan man gå över i rättsfiguren indirekt diskriminering för att se vilka effekter den tillämpade normen har för en av lagstiftning skyddad grupp. För att en kvinna skall kunna göra gällande att hon utsatts för indirekt könsdiskriminering måste hon visa att den till synes neutrala regeln i verkligheten missgynnar en väsentligen större andel kvinnor än män, vilket följer av EG-domstolens praxis och bevisbördedirektivets definition av indirekt diskriminering.

⁴⁷ Rådets direktiv 97/80/EG om bevisbörda i mål om könsdiskriminering, artikel 2.2

Rekvisitet att betydligt fler av den ena könskategorin skall missgynnas jämfört med den andra har i praktiken inneburit ett krav på statistisk bevisning, som därmed har blivit ett nödvändigt inslag i mål om indirekt könsdiskriminering. Det faktum att käranden skall tillhandahålla statistik som visar att det är fler än hon själv (och avsevärt fler kvinnor än män) som drabbas av ett tillämpat villkor medför som nämnts tidigare svårigheter för individuella kvinnor att åberopa förbudet mot könsdiskriminering och rätten till likabehandling. Kravet på statistisk bevisning har medfört att kvinnor i praktiken bara kan kräva sina rättigheter när de är en typisk företrädare för det kvinnliga kollektivet.⁴⁸

Om käranden (med statistiskt material) kan visa att bestämmelsen, villkoret eller kriteriet drabbar en väsentligt större andel kvinnor än män så uppstår en presumtion om indirekt diskriminering. Någon exakt procentsats på vad som skall anses vara "betydligt fler" har domstolen inte angett, men i de mål som varit aktuella har det funnits statistiskt material som visat att den missgynnade gruppen till ca 80% består av kvinnor.⁴⁹ Lyckas kvinnan med detta övergår bevisbördan till svaranden, som skall visa att diskrimineringen kan rättfärdigas på objektiva grunder. Huruvida svarandens skäl är objektiva eller inte lämnas åt nationell domstol att avgöra enligt proportionalitetsprincipen, vilket kan medföra att kvinnor i de olika medlemsländerna har olika lätt att hävda sin rätt till likabehandling. Bevisbördedirektivet omfattar de förhållanden som avses i artikel 141, likalönedirektivet och likabehandlingsdirektivet. De senare tillkomna deltids- och visstidsdirektiven samt direktivet mot etnisk diskriminering och arbetslivsdirektivet innehåller motsvarande reglering av bevisbördan.

⁴⁸ Lundström, s100

⁴⁹ Lundström, s103

4.5 Kraven på statistiken

Året innan fallet *Jenkins* hade domstolen slagit fast att för att kunna visa att otillåten lönediskriminering förelåg krävdes en jämförelse mellan arbetstagare av olika kön hos en och samma arbetsgivare. I *Bilka-Kaufhaus* presenterades sedan statistik som visade hur många kvinnor respektive män som hade arbetat deltid på just det aktuella varuhuset i genomsnitt under en nioårsperiod. I takt med att allt fler mål kommit att gälla indirekt könsdiskriminering har domstolen skärpt kraven på det statistiska materialet. I målet *Enderby*⁵⁰ uttalade domstolen att statistiken skall omfatta så pass många personer att den inte avspeglar tillfälligheter eller kortvariga företeelser och den skall vara generellt sett signifikativ. I *Royal Copenhagen*⁵¹ fastslogs i tillägg till detta att i de två könsgrupper som skall jämföras måste samtliga som befinner sig i en jämförbar situation räknas med. Eventuella löneskillnader får inte bero på tillfälligheter, kortvariga faktorer eller den aktuella arbetstagarens produktivitet.⁵²

De krav som domstolen ställer på det statistiska materialet i *Enderby* och *Royal Copenhagen* får till följd att det blir omöjligt för kvinnor som arbetar på små arbetsplatser att tillhandahålla signifikant statistik som visar att betydligt fler kvinnor än män missgynnas av en skenbart neutral bestämmelse. Därmed är det enbart på arbetsplatser med ett stort antal anställda som det kan förekomma otillåten indirekt könsdiskriminering, men inte heller i dessa fall är det självklart att tillförlitlig statistik finns. Om den diskriminerande effekten istället inträder på grund av lagstiftning är situationen åter en annan. Det statistiska material som skall presenteras för att bevisa att en formellt könsneutral lagregel missgynnar betydligt fler av det ena könet än av det andra måste då innefatta hela landets befolkning. Detta kan i och för sig vara en lättare bevisbörda för käranden i länder med väl utvecklad och offentligt tillgänglig statistik än att få den från en privat

⁵⁰ C-127/92 [1993] ECR I-5535

⁵¹ C-400/93 [1995] ECR I-1275

⁵² Lundström, s101

arbetsgivare, men om sådan statistik helt enkelt inte finns kan det vara omöjligt för käranden att bevisa indirekt könsdiskriminering.

Av formuleringen “en betydligt större andel kvinnor än män missgynnas” får man intrycket att det är könsfördelningen i den missgynnade gruppen som skall dokumenteras med hjälp av statistik och det är det förmodligen också. Majoriteten av målen om indirekt könsdiskriminering handlar om missgynnande av deltidsanställda och då brukar statistik presenteras som visar andelen kvinnor och män bland dessa. Domstolen ändrade emellertid denna formulering i målet *Seymour-Smith och Perez*,⁵³ som gällde frågan huruvida en brittisk lagregel som krävde att personer skulle ha haft två års obruten anställning för att ha rätt till anställningsskydd utgjorde indirekt diskriminering av kvinnor. Domstolen hävdade här att det måste avgöras om det statistiska materialet visar att

“...en betydligt mindre procentandel kvinnliga än manliga arbetstagare uppfyller det villkor om två års anställning ...”

Här handlar det alltså inte längre om könsfördelningen i den missgynnade gruppen utan om hur stor andel av ett lands kvinnliga respektive manliga arbetstagare som befinner sig i den gynnade gruppen, de som uppfyller villkoret. Detta innebär en kraftig förskjutning i kravet på den statistiska bevisningen. Om tillräckligt många kvinnor i ett medlemsland uppfyller de villkor som ställs kan de kvinnor som inte uppfyller kraven per definition inte bli utsatta för förbjuden indirekt könsdiskriminering ens om de utgör 100% av alla tillfälligt eller nyligen anställda i en medlemsstat. I senare mål har domstolen emellertid återigen efterfrågat statistik över könsfördelningen i den missgynnade gruppen.⁵⁴

⁵³ C-167/97 REG 1999 1-623

⁵⁴ Lundström, s103

5 Avvägningen mellan tillåten och otillåten särbehandling

Om en viss utbildning eller erfarenhet är nödvändig för att kunna utföra arbetsuppgifterna på ett tillfredsställande sätt, är det lagligt att diskriminera arbetssökande vid tillsättning av tjänsten eller vid lönesättningen även om det är fler män än kvinnor, eller omvänt, som kan uppfylla kravet. Arbetsgivaren måste dock kunna visa att det föreligger ett objektivet samband mellan de krav på utbildning och erfarenhet som ställs och arbetsuppgifterna.⁵⁵

I fallet *Danfoss*⁵⁶ ifrågasattes ett kollektivavtal där arbetstagarna gavs extra lönetillägg beroende på rörlighet, utbildning och ålder. Domstolen fastslog att arbetsgivaren kan rättfärdiga högre löner till personer med särskild utbildning genom att visa att denna utbildning är viktig för arbetstagarens utförande av specifika arbetsuppgifter. Utbildning är dock inte den enda faktorn som kan utgöra ett objektivet skäl för att ge olika lön för lika arbete. I *Danfoss* accepterade domstolen utan närmare motivering att även om det kan vara indirekt diskriminerande mot kvinnor att belöna antal tjänstgöringsår då kvinnor ofta gör ett avbrott i sin karriär under småbarnsåren, är detta berättigat eftersom

”length of service goes hand in hand with experience and since experience generally enables the employee to perform his duties better”⁵⁷

I fallet *Danfoss* sade domstolen alltså att arbetsgivaren inte behövde visa att antalet tjänstgöringsår var viktigt för utförandet av specifika arbetsuppgifter, utan detta togs helt enkelt för givet. I linje med den liberala rättstraditionen

⁵⁵ Hervey, s124

⁵⁶ C-109/88[1989] ECR I-3199

⁵⁷ C-109/88[1989] ECR I-3199 stycke 24

ignorerar man således den diskriminerande och orättvisa effekt detta påståande får för kvinnor, vars uppoffringar möjliggör att männen kan fortsätta arbeta i samma takt som innan barnens ankomst. Man förbiser även den mångfald av arbeten och arbetsuppgifter som faktiskt finns och utgår från att anställningstidens längd i sig utgör ett objektiva kriterium som kan rättfärdiga diskriminering. Samtidigt är uttalandet också ett indirekt påståande att män generellt sett är bättre på att utföra sina arbetsuppgifter, eftersom de ju oftast inte gör något längre uppehåll från arbetslivet av det slag som kvinnor vanligen gör när de bildar familj. De effekter ett sådant påståande kan få för kvinnors möjligheter att avancera i karriären efter ett par års uppehåll ignoreras också. Domslutet modifierades dock något i fallet *Nimz*.

Målet *Nimz mot Freie Hansestadt Hamburg*⁵⁸ gällde ett kollektivavtal som gav olika villkor för hel- och deltidsanställda. Heltidsanställda placerades automatiskt i en högre löneklass efter 6 års anställning, medan de som arbetade mellan 50 och 75% inte hade rätt till detta förrän efter 12 år. Argumentet för att rättfärdiga denna diskriminering av deltidsanställda var att de heltidsanställda hade längre erfarenhet, vilket domstolen denna gång inte ansåg vara ett godtagbart skäl. Istället uttalade man att påståendet att heltidsarbetande förvärvar sin kompetens snabbare än deltidsarbetande eller att längre erfarenhet i sig berättigar till högre lön inte är något annat än generaliserande antaganden om arbetstagarkategorier. Huruvida ålder och erfarenhet utgör ett objektiva skäl för högre lön måste bedömas i det enskilda fallet, där arbetets natur och om ett större antal arbetstimmar också medför en bättre prestation är avgörande. Det är trots allt inte i alla yrken som en äldre arbetstagar utför ett arbete bättre än en ung nyanställd. I fallet *Nimz* har domstolen således modifierat sitt tidigare ställningstagande i *Danfoss* och lutar här mer åt den materiella likabehandlingen, vilket kommer till uttryck på så vis att hänsyn skall tas till omständigheterna i det enskilda fallet. Noteras bör att antal tjänstgöringsår och erfarenhet är acceptabla

⁵⁸ C-184/89 [1991] ECR I-297

objektiva skäl för olik behandling om arbetsgivaren kan visa ett samband mellan erfarenhet och yrkesskicklighet i det aktuella arbetet.⁵⁹

5.1 Ekonomiska skäl

Fallet *Kirshammer-Hack*⁶⁰ gällde en tysk lagregel som innebar att småföretagare inte behövde ge sina anställda det anställningsskydd som övriga företagare skulle tillhandahålla. Med småföretag avsågs företag som hade färre än fem stycken anställda. När man avgjorde hur många anställda företaget hade behövde man enligt tysk rätt inte räkna med de som hade en så kallad "minor employment", det vill säga de anställda som inte arbetade mer än 10 timmar i veckan eller 45 timmar per månad, en anställningsform som främst kvinnor hade och för övrigt fortfarande har. Frågan var om detta utgjorde indirekt diskriminering av kvinnor, eftersom följden blev att kvinnor som hade en sådan deltidsanställning i småföretag inte fick det skydd mot uppsägning utan saklig grund som andra arbetstagare åtnjöt. EG-domstolen konstaterade att indirekt diskriminering inte förelåg eftersom villkoret inte drabbade alla kvinnor i "minor employment" utan bara de som hade en sådan anställningsform och samtidigt arbetade på ett småföretag. Indirekt könsdiskriminering kunde bara sägas föreligga om det kunde visas att småföretag generellt sett hade avsevärt fler kvinnliga än manliga anställda, och någon sådan bevisning hade inte lagts fram. Därefter uttalade domstolen också att en regel som den aktuella i vilket fall som helst skulle kunna motiveras av objektiva skäl, om den bidrog till att förbättra villkoren för småföretag, eftersom dessa spelar en viktig roll för den ekonomiska utvecklingen och skapar arbetstillfällen.⁶¹ Fallet illustrerar hur svårt det kan vara att göra rätten till likabehandling gällande på små arbetsplatser, åtminstone när det diskriminerande villkoret emanerar ur lagstiftning. Men det hade antagligen inte spelat någon roll om man hade lyckats bevisa indirekt könsdiskriminering, eftersom domstolen påpekar att ekonomiska

⁵⁹ Hervey, s124

⁶⁰ C-189/91 [1993] ECR I-6185

⁶¹ Hervey, s130

skäl väger tyngre än rätten för kvinnor i småföretag att inte bli diskriminerade.

5.2 Bedömningen av anställningstidens längd

I målet *Brigitte Kording mot Senator für Finanzen*⁶² hade Kording sökt ett arbete som skatterådgivare. Normalt krävdes en särskild examen för att kunna utföra arbetet, men det fanns en regel om att minst 15 års praktisk erfarenhet inom vissa områden medförde att någon sådan examen inte var nödvändig. Kording hade arbetat i 15 år men fick inte tillgodoräkna sig samtliga år eftersom hon hade arbetat deltid. EG-domstolen fann att detta var indirekt diskriminering, då den nationella regeln missgynnade deltidsarbetande i förhållande till heltidsarbetande och nästan alla deltidsarbetande i denna position var kvinnor. Om skillnaden i behandling inte kunde motiveras med sakliga skäl utan samband med könsdiskriminering stred regeln mot likabehandlingsdirektivet. Objektiviteten i svarandens skäl skulle avgöras av nationell domstol.

I målet *Hellen Gerster mot Freistaat Bayern*⁶³ hade en kvinna ansökt om befordran. Ett villkor för befordran var att den sökande varit anställd en viss tid på en lägre tjänst. Då Hellen Gerster hade arbetat deltid fick hon bara tillgodoräkna sig två tredjedelar av sin anställningstid. EG-domstolen förklarade att det får avgöras i varje enskilt fall om anställningstidens längd skall beaktas som ett objektivt kriterium. Om den nationella domstolen finner att deltidsanställda normalt sett förvärvar förmåga och kompetens beträffande de egna arbetsuppgifterna långsammare än heltidsanställda och de former som valts svarar mot legitima socialpolitiska mål och är ändamålsenliga och nödvändiga för att uppnå detta mål, strider inte bestämmelsen mot direktivet. Om det däremot är så att anställningstidens

⁶² C-100/95 [1997] ECR I-5289

⁶³ C-1/95 [1997] ECR I-5253

längd inte har något särskilt samband med förvärvandet av en viss kunskapsnivå eller erfarenhet, strider kravet mot direktivet.

Både i fallet *Kording* och i fallet *Gerster* presenterades statistik som visade att över 80% av de missgynnade var kvinnor, och domstolen konstaterar därmed att indirekt diskriminering föreligger, såvida inte svaranden kan motivera förfaringssättet med objektiva skäl som saknar samband med kön.

6 EU-rättens förhållande till jämställdhetslagen

Sverige har sedan 1979 en lagstiftning om jämställdhet mellan könen. 1991 genomfördes en ny jämställdhetslag, JämL, delvis för att nå upp till EG:s bestämmelser på området. I den tidigare lagen fanns ingen uppdelning i direkt och indirekt diskriminering, utan det framgick av förarbetena att det allmänna diskrimineringsförbudet också innebar att en arbetsgivare inte fick ställa krav som i praktiken utestängde det ena könet. Eftersom det inte räcker att EG-bestämmelser framgår av förarbeten, finns sedan 1991 en uppdelning av förbudet i direkt och indirekt diskriminering som kompletterades med respektive definition den 1 januari 2001. Genom 2001 års ändringar i JämL avskaffades också de gamla presumptionsreglerna för könsdiskriminering i JämL, där otillåten könsdiskriminering presumerades om arbetstagaren kunde visa att ett i lagen beskrivet förhållande förelåg. Arbetsgivaren skulle därefter visa att han hade ett likaledes i lagtext beskrivet skäl för sitt agerande. De gamla presumptionsreglerna har ersatts av bevisbördedirektivets regler, vilket antas skall leda till en lättnad i beviskravet för käranden.⁶⁴

Direkt diskriminering förbjuds i den nya 15§ JämL, som anger att en arbetsgivare inte får missgynna en arbetssökande eller arbetstagare genom att behandla denna mindre förmånligt än han behandlar eller skulle ha behandlat en person av motsatt kön i en likartad situation, om inte arbetsgivaren visar att missgynnandet saknar samband med könstillhörighet. Indirekt diskriminering förbjuds i 16§ JämL, som stadgar att en arbetsgivare inte får missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare genom att tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt, men som i praktiken särskilt missgynnar personer av det ena könet.

⁶⁴ Nyström, s247-48

Arbetsgivaren kan motbevisa diskriminering genom att visa att kriteriet eller förfaringssättet är lämpligt och nödvändigt och kan motiveras med objektiva faktorer som saknar samband med personernas kön. I den tidigare jämställdhetslagen krävdes att en person av motsatt kön hade anställts för en person som ansåg sig orättvist förbigången skulle kunna använda sig av lagen. Detta har ändrats för att stämma överens med EG-rätten och kravet på en verklig jämförelseperson är numera borttaget. Jämställdhetslagen har också ändrats så att den omfattar såväl arbetssökande som hela rekryteringsförfarandet för att motsvara EG-rättens krav. Enligt min uppfattning innebär de vidtagna ändringarna i jämställdhetslagen att svensk rätt nu stämmer överens med EG-rätten.

7 Deltids-och visstidsdirektiven

7.1 Bakgrund

Inom EU beräknas över 80% av de deltidsarbetande vara kvinnor. I Sverige arbetar 39 % av den kvinnliga arbetskraften deltid⁶⁵ och det är också fler kvinnor än män som har visstidsanställningar. Två viktiga direktiv ur jämställdhetsvinkel är därför deltidsdirektivet⁶⁶ och visstidsdirektivet⁶⁷, som antogs 1997 respektive 1999. I samtliga medlemsstater inom gemenskapen har det i takt med ökad arbetslöshet skett en utveckling mot färre jobb och fler tillfälliga arbeten med sämre anställningsvillkor. Kommissionen hade länge velat få direktiven om deltids- och visstidsanställningar antagna som ett medel mot såväl arbetslösheten som för att främja jämställdheten mellan kvinnor och män. Tanken var att arbetskraften frivilligt skulle förmås till större flexibilitet genom att så kallade atypiska anställningsförhållanden gjordes mer attraktiva med hjälp av en någorlunda hög skyddsnivå.⁶⁸ Att ge deltidsanställda och tidsbegränsat anställda i princip samma rättigheter och sociala förmåner som heltidsanställda skulle också fungera som ett sätt att förhindra den snedvridna konkurrens som kan uppstå om dessa arbetstagare får lägre timlön än heltidsanställda. Förslagen diskuterades i rådet vid flera tillfällen under fyra års tid utan resultat. Kommissionen beslöt därför att samråda med arbetsmarknadens parter om hur en gemenskapsåtgärd borde utformas. Sommaren 1996 meddelade de branschövergripande organisationerna på europainivå, UNICE (samarbetsorganisationen för europeiska arbetsgivarföreningar och industriförbund), CEEP (Europeiskt centrum för offentliga affärsverk och företag) och EFS (Europeiska fackliga samorganisationen) att de skulle inleda förhandlingar, i första hand om

⁶⁵ Nyström, s279

⁶⁶ Direktiv 97/81/EG om ramavtalet om deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS

⁶⁷ Direktiv 99/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP

⁶⁸ Nyström, s279

deltidsarbete.⁶⁹ Förhandlingarna avslutades med att ramavtalet om deltidarbete slöts mellan organisationerna i juni 1997, varefter parterna lämnade avtalet till kommissionen och begärde att det skulle genomföras genom ett rådsbeslut. Kommissionens förslag till direktiv syftade till att genomföra detta ramavtal och antogs av rådet i december samma år. Visstidsdirektivet tillkom på samma sätt år 1999.⁷⁰

De båda direktiven är utformade på ett likartat sätt och syftar i bägge fallen till att genomföra de ramavtal om deltid- respektive visstidsarbete som ingåtts mellan arbetsmarknadens parter på europainivå. De egentliga materiella bestämmelserna återfinns således i ramavtalen, som finns i respektive bilaga till direktiven. Syftet med ramavtalen är dels att säkerställa principen om icke-diskriminering och att förbättra kvalitén på deltid- och visstidsarbete, dels att underlätta möjligheterna till frivilligt deltidarbete och att bidra till en flexibel organisering av arbetstiden som tar hänsyn både till arbetsgivares och arbetstagares behov. Direktivet om visstidsarbete har ytterligare ett syfte, nämligen att förhindra kringgående av arbetsrättsliga regler genom flera på varandra följande visstidsanställningar.⁷¹

7.1.1 Principen om icke-diskriminering

Principen om icke-diskriminering innebär att anställningsvillkoren för deltid- respektive visstidsanställda inte skall vara mindre förmånliga än för jämförbara heltidsarbetande eller tillsvidareanställda enbart på den grunden att de arbetar deltid eller har visstidsanställning, om det inte kan motiveras med objektiva skäl.⁷² Formuleringen *objektiva skäl* anknyter till *Bilka-fallet* och det är troligt att den kommer att tolkas på samma sätt, vilket skapar en viss osäkerhet kring när diskriminering kan vara motiverad, eftersom detta

⁶⁹ Ds 2001:6 *Förslag till lag om förbud mot diskriminering av deltidarbetande och visstidsanställda*, s20

⁷⁰ Ds 2001:6 s20

⁷¹ Ds 2001:6 s21

⁷² Ds 2001:6 s22

är upp till nationella domstolar att avgöra.⁷³ Med *jämförbar* anställd avses en heltidsanställd person som på samma arbetsplats utför samma eller liknande arbetsuppgifter med beaktande av kvalifikationer och kunskaper. Om det inte finns någon heltidsanställd att jämföra med inom arbetsgivarens verksamhet, skall jämförelse kunna göras med hänvisning till tillämpligt kollektivavtal och om sådant saknas till nationell lagstiftning, kollektivavtal eller praxis. Ruth Nielsen ser utformningen som en möjlighet att jämföra arbetstagare som arbetar under samma kollektivavtal men i olika verksamheter.⁷⁴ Jämförelser mellan deltids- och heltidsanställdas arbetsvillkor innebär även en jämförelse mellan könspecifika normer, som enligt deltidssdirektivet kan göras utan att det finns ett manligt objekt att jämföra med.⁷⁵ Uppräkningen av vilka faktorer som kan beaktas vid bedömningen av om en heltidsanställd är jämförbar är uttömmande i visstids- men inte i deltidssdirektivet. I det sistnämnda kan till exempel även anställningstiden vara en faktor som beaktas. Principen om icke-diskriminering fokuserar på anställningsavtalet och dess innehåll, och omfattar inte missgynnande eller kränkande behandling på grund av personliga egenskaper hos arbetstagaren.⁷⁶

7.1.2 Deltidssdirektivet

I klausul 1 i ramavtalet sägs att syftet med avtalet är att säkerställa att *all diskriminering* av deltidsarbetande upphör och kvaliteten på deltidsarbetet skall förbättras, och i klausul 4 anges att deltidsarbetande inte får behandlas mindre förmånligt än jämförbara deltidsarbetande, om det inte finns objektiva skäl för den annorlunda behandlingen. Begreppen direkt och indirekt diskriminering används inte överhuvudtaget, och man använder sig inte heller av någon bevisbörderegel. Enligt regeringens proposition

⁷³ Fransson, s188

⁷⁴ Fransson, s227 fotnot 986 hänvisar till Nielsen, Ruth: *Ban on discrimination and minimum standard legislation*. I (red) Källström&Malmberg, *Anföranden vid en nordisk forskarkurs i arbetsrätt* s166.

⁷⁵ Fransson, s227

⁷⁶ Proposition 2001/02:97, *Förslag till lag om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning* s31

2001/02:97 är det inte helt givet vilken innebörd man skall lägga i detta faktum.⁷⁷ I propositionen framhålls att det inte framgår om parterna har haft någon särskild avsikt med att låta ordalydelsen i ramavtalen avvika från EG-rättens tidigare formuleringar. En möjlig orsak till detta kan vara att varken de nuvarande definitionerna av direkt och indirekt diskriminering eller bevisbörderegeln fanns i EG:s rättsakter när parterna slutförhandlade ramavtalet om deltidsarbete. Kommissionens motiveringar i sina förslag till de båda direktiven nämner dessvärre inte heller något om denna avvikelse från övrig diskrimineringslagstiftning. Den svenska regeringen anser dock att det är ett rimligt antagande att EG-domstolen vid tolkning och tillämpning av de nya direktiven kommer att ta hänsyn till sina tidigare avgöranden i frågor om diskriminering i arbetslivet.⁷⁸ Som nu är fallet får det anses vedertaget att endast direkt diskriminering avses, och att den kan rättfärdigas med objektiva skäl, vilket ju anknyter till praxis om indirekt diskriminering. Detta innebär enligt min uppfattning att begreppen direkt och indirekt diskriminering har slagits samman, vilket analyseras i kapitel 8.

Med deltidsarbetande avses den vars normala arbetstid, beräknad på veckobasis eller som ett genomsnitt under en period på upp till ett år, understiger den normala arbetstiden för en jämförbar heltidsarbetande. Det är alltså en bred definition. Ramavtalet innehåller som nämndes ovan ett förbud mot att behandla deltidsarbetande mindre förmånligt än en jämförbar heltidsanställd om det inte finns objektiva skäl till den annorlunda behandlingen. När sådana objektiva skäl föreligger (vilket alltså avgörs av nationell domstol) kan rätten till vissa arbetsvillkor tillåtas vara beroende av anställningstid, arbetstid eller lönevillkor. En vägran att övergå från heltid till deltid eller tvärtom skall inte utgöra saklig grund för uppsägning men arbetsgivaren kan naturligtvis säga upp arbetstagare av orsaker som är hänförliga till företagets drift. Vidare skall arbetsgivaren i görligaste mån ta hänsyn till arbetstagares önskemål om att få ändra sin arbetstid, oavsett om

⁷⁷ Prop 2001/02:97 s31

⁷⁸ Prop 2001/02:97 s31

det är från deltid till heltid eller vice versa. Arbetsgivaren skall också upplysa om tillgängliga deltids- och heltidsarbeten inom företaget och underlätta övergången mellan dessa samt ge deltidsarbetande möjlighet till yrkesutbildning.⁷⁹

Vid behandlingen i Europaparlamentet kritiserades formuleringarna i ramavtalet för att vara alltför oprecisa och ge utrymme för bedömningar och troligen också tolkningsproblem, angående till exempel vilka de objektiva skäl är som kan motivera diskriminering i klausul 4.⁸⁰

7.1.3 Visstidsdirektivet

Ramavtalets huvudsyften är att tillse att principen om icke-diskriminering tillämpas för att på så sätt förbättra kvaliteten på visstidsarbete, och att förhindra missbruk som uppstår vid tillämpningen av flera visstidsanställningar i följd. Liksom i deltidsskivdirektivet handlar principen om icke-diskriminering av visstidsanställda om arbetsvillkoren och innebär att en visstidsanställd person inte får behandlas mindre fördelaktigt än en jämförbar tillsvidareanställd om detta inte kan motiveras av objektiva skäl. Visstidsdirektivet uttrycker en medvetenhet om betydelsen av flexibla anställningsformer men vill samtidigt förhindra att anställningsskyddslagstiftning kringgås genom att visstidsanställningar missbrukas. Med visstidsanställd menas en person som har ett anställningsavtal på vissa objektiva grunder, som till ett visst datum, tills ett särskilt arbete är utfört eller på grund av en särskild händelse.⁸¹ För att hindra kringgåendet av anställningsskyddslagstiftning skall medlemsstaterna införa en eller flera av följande åtgärder:

- Objektiva grunder för förnyad visstidsanställning
- En övre tidsgräns för flera visstidsanställningar i följd

⁷⁹ Ds 2001:6 s23

⁸⁰ Nyström, s281

⁸¹ Ds 2001:6 s22

- En gräns för hur många gånger en visstidsanställning får förnyas.⁸²

Noteras bör att det är medlemsstaterna som skall definiera vad som är ”på varandra följande” visstidsanställningar och vad som är ”tillsvidareanställningar”.⁸³ Även visstidsdirektivet lämnar alltså en viss frihet för medlemsstaterna att utforma skyddets räckvidd.

⁸² Ds 2001:6 s23-24

⁸³ Nyström, s283

8 Analys av skyddet

Deltids- och visstidsanställda kvinnor skyddas alltså nu från två håll, dels av EG-domstolens praxis angående indirekt könsdiskriminering och dels av deltidssdirektivets förbud mot direkt diskriminerande anställningsvillkor. Deltidssdirektivets förbud innebär att deltidssanställda på ett tydligt sätt måste särbehandlas för att direktivets bestämmelser skall bli tillämpliga. I flera av de tidigare nämnda rättsfallen om indirekt könsdiskriminering har också olika villkor för hel- och deltidssanställda tillämpats på ett öppet sätt. Frågan är om de fall där deltidssanställda har missgynnats skulle ha bedömts annorlunda om deltidssdirektivet hade funnits vid tidpunkten då fallen prövades – med andra ord, har kvinnor i och med deltidssdirektivets tillkomst fått ett starkare skydd mot diskriminering?

Direkt diskriminering är enligt tidigare praxis förbjuden, såvida inte den är tillåten enligt ett lagstadgat undantag. Under den förutsättningen hade deltidssdirektivet inneburit en fördel för deltidssarbetande kvinnor, och det är möjligt att direktivet medför att vissa diskriminerande villkor tas bort. Men genom att sudda ut gränsen mellan direkt och indirekt diskriminering och göra direkt diskriminering tillåten under vissa, osäkert vilka, förutsättningar är effekten av direktivet svår att utläsa. Huruvida direktivets skydd mot direkt diskriminering av deltidssanställda går längre än skyddet mot indirekt könsdiskriminering beror på ambitionen i medlemsstaternas domstolar, vilket ju också kan sägas vara fallet när det gäller indirekt könsdiskriminering. Direktivet lämnar som nämnts tidigare utrymme för medlemsstaterna att utforma undantagen från principen om icke-diskriminering med beaktande av objektiva skäl. Som nämndes inledningsvis är det troligt att detta begrepp kommer att tolkas mot bakgrund av *Bilka*-fallet, vilket innebär att det är medlemsstaternas domstolar som avgör om objektiva skäl till missgynnande villkor för deltidssanställda finns. Klausulens formulering innebär enligt Fransson en risk för att diskriminering av deltidssanställda regelmässigt omformuleras till mål om

indirekt diskriminering, och att man då måste göra en avvägning mellan den deltidsanställdes och arbetsgivarens intresse.⁸⁴ Som Lerwall påpekar är detta problematiskt av flera skäl. Ett sådant är att det finns skillnader mellan vilka skäl som accepterats för att bryta orsakssambandet mellan kön och direkt och indirekt diskriminering. Vid direkt diskriminering har ekonomiska skäl inte godtagits för att bryta orsakssambandet, men det har de vid indirekt diskriminering.⁸⁵ Det är tänkbart att det finns en risk för att en sammanslagning av begreppen direkt och indirekt könsdiskriminering skulle medföra att synen på vad som skall anses sakligt i de olika situationerna förändras, så att t.ex. ekonomiska skäl anses vara sakliga och könsneutrala även vid direkt diskriminering.⁸⁶ Detta skulle kunna leda till att området för vad som anses vara förbjuden könsdiskriminering blir mindre och att direkt diskriminering kan komma att tillåtas i större utsträckning än vad som är fallet enligt likabehandlingsdirektivet. Det faktum att man låter medlemsstaterna utforma undantagen från principen om icke-diskriminering så att "situationen i varje medlemsland skall kunna tas i beaktande"⁸⁷ framstår enligt min mening som en kompromisslösning som inte uttrycker någon verklig ambition att motverka könsdiskriminering.

Av samma anledning är det också svårt att avgöra hur utfallet av de tidigare belysta rättsfallen hade blivit om deltidsdirektivet funnits vid tidpunkten för deras avgörande. Deltidsdirektivet innebär visserligen att en deltidsarbetande kvinna som anser sig diskriminerad inte behöver visa att den behandling hon utsatts för drabbar en väsentligt större andel kvinnor än män. Hon kan som deltidsanställd kräva att få åtnjuta samma anställningsvillkor som en jämförbar heltidsanställd och behöver alltså inte komma med någon omfattande statistisk bevisning om ett villkors negativa effekt för gruppen kvinnor, vilket ju i praktiken har varit nödvändigt för att bevisa indirekt diskriminering. I det avseendet kan direktivet innebära en

⁸⁴ Fransson, s188

⁸⁵ I fallet *Dekker* (direkt diskriminering, min anm) ansågs ekonomiska skäl inte rättfärdiga diskrimineringen.

⁸⁶ Lerwall, s413

lättnad i bevishänseende för individuella, deltidsarbetande kvinnor som anser sig diskriminerade. Svårigheten för käranden kommer istället att bli att visa att hon faktiskt är jämförbar med en heltidsanställd, till exempel vad gäller utbildning, erfarenhet, arbetsuppgifter etc. Som vi har sett tidigare i exempelvis fallen *Danfoss*, *Kording* och *Gerster* kan arbetstagens utbildning och erfarenhet utgöra objektiva skäl som rättfärdigar en indirekt diskriminering. Formuleringarna i deltids- och visstidsdirektiven ger inte intryck av att avse att ändra detta förhållande. Vi kommer då in på frågor om bland annat arbetsvärdering, ett område där det har varit svårt för diskriminerade kvinnor att göra gällande att arbetena är likartade. Förbud mot diskriminering träffar ju främst orättvis behandling, men vad som faktiskt är orättvist beror på vilka normer som tillämpas på jämförelsegrupperna när man skall bedöma meriter, anställningstid och liknande.⁸⁷ Huruvida deltidsdirektivets regler, som ju åtminstone enligt Nielsen möjliggör jämförelser mellan verksamheter under samma kollektivavtal, underlättar jämförelsen återstår att se.

⁸⁷ Ramavtalet om deltidsarbete, allmänna överväganden p6.

⁸⁸ Numhauser-Henning, s11

9 Direktivens genomförande i svensk rätt

Sverige har valt att genomföra de båda direktiven i en gemensam lag.⁸⁹ Den svenska regleringen gör till skillnad från direktiven en uppdelning av diskrimineringsförbudet i direkt och indirekt diskriminering, under hänvisning till att medlemsstaterna har rätt att införa bestämmelser som är mer förmånliga för arbetstagarna än vad som anges i ramavtalen. I propositionen sägs att ”det får antas att det uttryckliga skyddet mot både direkt och indirekt diskriminering gör att skyddet för deltidsarbetande och arbetstagare med tidsbegränsad anställning blir starkare än det skulle bli om bestämmelserna utformades i mer nära anslutning till direktivets ordalydelse”.⁹⁰ I propositionen påpekas att även om det säkerligen är vanligare med direkt diskriminering när det gäller anställningsvilkorens innehåll går det inte att utesluta att indirekt diskriminering av deltidsanställda kan förekomma. Som exempel anges en situation där en förmån endast lämnas till de arbetstagare som utför en viss mängd arbete. Regeringen anför att det för svenska förhållanden ”framstår som alldeles främmande att diskrimineringsförbudet inte skulle omfatta indirekt diskriminering.”⁹¹ Bevisbördedirektivets sätt att fördela bevisbördan används också i denna lag.

Lagen förbjuder arbetsgivare att ge deltids- eller tidsbegränsat anställda mindre förmånliga löne- och anställningsvillkor än heltidsarbetande respektive tillsvidareanställda, om inte arbetsgivaren kan visa att missgynnandet saknar samband med deltids- eller visstidsanställningen eller är berättigat av sakliga skäl. Innebörden av direkt diskriminering skall i

⁸⁹ Lag (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning

⁹⁰ Proposition 2001/02:97 s33

⁹¹ Proposition 2001/02:97 s32

princip vara densamma som i andra diskrimineringslagar och det skall vara möjligt att göra en hypotetisk jämförelse. Bedömningen av vad som utgör sakliga skäl för direkt diskriminering skall göras mot bakgrund av EG-rätten. Innebörden av indirekt diskriminering anknyter också till övriga diskrimineringslagar. En deltids- eller visstidsanställd får inte missgynnas genom en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som i praktiken särskilt missgynnar deltidsarbetande eller visstidsanställda när det gäller löne- eller andra anställningsvillkor, såvida inte syftet kan motiveras med sakliga skäl och åtgärden är lämplig och nödvändig för att syftet skall uppnås. Även i detta fall skall bedömningen av vad som utgör sakliga skäl göras i ljuset av EG-rätten, samt utifrån arbetsgivarens verksamhetsbehov och viktiga samhälleliga mål inom social- och sysselsättningspolitik.⁹²

Den kritik som riktades mot lagförslaget ifrågasatte bland annat behovet av att genomföra deltidssdirektivet i en ny lag överhuvudtaget, eftersom den svenska arbetsrätten förutsätter att deltids- och visstidsanställda i princip inte behandlas annorlunda än andra anställda. Enligt Birgitta Nyström är det dock möjligt att de svenska regler som har utvecklats i praxis när det gäller så kallad omreglering av anställningen strider mot uppsägningsförbudet i deltidssdirektivet.⁹³ Enligt direktivet är en arbetstagares vägran att skifta från heltid till deltid eller tvärtom inte saklig grund för uppsägning, men svenska domstolar har i flera mål ansett att en sådan förändring av anställningsavtalet, som skett på arbetsgivarens initiativ och utan arbetstagarens medgivande (det vill säga en omreglering av anställningen) i praktiken har varit att anse som en uppsägning. Visserligen har arbetsgivaren enligt direktivet såväl som enligt svensk rätt alltid befogenhet att säga upp arbetstagare av skäl som är hänförliga till företagets drift, men Nyström menar ändå att det bör övervägas om Arbetsdomstolens praxis om omreglering av anställningen skall behållas. I promemorian avfärdas dock

⁹² Proposition 2001/02:97 s41

⁹³ Nyström, s303

detta resonemang med den något enkla förklaringen att det i fall av omreglering av anställningen handlar om en arbetsbr:situation, vilket innebär att saklig grund för uppsägning föreligger.⁹⁴

Det kan förekomma kollektivavtalsbestämmelser som gör skillnad mellan heltids- och deltidsarbete, till exempel vad angår semesterns längd eller pensionsrättigheter. Såväl promemorian som propositionen betonar att detta inte nödvändigtvis innebär att diskriminering föreligger, eftersom det kan finnas objektiva skäl till denna särbehandling. Ett exempel på sådana objektiva skäl är principen om tidsproportionalitet, som innebär att personer som bara varit anställda en kortare tid faktiskt inte har gjort sig förtjänta av vissa förmåner som andra anställda åtnjuter. Det vore ju till exempel inte rimligt om en person som anställdes på ett tvåmånadersvikariat skulle ha rätt att ta ut semester i tre veckor av denna tid. Däremot har en sådan person rätt till semesterersättning.

När det gäller genomförandet av visstidsdirektivet är huvudregeln enligt LAS att tidsbegränsade anställningar bara är tillåtna i vissa fall. Parterna i ett kollektivavtal kan dock avtala om att det skall vara tillåtet även i andra fall än dessa. I AD 1994 nr 22 prövades frågan om flera på varandra följande vikariat var ett kringgående av regeln i LAS, och AD uttalade att vikariat är en tillåten visstidsanställning så länge det handlar om ett äkta vikariat och inte en konstruktion för att kringgå lagstiftningen. Anställningarna i målet ansågs inte strida mot anställningsskyddslagen. Enligt Nyström är det osäkert om nuvarande reglering verkligen hindrar allt missbruk av visstidsanställningar och hon anser därför att en regel om detta borde införas i LAS för att uppfylla direktivet på denna punkt.⁹⁵

Svensk rätt har för närvarande enligt min uppfattning åtminstone en avsikt att ge ett starkare skydd mot diskriminering av deltidsanställda än vad

⁹⁴ Ds 2001:6 s56

⁹⁵ Nyström, s304

direktivet ger, eftersom den svenska regleringen bibehåller distinktionen mellan direkt och indirekt diskriminering. Eftersom direktivet ännu inte har prövats i EG-domstolen är det emellertid inte helt klart hur diskrimineringsbegreppet skall tolkas och därmed vilken innebörd svensk rätt kan ge det.

10 Senare utveckling

10.1.1 Artikel 13

Genom Amsterdamfördraget 1997 togs ett steg för att förstärka de mänskliga rättigheterna inom unionen. Rådets befogenhet att bekämpa diskriminering utvecklades väsentligt genom att artikel 13 infördes i Romfördraget. Med stöd av artikel 13 kan rådet (genom enhälligt beslut) på förslag från kommissionen och efter att ha hört Europaparlamentet vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av ”kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.”⁹⁶ Artikeln är således inte begränsad till att bara gälla arbetsrätten, men det är möjligt att den endast ger möjlighet att förhindra diskriminering på de områden där gemenskapen redan har kompetens.⁹⁷

10.1.2 Definitionen av indirekt diskriminering i de nya direktiven

Med stöd av artikel 13 lade kommissionen i november 1999 fram ett förslag till åtgärder för att bekämpa diskriminering. Förslaget bestod bland annat av två direktiv som antogs av rådet under år 2000, nämligen direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung (direktivet mot etnisk diskriminering) och direktiv 2000/78/EG om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet (arbetslivsdirektivet). Direktiven är sinsemellan i huvudsak överensstämmande och innehåller likalydande förbud mot såväl direkt som indirekt diskriminering. Direkt diskriminering föreligger när en person på grund av den skyddande egenskapen behandlas mindre förmånligt än en

⁹⁶ Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen artikel 13

annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation. Indirekt diskriminering föreligger när en skenbart neutral bestämmelse eller skenbart neutralt kriterium *särskilt missgynnar* (min kursivering) personer tillhörande den skyddande gruppen, såvida inte bestämmelsen/kriteriet/förfaringssättet objektivt kan motiveras av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga.

10.1.3 Ändringarna i likabehandlingsdirektivet

I juni 2002 antogs direktivet om ändringar i direktivet 76/207/EEG och enligt förslaget skall det vara genomfört i medlemsstaterna tre år efter antagandet. I detta avsnitt behandlas främst definitionen av indirekt diskriminering.

Bevisbördedirektivet definierar indirekt diskriminering, som anses föreligga när en skenbart neutral bestämmelse/kriterium/förfaringssätt *missgynnar en väsentligt större andel* (min kursivering) personer av det ena könet, såvida inte förfarandet kan motiveras med objektiva faktorer som saknar samband med personernas kön.⁹⁸ Definitionerna i arbetslivsdirektivet och direktivet mot etnisk diskriminering avviker något från bevisbördedirektivets definition. Till följd av dessa nytillkomna direktiv initierade kommissionen de nyligen antagna ändringarna av likabehandlingsdirektivet, som bland annat har kompletterats med definitioner av begreppen direkt och indirekt diskriminering. Avsikten är att förbudet mot könsdiskriminering i likabehandlingsdirektivet skall stämma överens med regleringen i de två nya direktiven.⁹⁹

Enligt kommissionens ändrade förslag till ändringar i likabehandlingsdirektivet skall direkt diskriminering anses förekomma i ”en

⁹⁷ Lerwall, s296

⁹⁸ Rådets direktiv 97/80/EG artikel 2.2

⁹⁹ SOU 2002:43 s113

situation där en person på grund av kön behandlas på ett mindre gynnsamt sätt i jämförelse med hur en annan person behandlas, har behandlats eller skulle behandlas i en liknande situation.”¹⁰⁰ Indirekt diskriminering skall anses förekomma i ”en situation där en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt *särskilt missgynnar* (min kursivering) personer av ett visst kön jämfört med personer av det andra könet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet i fråga är objektivt berättigat genom ett rättmätigt och proportionellt mål, och de medel som används för att uppnå det målet är lämpliga och nödvändiga”.¹⁰¹ En omedelbar språklig analys av definitionerna ger enligt min mening vid handen att termen *särskilt missgynnar* möjligen kan vara något lättare för käranden att bevisa än bevisbördedirektivets definition *missgynnar en väsentligt större andel* personer av det ena könet, men någon sådan bevislättning är antagligen inte avsedd. I SOU 2002:43 konstateras kortfattat att bevisbördedirektivet definierar termen indirekt diskriminering ”på ungefär samma sätt som i direktivet mot etnisk diskriminering och arbetslivsdirektivet”.¹⁰² Man fäster alltså inte någon nämnvärd vikt vid den språkliga skillnaden. Lerwall påpekar i sin avhandling, som visserligen behandlar kommissionens första förslag till ändring av likabehandlingsdirektivet, att de tyska, franska och brittiska versionerna inte avviker från bevisbördedirektivets version på det vis som den svenska regleringen gör. Den svenska ändringen är således bara av språklig betydelse.¹⁰³ I kommissionens motivering till ändringen sägs att definitionen överensstämmer med den i bevisbördedirektivet,¹⁰⁴ och ovanstående definition av indirekt diskriminering har inte ändrats i det antagna direktivet.¹⁰⁵

¹⁰⁰ KOM (2001) 321 slutlig artikel 1a

¹⁰¹ KOM (2001) 321 slutlig artikel 1a

¹⁰² SOU 2002:43 s113

¹⁰³ Lerwall, s124

¹⁰⁴ KOM (2000) 334 slutlig, motivering IV punkt 40

¹⁰⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor artikel 2.2

11 Avslutande diskussion

När det gäller arbetskraftens fria rörlighet har EG-domstolen använt sig av principen om indirekt diskriminering på ett mycket långtgående sätt för att underlätta för migrerande arbetstagare och inte dragit sig för konflikter med medlemsstaterna. På detta område lämnas proportionalitetsbedömningen inte till nationella domstolar utan istället har EG-domstolen ställt höga krav på att medlemsstaterna visar att det verkligen finns konkreta och reella hot mot allmän ordning, säkerhet och hälsa för att undantag skall tillåtas. Direkt diskriminering har domstolen ansett föreligga så snart det ställs krav på nationellt medborgarskap. Förbudet mot indirekt diskriminering på grund av nationalitet har utvecklats så att det numera är tillräckligt med en potentiell *risk* för att en bestämmelse eller ett förfaringsätt skall utgöra ett hinder för arbetskraftens fria rörlighet för att indirekt diskriminering skall anses föreligga.¹⁰⁶ Detta kan förklaras av att likabehandlingsprincipen även skyddar mot låglönekonkurrens från fattigare medlemsländer. Visserligen skyddar den inte mot konkurrensen om jobben, men antalet migrerande arbetstagare är trots allt inte särskilt stort. Kvinnorna däremot utgör halva befolkningen och därför kan man anta att samma attityd från EG-domstolen på könsdiskrimineringens område skulle medföra relativa försämringar för männen på arbetsmarknaden.¹⁰⁷ De höga beviskrav som uppställs för att kvinnor skall kunna göra indirekt könsdiskriminering gällande talar för att viljan att genomdriva principen om likabehandling inte är lika stark från EG-domstolens sida när det gäller könsdiskriminering som när det gäller diskriminering på grund av nationalitet. Om jämställdhet mellan könen hade tillmätts samma betydelse som jämlikhet mellan arbetstagare av olika europeiska nationaliteter så hade EG-domstolen med största sannolikhet inte överlåtit proportionalitetsbedömningen till nationella domstolar, vars

¹⁰⁶ SOU 2002:43 s112

¹⁰⁷ Christensen, s62-63

förmåga att genomsåda könsdiskriminerande strukturer överskattas enligt min uppfattning.

Med risk för att låta cynisk anser jag att jämställdhet i betydelsen materiell likabehandling mellan män och kvinnor i praktiken inte ges status av att vara ett så viktigt mål som sägs i EG-rättsakterna, utan det finns anledning att frukta att utvecklingen går i motsatt riktning och att även direkt diskriminering kan komma att tillåtas med hänvisning till ekonomiska skäl. Under rubriken ”Allmänna överväganden” i deltidssdirektivet betonas vikten av den ekonomiska utvecklingen och konkurrensen om arbetstillfällena på ett tydligare sätt än jämställdheten mellan könen. Anledningen till deltidssdirektivets tillkomst verkar snarare vara deltidssarbetets betydelse för flexibiliteten på arbetsmarknaden än viljan att motverka könsdiskriminering. Domstolens praxis när det gäller indirekt könsdiskriminering visar att ekonomiska skäl utgör sakliga skäl för att tillåta diskriminering och friheten för medlemsstaterna att utforma undantag från principen om icke-diskriminering i deltidss- och visstidssdirektiven verkar befästa detta ytterligare. Vidare menar jag att det framstår som onödigt komplicerat att inte använda sig av den vedertagna terminologin. Detta skapar osäkerhet kring huruvida EG-domstolen avser att använda sig av tidigare praxis på området eller skapa ny praxis, och därmed troligen utvidga grunderna för tillåten direkt diskriminering. För att undvika detta anser jag att deltidss- och visstidssdirektiven bör ändras så att de överensstämmer med övrig diskrimineringsreglering genom att begreppen direkt och indirekt diskriminering införs och definieras också i dessa direktiv.

Om man verkligen vill motverka könsdiskriminering borde man göra det möjligt att låta skyddet mot indirekt diskriminering också gälla i fall där bara en eller ett fåtal personer drabbas av ett skenbart neutralt villkor eller förfaringssätt, vilket även skulle kunna gynna deltidss- och visstidssarbetande. Att kräva att andelen missgynnade kvinnor skall utgöra cirka 70-80% av alla som missgynnas framstår inte som vare sig rimligt eller rättvist. Rätten till

likabehandling är ju just en mänsklig rättighet som inte borde väga lättare än ekonomiska hänsyn, vilket ofta verkar vara fallet idag.

Litteraturförteckning

Christensen, Anna: Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser. Juristförlaget i Lund, 2000

Fransson, Susanne: Lönediskriminering. En arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag. Iustus Förlag AB, Uppsala 2000

Hervey, Tamara K: EC law on Justifications for Sex Discrimination in Working Life. Paper presented at the European Regional Congress of Labour Law and Social Security. 4-6 September, 2002

Julén, Jenny: Ett välsignat tillstånd? Om diskriminering av gravida arbetssökande. Juristförlaget i Lund, 2000

Lerwall, Lotta: Könsdiskriminering – en analys av nationell och internationell rätt. Iustus Förlag AB, Uppsala 2001

Lundström, Karin: Indirekt könsdiskriminering i EG-domstolens tappning. Juristförlaget i Lund, 2000

Numhauser-Henning, Ann: Om likabehandling, positiv särbehandling och betydelsen av kön. Juristförlaget i Lund, 2000

Nyström, Birgitta: EU och arbetsrätten, tredje upplagan. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002

Övrig litteratur:

Lundström, Karin: Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten: en feministisk analys. Iustus förlag AB, Uppsala 1999

Numhauser-Henning, Ann (red): Perspektiv på likabehandling och diskriminering. Juristförlaget i Lund, 2000.

Roseberry, Lynn: The Limits of Employment Discrimination Law in the United States and European Community. DJÖF Publishing, Köpenhamn, 1999.

Offentligt tryck - Sverige

Propositioner

1999/2000:143	Ändringar i jämställdhetslagen m.m.
2001/02:97	Förslag till lag om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning

Betänkanden

Ds 1993:77	Exempel på nationella domstolsavgöranden i anslutning till förhandsbesked från EG-domstolen
Ds 2001:6	Förslag till lag mot förbud mot diskriminering av deltidsarbetande och visstidsanställda.
SOU 2002:43	Ett utvidgat skydd mot diskriminering

EG-rättsligt material

Rådet – bindande direktiv

Rådets direktiv 75/117/EEG om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män

Rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor

Rådets direktiv 97/80/EG om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering

Rådets direktiv 97/81/EG om ramavtalet om deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS

Rådets direktiv 99/70/EG om ramavtalet om visstidsarbete undertecknat av EFS, UNICE och CEEP

Rådets direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung

Rådets direktiv 2000/78/EG om inrättandet av en allmän ram för likabehandling

Rådets direktiv 2002/73/EG om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor

Kommissionen

COM (75) 36 final, Equality of Treatment between men and women workers as regards access to employment, to vocational training, to promotion and as regards working conditions

KOM (2000) 334 slutlig, Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor

KOM (2001) 321 slutlig, Ändrat förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor

KOM (2001) 689 slutlig, Kommissionens yttrande om Europaparlamentets ändringar av rådets gemensamma ståndpunkt om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor

Elektroniska rättskällor

http://europa.eu.int/eur-lex/sv/about/pap/process_and_players2.html
Datum: 2002-11-19

http://europa.eu.int/eur-lex/sv/about/pap/process-and_players3.html
Datum: 2002-11-19

http://europa.eu.int/eur-lex/sv/about/pap/process_and_players4.html
Datum:2002-11-19

http://europa.eu.int/eur-lex/sv/about/pap/process_and_players5.html
Datum: 2002-11-19

<http://europa.eu.int/scadplus/leg/sv/cha/c00006.htm>
Datum: 2002-11-11

<http://europa.eu.int/scadplus/leg/sv/cha/a10000.htm>
Datum: 2002-11-11

<http://www.labourlaw2002.org>
Datum: 2002-10-15

Rättsfallsförteckning

96/80 J.P Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd, (1981) ECR –911

170/84 Bilka Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Harz (1986) ECR –1607

109/88 Handels- og Kontorfunktonärerens Forbund i Danmark v Dansk Arbejdsgiverforening acting on behalf of Danfoss (1989) ECR 1-3199

171/88 Ingrid Rinner-Kühn v FWW Special-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG (1989) ECR–2743

177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus (1990) ECR 1-3941

33/89 Maria Kowalska v Freie und Hansestadt Hamburg (1990) ECR 1-2591

184/89 Helga Nimz v Freie und Hansestadt Hamburg (1991) ECR 1-0297

189/91 Petra Kirshammer-Hack v Nurhan Sidal (1993) ECR –6185

127/92 Dr Pamela May Enderby v Frenchay Health authority and Secretary of State for Health (1993) ECR 1-5535

400/93 Specialarbejderforbundet i Danmark v Dansk Industri, formerly Industriens Arbejdsgivere, acting for Royal Copenhagen A/S (1995) ECR 1-1275

1/95 Hellen Gerster v Freistaat Bayern (1997) ECR 1-5253

100/95 Brigitte Kording v Senator für Finanzen (1997) ECR 1-5289

249/46 Lisa Jacqueline Grant v South West Trains Ltd (1998) ECR I-0621

167/97 Seymour-Smith & Perez v REG. Secretary of State for Employment (1999) ECR 1-623