



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Olivia Wahlby

Arbetsrättsligt skydd för föräldralediga arbetstagare

En normativ analys

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare: Jur. dr. Mia Rönmar

Arbetsrätt

VT 2008

INNEHÅLL

SUMMARY	1
FÖRORD	2
1 INTRODUKTION	3
1.1 Inledning	3
1.2 Syfte och frågeställningar	4
1.3 Forskningsläge och avgränsningar	5
1.4 Disposition	6
2 TEORI OCH METOD	7
2.1 Metod och material	7
2.2 Teorin om normativa grundmönster	8
2.2.1 Inledning	8
2.2.2 Arbetsrättens normativa fält	9
2.2.3 Föräldraledighetslagstiftningens normativa fält	11
3 DET ARBETSRÄTTSLIGA SKYDDET FÖR FÖRÄLDRALEDIGA - BAKGRUND OCH GÄLLANDE RÄTT	14
3.1 EG-rätt	14
3.1.1 Inledning	14
3.1.2 Skydd baserat på ett förbud mot könsdiskriminering	16
3.1.2.1 Inledning	16
3.1.2.2 Likabehandlingsdirektivet	17
3.1.2.3 Mödravårdsdirektivet	19
3.1.3 Skydd i egenskap av förälder	20
3.1.3.1 Inledning	20
3.1.3.2 Föräldraledighetsdirektivet	21
3.1.3.3 Ändringar i likabehandlingsdirektivet	23
3.2 Svensk rätt	24
3.2.1 Inledning	24
3.2.2 Skydd baserat på ett förbud mot könsdiskriminering	25
3.2.3 Skydd i egenskap av förälder	27
4 ETT NYTT MISSGYNNANDEFÖRBUD I FÖRÄLDRALEDIGHETSLAGEN	31
4.1 16 § Föräldraledighetslagen – grundläggande rekvisit	31
4.1.1 Inledning	31
4.1.2 Missgynnande	32

4.1.3	Orsakssamband	34
4.1.4	Bevisbördan	34
4.2	16 § Föräldraledighetslagen - tillämplighet och undantag	35
4.2.1	Inledning	35
4.2.2	Rekrytering och befordran	37
4.2.3	Lön, anställningsförmåner och andra arbetsvillkor	38
4.2.4	Omplacering	40
4.2.5	Uppsägning och avsked	41
4.3	Ärenden och anmälningar till JämO	43
5	LAGSTIFTNINGENS INTENTIONER MÖTER INVANDA TRADITIONER - EN NORMATIV ANALYS	44
5.1	En kritisk rättsdogmatisk metod och gällande rätt	44
5.2	Normativa konflikter	45
5.2.1	Inledning	45
5.2.2	Arbetsgivarprerogativet och föräldraledighet	46
5.2.3	Konflikter inom arbetstagargruppen	47
5.2.4	Jämställdhet som ett normativt styrmedel	49
5.3	Sammanfattande kommentar - ett reellt skydd?	50
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	52
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	55

SUMMARY

Sweden has a very favourable legislation regarding paid parental leave. However, in the labour market this is not always something positive. Absence from the workplace, and especially a long one, may disturb the employer's organisation and there is a risk that employers compensate for this by, in the worst case, avoiding to employ workers of a fertile age. Further, back at the workplace after the parental leave, employees risk to miss out on benefits, wage increases or promotions. Since it is mostly women who, according to traditional sex roles, use the right to parental leave and therefore are more exposed to different forms of unfair treatment, this is very much a question of equality.

The purpose of my paper is to examine the protection provided by law in these cases. This includes, in addition to the regulation in Sweden, a review of the development of the social policies in the field of EC-law as well as the impact it has had on Swedish legislation. In 2006 a stronger inhibition article, in terms of unfair treatment, reinforced the protection in the Swedish Parental Leave Act. This reinforcement was an improvement in many ways. The protection of the former article was only active in cases where the unfair treatment was based solely on the fact that the employee had taken parental leave. Now, it is enough if this circumstance is one of the grounds of the employer's treatment. The article also covers more situations than before. However, the protection for *pregnant* employees and job applicants is still stronger. In the Equal Opportunities Act, which covers these situations, there are for example fewer possibilities for exceptions.

My analysis is based on a theory of normative patterns and the examined legal area can be understood as a balance between different competing interests or normative patterns, predominantly *the market functional pattern* and *the pattern of protection of the established position*. The essence of the theory is to analyse legal conflicts in the light of these normative patterns. The main principle when it comes to labour law is the employer's right to manage his or her own company - clearly a norm supporting the market functional pattern. The prohibition against unfair treatment has the purpose to constitute a protection against this main principle and thus strengthen the normative pattern of the established position. My conclusion is that the purpose of the legislation, i.e. making it easier for the employee to combine working life with a responsibility as a parent, has in theory obtained a stronger support. However in society, and this is obvious in the legal practice of the European Court of Justice, there are strong patterns and standards which still consider motherhood to be more important to protect than parenthood and furthermore, that working life should not be disturbed by parenthood more than what is absolutely necessary. However, even if a single norm cannot do the whole job of changing social progress, it can provide some assist as an instrument in shaping new behaviour and expectations regarding parenting.

FÖRORD

När jag äntligen är klar med min avslutande uppsats markerar den ett avslut på min studietid och ger mig samtidigt tillfälle att tacka några personer.

Tack Mia Rönnmar, för den handfasta handledning utan vilken jag antagligen inte hade kommit ut och kunnat njuta av solen lika tidigt denna vår! Tack Therese Olsson, Olle Brynja och alla andra på Jämställdhetsombudsmannen i Stockholm, för en inspirerande praktik som inte bara gav mig uppslaget till uppsatsämne utan även en möjlighet att omvandla teoretiska kunskaper till praktiska erfarenheter. Tack alla fina vänner - ingen nämnd ingen glömd - för otaliga kaffepauser genom åren, och allt annat! Sist men inte minst; Tack Mamma och Tack Rasmus, för att ni alltid finns där.

Olivia Wahlby
Lund, mars 2008.

1 Introduktion

1.1 Inledning

Arbetstagare som är föräldrar möter särskilda svårigheter i arbetslivet när de i vardagen ska förena arbete med föräldraskap. Olika faktorer i arbetslivet har en tendens att försvåra uttaget av föräldraledighet, det kan bland annat vara attityder som råder på arbetsplatsen eller arbetsgivarens sätt att möta de olägenheter som föräldraledigheten kan medföra för arbetsgivarens planering och verksamhet i stort. Men framförallt finns risken att arbetsgivare kompenserar de extra kostnader som föräldraskap medför genom att rent av undvika att rekrytera arbetstagare i fertil ålder. Arbetstagare som kommer tillbaka efter en lång ledighet riskerar att halka efter i löneutvecklingen, gå miste om tidigare självklara förlängningar av vikariat eller provanställningar, bli omplacerade mot sin vilja, förbigångna vid befordran eller, i värsta fall, uppsagda.

Med föräldraledighet menas i svensk och EG-rätt att kvinnor och män har en individuell rätt till ledighet med anledning av att de blivit föräldrar. Statistik visar dock att pappor i Sverige endast tar ut 20 procent av det totala antalet föräldradagar¹ och cirka 60 procent av papporna tar inte ut någon ledighet alls under barnets första år.² En konsekvens av denna ojämsställda fördelning är att kvinnor i fertil ålder riskerar att missgynnas oavsett om de avser att skaffa barn eller inte, på grund av föreställningar om att kvinnor är mer frånvarande från jobbet. De problem som arbetsgivare menar uppkommer när anställda bildar familj har oftast inte samband med den relativt korta frånvaroperioden i samband med själva förlossningen, utan med den långa frånvaroperiod som, framför allt mammors, utnyttjande av föräldraledighetsförsäkringen innebär.³ Det finns alltså en risk att det är kvinnor som drabbas mest av olika former av missgynnande behandling på arbetsmarknaden. Frågan om ett förstärkt skydd för föräldralediga är därför även en fråga om jämställdhet.

Såväl JämO som fackliga organisationer har noterat att antalet anmälningar som har samband med graviditet och föräldraskap har ökat under senare år.⁴ Sedan början av 90-talet har antalet anmälningar till JämO i frågan uppskattningsvis varit mellan tre och fem per år. Under perioden 2000-2003 ökade antalet anmärkningsvärt med en toppnotering på över 40 st. Samtidigt fick man under samma period ca 250 förfrågningar från allmänheten. Under 2007 anmäldes 72 ärenden enbart med föräldraledighetslagen som grund och då är det alltså exklusive frågor om graviditet.⁵ Utöver detta finns en risk att arbetstagare som blivit utsatta för missgynnande i samband med

¹ SCB 2006, s. 44.

² JämO 2006, s. 6.

³ Julén 2000, s. 133. Hänvisning till en undersökning publicerad i Platsjournalen 1996.

⁴ Ds 2005:15, s. 78.

⁵ JämO 2006, s. 8 samt JämO 2007, s. 13.

föräldraledighet inte anmäler över huvud taget. Man befinner sig ofta i ett ekonomiskt beroende och har inte möjlighet att hamna i en konflikt med sin arbetsgivare.

Skydd mot missgynnande behandling av gravida arbetssökande eller arbetstagare följer av jämställdhetslagen, medan skyddet för arbetstagare som har rätt till föräldraledighet regleras i föräldraledighetslagen. Skyddet i jämställdhetslagen har dock länge varit mer omfattande än motsvarande reglering i föräldraledighetslagen. Diskrimineringsförbuden i jämställdhetslagen omfattar även arbetssökande och gäller i fler faktiska situationer. Dessutom finns en betydande rättspraxis som klargör rättsläget på området från EG-domstolen. Den 1 juli 2006 gjorde dock lagstiftaren en förändring i föräldraledighetslagen och bland annat infördes en ny, utvidgad, regel om förbud mot missgynnande av arbetssökande eller arbetstagare av skäl som har samband med föräldraledighet. Förändringarna i föräldraledighetslagen innebar enligt lagstiftaren att EG-rättens *likabehandlingsdirektiv*⁶ nu är genomfört fullt ut i Sverige.⁷

1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med uppsatsen är att redogöra för det arbetsrättsliga skyddet för arbetstagare i samband med föräldraledighet. Detta inkluderar en redogörelse för den ovan beskrivna förstärkningen av föräldraledighetslagen. Min avsikt är att analysera hur skyddet ser ut för den enskilde arbetstagaren eller arbetssökanden som är, har varit eller planerar att vara föräldraledig. Den nära kopplingen mellan föräldraledighet och graviditet, samt svårigheten att avgöra vilken av dessa faktorer som varit avgörande för en arbetsgivares handlande, gör att även graviditet omfattas av mitt syfte.

De rättsliga frågor som undersöks i uppsatsen är hur utvecklingen inom rättsområdet socialpolitik i allmänhet och arbetsrätt i synnerhet har sett ut på EG-rättslig nivå. Vilka rättsakter som finns och hur de har behandlats i rättspraxis på såväl EG-rättslig som svensk nivå när det gäller arbetsrättsligt skydd för gravida och föräldralediga arbetstagare, samt hur EG-rätten har påverkat den svenska lagstiftningen. Slutligen undersöks vilken innebörd missgynnandeförbudet och dess olika rekvisit har samt i vilka situationer som förbudet är tillämpligt och vilket utrymme som finns för undantag. Ett perspektiv som löper genom uppsatsen är likabehandling, jämlikhet och jämställdhet.

Lagstiftarens avsikt med att ändra i missgynnandeförbudet var att stärka skyddet för arbetstagare som utnyttjar sin rätt till ledighet i samband med föräldraskap, för att i förlängningen underlätta en kombination av arbete och

⁶ 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.

⁷ Prop. 2005/06:185, s. 2.

familjeliv vilket i sin tur skulle främja jämställdheten i hemmen och i arbetslivet. Min avsikt är, utöver att redogöra för gällande rätt, att analysera rätten utifrån en teori om normativa grundmönster för att kunna diskutera rättens funktion. Här är ambitionen att gå ett steg längre än den traditionella rättsdogmatiska metoden tillåter. Det jag är intresserad av att göra är att upptäcka de normativa konflikter som uppstår på en samhällelig nivå i praktiserandet av juridiken. Har arbetstagare som är, har varit eller planerar vara föräldralediga ett lika starkt rättsligt skydd i realiteten som det som de formellt tillförsäkras genom missgynnandeförbudet?

1.3 Forskningsläge och avgränsningar

Ämnet för uppsatsen är aktuellt och relevant att undersöka på grund av den relativt nya lagändringen i föräldraledighetslagen. Den nya versionen av missgynnandeförbudet har ännu inte behandlats i speciellt stor utsträckning i doktrin. Dock har två, för denna framställning relevanta, avhandlingar blivit klara under 2007. Laura Carlson disputerade med sin avhandling *Searching for equality*⁸ där hon jämför hur man i olika rättssystem har valt att gå till väga i sin strävan efter jämlikhet. Carlson undersöker hur könsdiskriminering och föräldraledighet har reglerats i Sverige, Storbritannien, USA samt inom EG-rätten. Hon utgår från den svenska strategin där man såväl politiskt som lagstiftningsmässigt har ett uttalat syfte att nå ekonomisk självständighet för kvinnor samt en målsättning att män ska ta större ansvar för det obetalda arbetet i hemmet. Hon undersöker även under vilka förutsättningar detta sker genom den svenska arbetsrättsliga modellen där kollektiva överenskommelser mellan arbetsmarknadens parter föredras före lagstiftning. Jenny Julén Votinius avhandling *Föräldrar i arbete* är en könskritisk undersökning av småbarnsföräldrars arbetsrättsliga ställning där författaren undersöker de svenska föräldraskapsreglerna utifrån de könsrelaterade föreställningar om arbetstagare, föräldrar och fördelningen av betalt och obetalt arbete som finns i samhället och som även kommer till uttryck i rätten. Jag återkommer i uppsatsen till hennes analys av rättsläget.

Rätten till föräldraledighet är intimt sammankopplad med rätten till föräldrapenning enligt lagen om allmän försäkring. Rätten till ersättning är dock något som ligger utanför arbetsrättsområdet och därför något som jag visserligen tar upp i uppsatsen, men inte har möjlighet att gå djupare in på. Jag har vidare utelämnat vilka rättsliga påföljder som kan aktualiseras vid brott mot jämställdhets-, eller föräldraledighetslagens förbud mot diskriminering respektive missgynnande. Uppsatsen är teoretiskt uppbyggd och jag har inte företagit någon undersökning av hur reglerna kring föräldraledighet ser ut på någon specifik arbetsplats. Utgångspunkten för uppfattningen om hur reglerna används i praktiken är hämtad från de få rättsfall som finns på området.

⁸ Fullständig titel: *Searching for Equality. Sex Discrimination, Parental Leave and the Swedish Model with Comparisons to EU, UK and US Law.*

1.4 Disposition

Jag har disponerat uppsatsen på följande sätt:

Efter det inledande kapitlet kommer ett relativt omfattande teori-, och metodkapitel där jag redogör för den teori och de utgångspunkter på vilka jag kommer att bygga min analys, samt den metod och det material som jag använder under arbetets gång. Sedan följer ett deskriptivt kapitel där jag går igenom bakgrunden och gällande rätt avseende skyddet för gravida och föräldralediga arbetstagare. I detta kapitel gör jag en åtskillnad mellan EG-rätt och svensk rätt, denna åtskillnad syftar endast till att underlätta i uppställningen, EG-rätten samt EG-domstolens rättspraxis är en del av den svenska rätten och i många avseende bygger svensk lagstiftning direkt på EG-rätten. Den deskriptiva delen av uppsatsen fortsätter med en fördjupad redogörelse för det nya missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen. Den andra delen av uppsatsen består av en analys där min ambition främst är att belysa de normativa konflikter som uppstår i arbetsrättens normativa fält just avseende graviditet och föräldraledighet. Jag för även en diskussion om jämställdhetsnormens betydelse för utvecklingen av lagstiftningen och resonerar kring vilket reellt skydd de arbetsrättsliga reglerna kring föräldraledighet ger relaterat till det formella lagskyddet.

2 Teori och metod

2.1 Metod och material

För att komma så långt som till en analys behövs till att börja med en genomgripande kunskap om gällande rätt. I detta sammanhang har jag valt att tillämpa en kritisk rättsdogmatisk metod i syfte att klargöra rättsreglernas innehåll för att sedan sätta in dem i ett större perspektiv. Den deskriptiva delen av uppsatsen, det vill säga kapitel två och tre, tar sin utgångspunkt i en rättsdogmatisk metod och en tillämpning av rättskällevärdet. Här använder jag mig av lagstiftning, förarbeten, rättspraxis i den mån det finns samt doktrin på området. Fortsättningsvis bygger min uppsats på utgångspunkten att allt som rör juridik ytterst handlar om värderingar och att ett kritiskt synsätt är ett sätt att tydliggöra detta.⁹

Den kritiskt rättsdogmatiska metoden beskrivs av Wilhelmsson besitta flera särskiljande drag. Framförallt bygger metoden på en insikt om att en värderingsfri och objektiv rättsdogmatik är en illusion. Anhängare av metoden uppfattar vidare den traditionella rättsdogmatiken som implicit uppbyggd av konservativa samhällsliga värderingar men hyser ändå en stor tilltro till att det, genom rättsdogmatisk verksamhet, är möjligt att åstadkomma förändringar i samhället i riktning mot de ideal man omfattat. Vidare hyser kritiskt rättsdogmatiska författare en större tilltro än inom traditionella former av dogmatiken till det givande i att infiltrera samhällsvetenskapliga teorier och rön i rättsdogmatiken.¹⁰ Teorin om normativa grundmönster som jag har valt att använda mig av i uppsatsen är, enligt min förståelse av den, inte en renodlad juridisk teori utan innehåller även centrala spår av samhällsvetenskap. Fokus i uppsatsens analys ligger alltså inte i rättsdogmatiken, det vill säga i kunskapen om innehållet i gällande rätt, utan i kunskapen om rättens utveckling och funktion i arbetslivet.

Mina källor i den deskriptiva delen av uppsatsen består, när det gäller svensk rätt, mestadels av förarbeten till, dels de ursprungliga dels inför olika förändringar av, föräldraledighetslagen och jämställdhetslagen samt doktrin på området. Rättspraxis angående skydd för föräldralediga arbetstagare är knapp. Framförallt beror detta sannolikt på att frågor av detta slag i första hand förhandlas mellan arbetsmarknadens parter och sällan resulterar i en dom från arbetsdomstolen. För den EG-rättsliga delen har jag hämtat information dels från doktrin, i huvudsak Barnard och Nyström. Men även i den rikliga rättspraxis från EG-domstolen som finns när det gäller framförallt gravida, men även manliga arbetstagares, rättigheter baserade på

⁹ Se Glavås resonemang kring (o)möjligheten att vara objektiv i en framställning av gällande rätt. Glavå 2001, s. 20.

¹⁰ Fransson 2000, s. 38f.

likabehandlingsprincipen. Jag har även använt mig av artiklar skrivna av författare som analyserat rättsutvecklingen som skett genom domsluten. När det slutligen gäller material angående teorin om normativa grundmönster har jag använt mig av artiklar skrivna av dels teorins upphovsman professor Anna Christensen dels professor Ann Numhauser-Henning som vidareutvecklat teorin. Jag har även använt mig av Jenny Julén Votinius analys av olika normer som styr småbarnsföräldrars arbetsrättsliga ställning, även om hon själv inte har valt att koppla sin analys till den teori jag använder mig av.

Valet av ämne för uppsatsen växte delvis fram då jag under tio veckor hösten 2007 gjorde praktik på Jämställdhetsombudsmannen i Stockholm. Värdet av praktiken bestod framförallt i möjligheten att komma det intressanta rättsområdet diskrimineringsjuridik nära och en möjlighet att, efter fyra år av teoretisk utbildning, se hur juridik används i praktiken. Under min praktiktid bedrev JämO en informationskampanj om det nya missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen och ämnet diskuterades ingående på arbetsplatsen.

2.2 Teorin om normativa grundmönster

2.2.1 Inledning

Som bas för den del av uppsatsen där jag avser att analysera rätten har jag valt Anna Christensens teori om normativa grundmönster. Teorin bygger på en grundläggande insikt om att rättsreglernas innehåll är en kodifiering av traditioner och föreställningar som utvecklats i samhället. Normerna inom olika rättsområden bildar ett icke konstant normativt system. Beroende på vilket rättsligt område som valts kan man efter en undersökning urskilja vissa mönster som går igen och har en viss konstans. Christensen kallar dessa mönster för *normativa grundmönster*. Dessa grundmönster återspeglar alltså sociala och normativa praktiker och föreställningar på samhällets vardagslivsnivå.¹¹

Grundmönstren kan liknas vid magnetiska poler i rättens normativa fält. Rättsutvecklingen representeras av rörelser i kraftfältet och den rättsliga regleringens innehåll och position i det normativa fältet avgörs således av polernas dragningskraft. Inom de rättsområden som ingår i den sociala dimensionen¹² har den normativa strukturen ofta beskrivits som ett fält med tre dominerande poler; *Skydd för etablerad position*, *Det marknadsfunktionella mönstret* och *Rättvis fördelning*.¹³ Skydd för etablerad position beskrivs som ett konservativt mönster vars ändamål är att bevara rådande sociala konstellationer och positioner, medan det marknadsfunktionella mönstret beskrivs som ett dynamiskt mönster som ska

¹¹ Christensen 1996, s. 531 och 565.

¹² Hit räknas framförallt arbetsrätt, hyresrätt, socialförsäkringsrätt och familjerätt. Se Christensen 1996, s. 523.

¹³ Numhauser-Henning 2000, s. 30

främja ”nya verksamheter, en ständig omfördelning av värden och därmed också en ständig förändring av uppnådda positioner”. Även om ett av dessa mönster dominerar inom ett rättsområde under en viss tid finner man modifieringar föranledda av andra normativa mönster.¹⁴ Normativa grundmönster har alltså sin grund i normer och förställningar som finns på samhällets vardagslivsnivå om hur relationer mellan människor bör vara beskaffade, de uppstår genom en normativ praktik som sedan bekräftas i den rättsliga regleringen.¹⁵

Teorin om normativa grundmönster innebär inte någon lösning i den meningen att det ger ett färdigt svar på vilket innehåll enskilda regler bör ha. Däremot kan den användas som en modell när man vill analysera rättsreglers givna funktioner samt när man vill beskriva den process olika lagstiftningsåtgärder innebär.¹⁶ En tillämpning av teorin gör att en fokusering sker på att framhäva rättens beroende av sociala och moraliska normer och praktiker, den kompletterar därigenom det mer begränsade rättsdogmatiska perspektivet.¹⁷

Viss kritik riktas mot Christensens modell i Susanne Franssons arbetsrättsliga avhandling. Fransson använder sig av modellen men menar att den blir ”enbent” dels för att reproduktivt arbete osynliggörs dels för att individbegreppet inte problematiseras. Fransson menar att teorin blir värderande i sig då normen blir den manliga arbetstagarens position och när arbetsrättens normativa mönster studeras blir det denna norm som rätten utgår ifrån. Enligt Fransson utgår teorin från en traditionell juridisk ideologi som utelämnar exempelvis kön som ett särskilt studieobjekt. Hon menar dock att det finns olika normativa grundmönster beroende på arbetstagarens kön.¹⁸ Jag instämmer till viss del i Franssons kritik, men menar att teorimodellen med fördel kan användas även när uppsatser har ett visst könsperspektiv, genom att just ta hänsyn till kön. Modellen inte är absolut, det är användaren som hittar de normativa grundmönster han/hon tycker sig se vara relevanta i det aktuella sammanhanget.

2.2.2 Arbetsrättens normativa fält

Den svenska arbetsrätten är i huvudsak en kodifiering av det normsystem som vuxit fram mellan arbetsmarknadens parter i industrisamhället.¹⁹ I arbetsrättens normativa fält har tyngdpunkten historiskt sett vacklat mellan å ena sidan arbetsgivarprerogativet och å den andra sidan regler till skydd för arbetstagaren. Från rättsliga regleringar under 1800-talet som innebar en ömsesidig bundenhet för att upprätthålla stabiliteten i det sociala livet, arbetstagaren hade ett visst mått av anställningsskydd men var även bunden till anställningen å sin sida, gjorde *det fria arbetsavtalet* sitt inträde i början

¹⁴ Christensen 1996, s. 529ff.

¹⁵ Christensen 1996, s. 564f.

¹⁶ Numhauser-Henning 1997, s.107f.

¹⁷ Rönmar 2004, s. 34.

¹⁸ Fransson 2000, s. 50f.

¹⁹ Christensen 1996, s. 525.

av 1900-talet. Genom den så kallade decemberkompromissen 1906 godtog den största arbetstagarorganisationen, LO, arbetsgivarens rätt att leda verksamheten. Denna rätt innefattade en fri uppsägningsrätt, som senare även fastslogs av arbetsdomstolen som en allmän rättsgrundsats. Men det fria arbetsavtalet innebar även stora vinster för arbetstagarna och de fackliga organisationerna byggde sina kollektivavtal på detta, under industrisamhället, gällande normativa grundmönster. 30 år senare började den fria uppsägningsrätten uppluckras och normerna i anställningsförhållandet rörde sig mot ett starkare anställningsskydd, skydd för etablerad position. Utvecklingen gick från det första huvudavtalet mellan SAF och LO 1938 via den så kallade apriluppgårelsen mellan samma parter 1964 och tio år senare kom den första anställningsskyddslagen.²⁰

Anställningsskyddslagen har ändrat innehåll under årens lopp, till stor del beroende på vilket parti som har haft regeringsmakten. Bland annat har möjligheterna att avtala om avvikelser från turordningslistor samt olika atypiska anställningsformer ömsom utvidgats och ömsom inskränkts i olika omgångar samtidigt som det har förstärkt det marknadsfunktionella mönstret på bekostnad av skyddet för etablerad position och vice versa.²¹ Under 1990-talet utökades skyddsreglerna för arbetstagare och arbetsgivares fria skön begränsades i och med en reviderad jämställdhetslag, ändringar i densamme samt införandet av tre nya diskrimineringslagar.²² Många av förändringarna i lagstiftningen angående arbetstagares individuella rättigheter har tillkommit som anpassningar till EG-rätten efter Sveriges inträde i unionen. Framförallt gäller detta regler om lika behandling.

Ramen för regleringen av arbetsrätten utgörs således av idéer om arbetsgivarens frihet att bestämma över sin verksamhet samt anställningsskyddsregler som i sin tur kan ha sin grund i såväl det normativa grundmönstret om skydd för etablerad position som i föreställningar om social rättvisa.²³ Arbetsrättens karaktär utmärks vidare av en strävan att åstadkomma en ändamålsenlig avvägning mellan arbetsgivarens, på det ekonomiska systemets föreställningar baserade, intressen och arbetstagarnas intresse av ekonomisk och social trygghet. Den sociala funktionen hos den arbetsrättsliga lagstiftningen är dominerande och huvudsakligen syftar den till att väga intressen mot varandra och att skydda den typiskt sett svagare parten.²⁴ Skyddet för den etablerade positionen som en anställning utgör uttrycks framförallt genom att en arbetsgivare inte kan säga upp en anställning utan *saklig grund*.²⁵ Anställningsförhållandet som en etablerad position har dock även en pliktsida, den som grovt försummar sina plikter

²⁰ Christensen 1996, s. 543f.

²¹ Glavå 2001, s. 34.

²² De så kallade 1999 års diskrimineringslagarna bestående av lag (1999:130) om åtgärder i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder och lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

²³ Numhauser-Henning 1997, s. 99.

²⁴ Glavå 2001, s. 55ff.

²⁵ Se 7 § lag (1982:80) om anställningsskydd, LAS.

kan inte räkna med skyddet.²⁶ Vidare trängs skyddet undan i en arbetsbristsituation av det marknadsfunktionella mönstret som ger arbetsgivaren rätt att fritt bestämma vilken verksamhet som ska bedrivas. I denna situation kommer skyddet tillbaka, visserligen i en något begränsad form, genom turordningsreglerna samt företrädesrätten.²⁷

2.2.3 Föräldraledighetslagstiftningens normativa fält

Om man går ner en nivå från arbetsrätten som helhet, och tittar specifikt på hur det normativa fältet ser ut där föräldraledighetslagstiftningen rör sig, kan man inledningsvis konstatera att det, precis som i arbetsrätten i stort, i huvudsak rör sig om en dragkamp mellan arbetsgivarprerogativet och ett skydd för enskilda arbetstagare. Det gäller att hitta en balans mellan arbetstagarens rätt till ledighet och arbetsgivarens rätt till sin arbetskraft. Genom att sätta specifika rättsregler i relation till definierade normativa grundmönster kan man på ett mer genomgripande sätt beskriva hur olika regler relaterar till varandra men även hur de relaterar till överordnade politiska mål inom rättsområdet samt den fria arbetsmarknaden.²⁸ Jag har i min uppsats för avsikt att relatera till det, i svenskt lagstiftningssammanhang, uttalade jämställdhetspolitiska målet och undersöka om jämställdhet kan sägas utgöra ett normativt styrmedel vad gäller den svenska regleringen av arbetstagares föräldraledighet.

Den ökande välfärden under andra hälften av 1900-talet gav svenska kvinnor en materiell bas för självständighet, bland annat gav statligt subventionerad barnomsorg en förbättrad tillgång till arbetsmarknaden och ökade därmed andelen förvärvsarbetande kvinnor. Införandet av särbeskattningen 1971 ökade vidare kvinnornas ekonomiska självständighet. 1974 övergick den tidigare moderskapsförsäkringen till en föräldraförsäkring och föräldrarna fick rätt att dela ledigheten mellan sig. Småbarnsföräldrar fick fem år senare rätt till sex timmars arbetsdag utan inkomstkompensation.²⁹ Såväl när de första 30 icke-överlåtbara dagarna infördes i föräldraförsäkringen 1995 som när de utökades med ytterligare 30 dagar 2002 var det en tydlig politisk viljeförklaring för att öka mäns uttag av ledighet för vård av barn. Att männens delaktighet i omsorgsarbetet skulle hjälpa jämställdheten såväl i hemmen som i arbetslivet förklarades vara föräldraförsäkringslagstiftningens mål och jämställdhet en prioriterad politisk uppgift.³⁰

²⁶ Christensen 1996, s. 547.

²⁷ Turordningsreglerna i 22 § LAS bygger i första hand på anställningstid. Ju längre man har varit anställd desto starkare skydd har man i en arbetsbristsituation.

²⁸ Jämför Andreas Inghammars avhandling om arbetstagare med funktionshinder där han relaterar undersökta regler till det överordnade integrationspolitiska målet. Inghammar 2007, s. 38.

²⁹ SCB 2006, s. 9 och 45.

³⁰ Prop. 2000/01: 44, s. 21ff.

Det svenska ordet jämställdhet etablerades i samband med att frågan om lagstiftning mot könsdiskriminering började diskuteras politiskt i början av 1970-talet och 1979 resulterade i att den första jämställdhetslagen antogs. Jämställdhet innebär att kvinnor och män har samma rättigheter, skyldigheter och möjligheter inom alla väsentliga områden i livet. Ordet är närbesläktat med jämlikhet, men medan jämlikhet rör alla människors lika värde är jämställdhet förbehållet förhållandet mellan könen. Man kan tala om formell och reell jämställdhet. *Formell jämställdhet*, i meningen att det inte längre finns några formella eller rättsliga hinder för jämställdhet, har successivt uppnåtts i Sverige. Däremot fortgår alltjämt arbetet för *reell jämställdhet*, det vill säga att kvinnor och män ska ha lika villkor i realiteten.³¹

Strävan efter jämställdhet är ett uttalat syfte i förarbetena som föregick lagändringen i föräldraledighetslagen. Man skriver att den nuvarande ordningen, med kvinnor som fortfarande i störst utsträckning utnyttjar rätten till föräldraledighet och därmed löper särskild risk för att missgynnas på grund av föräldraledighet, är ett hinder mot jämställdhet i arbetslivet och – ytterst – i samhället i stort. Man betonar att det är av stor vikt att det skapas goda förutsättningar för både kvinnor och män att kombinera föräldraskap med förvärvsarbete och att möjligheter till utveckling och karriär i arbetet måste finnas även för arbetstagare med barn. Den rättspolitiska ansatsen, att bidra till ett ökat uttag av ledighet för manliga arbetstagare, är i sig ett starkt skäl för ett stärkt rättsligt skydd för föräldralediga arbetstagare. Ett förstärkt skydd för småbarnsföräldrar kan vidare antas bidra till en god utveckling av arbetskraftsutbudet, hela befolkningen behövs och det är av värde att både män och kvinnor står till arbetsmarknadens förfogande.³² Att det är Jämo som har tilldelats ansvaret för tillsynen över missgynnandeförbudet och inte enbart de fackliga organisationerna är vidare något som talar för att lagstiftarens intention med ändringen är att stärka möjligheterna till ett jämställt föräldraskap. Frågor om föräldrars problem i samhället sågs redan innan som en fråga som faller inom Jämo:s ansvarsområde och frågor som rör missgynnande av gravida kvinnor respektive föräldralediga ligger så nära varandra att det var naturligt att Jämo:s uppgifter enligt jämställdhetslagen kompletterades med ett ansvar även för förbudet mot missgynnande i föräldraledighetslagen.³³

Missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen har inte utformats som ett förbud mot diskriminering, men parallellen till diskrimineringslagarna är likväl tydlig. Förbudet bygger på en rättighetstanke och i förarbetena formuleras det som en rättighet att inte bli kränkt på grund av föräldraskapet.³⁴ Diskrimineringslagstiftningens syften riktas inte primärt mot relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare utan på förhållandet mellan olika, gynnade och missgynnade, grupper på arbetstagersidan. Man använder sig alltså av arbetsrättslig lagstiftning för att realisera övergripande

³¹ Nationalencyklopedins Internettjänst, www.ne.se, sökord: *Jämställdhet*.

³² Prop. 2005/06:185, s. 74.

³³ Prop. 2005/06:185, s. 95.

³⁴ Prop. 2005/06:185, s. 74.

samhälleliga mål. Att lagstiftning med denna bakgrund infogats i det arbetsrättsliga systemet ger upphov till vissa problem, det kan uppstå konflikter mellan lagstiftarens intentioner och arbetsmarknadsparternas gemensamma intressen när det hävdas att vissa grundläggande rättigheter är fundamentala.³⁵ Det normativa grundmönstret *rättvis fördelning* har fått mycket lite utrymme i den moderna arbetsrätten. Man talar sällan om rättvisa eller orättvisa i anställningsskyddet i förhållande till de som står utanför arbetsmarknaden. I första hand är det de som redan är anställda som skyddas, detta gäller såväl lagstiftning, som det fackliga tillvägagångssättet.³⁶ Lika villkor för alla passar alltså inte arbetsmarknaden, däremot regler om att lika ska behandlas lika. Samhälleliga legitimitetsaspekter kan på detta sätt påverka politiska ställningstaganden angående vad som är att betrakta som lika och därmed inte utgör grund för särbehandling.³⁷

I en ny doktorsavhandling på området urskiljer Jenny Julén Votinius tre normer inom den komplexa relationen av mönster på såväl rättslig som social nivå som ligger bakom arbetstagares föräldraskap. Den första, på vilken de svenska arbetsrättsliga reglerna numera bygger, är *föräldraskapsnormen*. Denna norm består av ett ideal om att föräldraskapet angår båda föräldrarna i samma mån samt att detta ska kunna förenas med arbetslivet. *Moderskapsnormen* däremot bygger på uppfattningen att barn och föräldraskap i första hand angår kvinnan. Slutligen finns *normen om begränsat omsorgsansvar*, i vilken arbetsgivarens marknadsorienterade intressen går före föräldraintresset, detta innebär att arbetstagares föräldraskap inte ska inverka på arbetet. Denna norm innebär även att den manliga arbetstagaren görs till måttstock och standard i arbetslivet.³⁸

Konflikten mellan arbete och privat-/familjeliv ökade dramatiskt under 1990-talet. Att detta blev ett problem som arbetsrätten skulle lösa innebar enligt Judy Fudge sammanbrottet av efterkrigstidens genuskontrakt.³⁹ Fudge menar att handlingsprogram för att lösa frågan om balans mellan arbetsliv och föräldraskap är en del av ett försök att driva fram ett nytt genuskontrakt, en ny samling normer som reglerar hur män och kvinnor fördelar sin tid. Men hon frågar sig om detta nya genuskontrakt, som består i en balans mellan arbete och privatliv och en flexibel arbetstidspolicy, i praktiken kommer att främja jämställdheten.⁴⁰

³⁵ Glavå 2001, s. 55ff.

³⁶ Christensen 1996, s. 548f.

³⁷ Numhauser-Henning 1997, s. 106.

³⁸ Votinius 2007, s. 29.

³⁹ Fudge 2005, s. 265. Hänvisningar till bland annat Yvonne Hirdmans teori om genuskontrakt. Ett genuskontrakt består av outtalade regler, ömsesidiga förpliktelser och rättigheter som definierar relationen mellan kvinnor och män. Genuskontrakt är normativa snarare än deskriptiva och de utvecklas genom historien och stöds av såväl välfärd, beskattningssystem och familjerätt som kulturella och religiösa praktiker. De är basen av hur kvinnor och män förhandlar om spänningen mellan reproduktivt och produktivt arbete och det påverkar hur kvinnor och män engagerar sig på arbetsmarknaden och hur de organiserar arbetet i hemmet.

⁴⁰ Fudge 2005, s. 261f.

3 Det arbetsrättsliga skyddet för föräldralediga - bakgrund och gällande rätt

3.1 EG-rätt

3.1.1 Inledning

Sverige är sedan 1995 medlem i EU och EG-rätten utgör därmed en del av den svenska lagstiftningen. Uppdelningen av detta kapitel i EG-rätt och svensk rätt är endast för överskådlighetens skull. Den nya versionen av missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen har sin grund i gemenskapsrätten och inledningsvis behandlas här den arbetsrättsliga regleringens utveckling inom det europeiska samarbetet. Utvecklingen av socialpolitiska frågor på EG-rättslig nivå, däribland arbetsrätten, kan beskrivas genom en indelning i olika faser.⁴¹ Från att det ursprungliga EG-fördraget trädde i kraft 1958 fram till idag kan perioder av varierande prioriteringar urskiljas.

1958-1972	en period av neoliberalism/fri rörlighet
1972-1980	en period av social handling.
1980-1986	en period av stagnering/kris.
1986-1992	en period av optimism, den sociala stadgan föds.
1992-1997	Maastricht, avtalet om socialpolitik utvecklas.
1997-2003	Amsterdamfördraget, gender mainstreaming.
2003-	Stadgan om de grundläggande rättigheterna.

Under den första perioden hände mycket lite på arbetsrättens område. De ursprungliga medlemsländerna var överens om att det fanns ett behov att förbättra arbetstagarnas arbetsvillkor och levnadsstandard, men den arbetsrättsliga regleringen betraktades främst som ett medel för att säkra den fria rörligheten och undgå konkurrenshinder. I början på 70-talet fick arbetsrätten emellertid en högre prioritet då stats- och regeringscheferna vid ett toppmöte uttalade att det sociala området var lika viktigt för EG som en ekonomisk och monetär union och under denna period antog man även ett socialt handlingsprogram.⁴² Utvecklingen på 70-talet kan ses som en parallell utveckling av välfärdsstaten och trygghetssystemen i Västeuropa över huvud taget och en social dimension av unionen ansågs nödvändig för att ta itu med de problem som uppstått i de negativa konsekvenserna av den ekonomiska integrationen. Under den här perioden antogs bland annat

⁴¹ Nyström 2002, s. 55 samt Nielsen & Szyszczak 1997, s. 17. Författarna har valt olika benämningar på perioderna men de följer i stort sett varandra fram till 1990-talet, därefter mina egna benämningar.

⁴² Nyström 2002, s. 55f.

direktivet om lika lön och jämlikhet mellan könen fick större betydelse. Under 80-talet stagnerade dock denna utveckling, mycket på grund av den konservativa Thatcher-regeringen i Storbritannien som lade in sitt veto på många kommissionsförslag på området.⁴³

När den europeiska enhetsakten trädde ikraft 1987 innehöll den bland annat en förenkling av EG:s beslutsregler och arbetsrättsliga regler gavs en högre prioritet genom de ökade riskerna för social dumpning som hade uppstått. Samtidigt innebar förändringarna av beslutsreglerna dels ett sätt att kringgå Storbritanniens veto dels grunden till senare framgångsrika antaganden av flera viktiga direktiv angående bland annat arbetstid, gravida och minderåriga arbetstagare.⁴⁴ Genom enhetsakten infördes en ny artikel som innebar en skyldighet för kommissionen att uppmuntra den sociala dialogen mellan arbetsmarknadens parter på europeisk nivå.⁴⁵ Den sociala dialogen är resultatet av dåvarande ordförande i kommissionen, Jacques Delors, engagemang och den s.k. Val Duchesse-processen. Denna dialog förs mellan representanter för arbetsmarknadens parter och kommissionens ordförande och har efterhand blivit mer formaliserad.⁴⁶

1989 fick den sociala dimensionen en starkare bas inom gemenskapen då alla stats- och regeringschefer, med undantag av Storbritanniens, antog *Gemenskapens stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter*, den så kallade sociala stadgan⁴⁷, även detta ursprungligen på initiativ av Jacques Delors. Dokumentet blev dock inte juridiskt bindande utan är närmast att betrakta som en politisk viljeförklaring med moraliska förpliktelser.⁴⁸ När unionsfördraget skulle genomföras i Maastricht kunde medlemsstaterna inte enas om att gå vidare med den sociala dimensionen. Elva av de tolv medlemsländerna kom dock överens om en fördjupad samverkan för att förverkliga den sociala stadgan och slöt istället ett särskilt avtal om socialpolitik. Ett flertal beslut kunde enligt avtalet tas med kvalificerad majoritet och avtalet föreskrev att samråd skulle ske med arbetsmarknadens parter innan kommissionen lade fram förslag på det sociala området. Parterna kunde även överta initiativet och själva reglera frågor genom avtal mellan sig. Avtalet om socialpolitik innebar att den sociala dialogen blev en allt mer central del inom den sociala dimensionen av gemenskapsrätten samt att flera viktiga frågor som länge varit på agendan nu blev reglerade, bland annat frågan om föräldraledighet, se vidare i avsnitt 3.1.3.2.⁴⁹

Inför Amsterdamfördraget 1997 var en viktig målsättning att avtalet om socialpolitik skulle ingå i det grundläggande fördraget och detta mål kunde tillslut uppnås efter ett regeringsskifte i Storbritannien.⁵⁰ En allmän

⁴³ Barnard 2006, s. 9f.

⁴⁴ Barnard 2006, s. 12.

⁴⁵ Nyström 2002, s.58.

⁴⁶ Nyström 2002, s. 78ff.

⁴⁷ The Community Charter of Fundamental Social Rights for Workers, COM (89)568.

⁴⁸ Nyström 2002, s.81.

⁴⁹ Nyström 2002, s. 58f.

⁵⁰ Nyström 2002, s. 59.

bestämmelse om samråd mellan arbetsmarknadens parter samt en skyldighet för kommissionen att samråda med parterna innan de lägger fram förslag på det socialpolitiska området inarbetades i EG-fördraget. Ingår parterna ett avtal på unionsnivå kan det vidare enligt fördraget leda till att rådet antar direktiv med en oförändrad avtalstext.⁵¹ Möjligheten att lagstifta på diskrimineringsområdet utökades även då rådet genom artikel 13 fick behörighet att vidta åtgärder angående fler diskrimineringsgrunder.⁵² En annan förändring i Amsterdamfördraget var införandet av *gender mainstreaming*, ett tillvägagångssätt som har förklarats av kommissionen på följande sätt: "Gender mainstreaming is the integration of the gender perspective into every stage of policy process – design, implementation, monitoring and evaluation – with a view to promoting equality between women and men. It means assessing how policies impact on the life and position of both women and men – and taking responsibility to re-address them if necessary"⁵³ Gender mainstreaming är fördragsfäst genom artikel 3 som föreskriver att unionen i all sin verksamhet ska ha som mål att eliminera ojämlikheter och främja jämställdhet mellan kvinnor och män.

Huvudsyftet med EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna, som proklamerades genom Nicefördraget 2003, är att samla alla de friheter, rättigheter och principer som redan erkänns av EU i ett lättöverskådligt dokument. Bland annat innehåller det en lång, men icke-uttömmande, lista på diskrimineringsgrunder⁵⁴. Det är meningen att stadgan ska bli rättsligt bindande genom att Lissabonfördraget träder ikraft.⁵⁵ Stadgan har dock redan citerats av ett antal advokater och generaladvokater i såväl EG-domstolen och Europadomstolen som i nationella domstolar och Barnard menar att dess största betydelse kan komma att bli som en motvikt mot den neoliberal utvecklingen som skett av fördraget. En påminnelse av unionens agenda inom det socialpolitiska området.⁵⁶

3.1.2 Skydd baserat på ett förbud mot könsdiskriminering

3.1.2.1 Inledning

Jämlikhet i allmänhet och jämställdhet i synnerhet har varit ett centralt område inom EG-rättens socialpolitik. Jämställdhet mellan könen, uttryckt i en likalöneprincip har, som vi har sett i förgående avsnitt, funnits med sedan

⁵¹ Artikel 138 och 139 i EG-fördraget.

⁵² Nyström 2002, s. 196f. År 2000 antogs genom denna kompetens dels ett direktiv mot rasdiskriminering inom alla områden som täcks av EG-rätten och dels ett generellt direktiv som förbjuder diskriminering inom arbetslivet på alla de grunder som täcks av artikel 13.

⁵³ Citerat från Barnard 2006, s. 304.

⁵⁴ Artikel 21 anger att "All diskriminering på grund av bland annat kön, ras, hudfärg, etniskt eller socialt ursprung, religion eller annan övertygelse, politisk eller annan åskådning, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning skall vara förbjuden".

⁵⁵ Fördraget träder ikraft 2009, förutsatt att samtliga medlemsländer då har ratificerat förslaget. Se Ds. 2007:48.

⁵⁶ Barnard 2006, s. 31f.

det ursprungliga EG-fördraget⁵⁷, jämlikhet på andra grunder är däremot en mycket yngre företeelse.⁵⁸ Ursprungligen var motivet för likalöneprincipen rent ekonomiskt. Frankrike, som insisterade på införandet av artikeln, var oroliga att deras lagstiftning om lika löner skulle orsaka nackdelar för dem på den gemensamma marknaden. Under 1970-talet förklarade EG-domstolen att syftet med artikel 141 var tvåfaldigt, förutom den ekonomiska avsikten hade den även ett socialt syfte. Den sociala dimensionen av jämställdhet gavs vidare en status som grundläggande princip inom gemenskapsrätten.⁵⁹

På EG-rättslig nivå har missgynnande som har samband med graviditet eller vård av barn traditionellt framförallt betraktats som könsdiskriminering och de regler som starkast har verkat till skydd för arbetstagares föräldraskap har följaktligen i första hand varit de som rör likabehandling av kvinnor och män. I Europa kopplas föräldraskapet i första hand samman med modern. Därutöver skyddas arbetstagare i detta avseende av regler som rör hälsoskydd och arbetsmiljö för kvinnor i samband med graviditet och barnafödande och slutligen finns, inte särskilt omfattande, regler om föräldraledighet, som även omfattar manliga arbetstagare.

3.1.2.2 Likabehandlingsdirektivet

1976 gavs den redan rådande likabehandlingsprincipen direktivstatus genom införandet av likabehandlingsdirektivet.⁶⁰ I ingressen till direktivet angavs att ”likabehandling av kvinnliga och manliga arbetstagare utgör ett av gemenskapens mål”. Likabehandlingsprincipen innebär att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt och direktivets tillämpningsområde är tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning, arbetsvillkor och, i viss mån, social trygghet. Direktivet har genom gått förändringar i två omgångar och dessa förändringar kommer att behandlas längre fram i uppsatsen.⁶¹ Direktivet har haft stor betydelse för utvecklingen av rättspraxis angående framförallt diskriminering på grund av graviditet. Förbudet mot diskriminering av arbetstagare och arbetssökande som är gravida är ett förbud mot direkt diskriminering på grund av kvinnlig könstillhörighet. Det starka skydd som kvinnor därmed åtnjuter under graviditeten ska enligt EG-domstolens rättspraxis även bestå under mammaledigheten. Detta skydd formuleras för första gången i *Dekker*.⁶² Arbetsgivaren beslutade i fallet att inte anställa en arbetssökande med anledning av att hon var gravid, trots att hon var den mest kvalificerade sökande. Eftersom hon var gravid redan innan hon sökte

⁵⁷ Art 141, ursprungligen art 119.

⁵⁸ Barnard 2006, s. 297.

⁵⁹ Barnard 2006, s. 299. I *Defrenne* Mål C-43/75.

⁶⁰ 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.

⁶¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG respektive Europaparlamentet och rådets direktiv 2006/54/EG om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning).

⁶² Mål C-177/88 *Dekker*.

tjänsten skulle arbetsgivarens försäkring nämligen inte täcka den ersättning arbetsgivaren var skyldig att betala henne under mammaledigheten och arbetsgivaren skulle till följd av detta inte ha råd att anställa en vikarie. Domstolen slog för första gången fast att nekande av anställning på grund av graviditet utgör direkt könsdiskriminering. Detta gällde även fast de andra sökande också var kvinnor. Det faktum att det endast är kvinnor som kan vara gravida gör att en jämförelse med en person av motsatt kön inte är nödvändig. Ett beslut att inte anställa en gravid kvinna kan vidare inte berättigas med hänvisning till vilka eventuella ekonomiska förluster en arbetsgivare kan komma att göra på grund av anställningen.

Rättsutvecklingen fortsatte med *Webb*⁶³ där en kvinna anställdes för att ersätta en annan arbetstagare som skulle vara mammaledig. Strax efter att anställningen påbörjades berättade hon för arbetsgivaren att hon var gravid. Arbetsgivaren sa då upp henne och hänvisade till att hon skulle vara otillgänglig för arbete under den tid hon behövdes på arbetsplatsen. Domstolen avvisade arbetsgivarens argument och menade att en uppsägning av en gravid kvinna inte kan rättfärdigas med ett påstående om att hon inte kan uppfylla ett grundläggande villkor i anställningskontraktet. Även om det för arbetsgivaren med nödvändighet utgör ett väsentligt villkor att arbetstagaren står till förfogande kan det skydd som garanteras en kvinna under graviditeten och efter nedkomsten inte anses vara beroende ens av om kvinnans närvaro under mammaledigheten är oundgänglig för driften av företaget. Domstolen menade att en motsatt tolkning av likabehandlingsdirektivet skulle göra bestämmelserna verkningslösa. I domen betonades att *Webb* var anställd på en tillsvidareanställning, detta har utvecklats i senare rättspraxis och rättsläget förändras inte av det faktum att anställningen är för viss tid. I *Tele Danmark*⁶⁴ anställdes en kvinna på en sex månaders visstidsanställning. Efter en månad berättade hon att hon var gravid och en kort tid därefter blev hon uppsagd på den grund att hon vid anställningsintervjun inte hade berättat om graviditeten. Domstolen hänvisade till sina tidigare domslut där uppsägningar av gravida kvinnor förklarats strida mot likabehandlingsdirektivet. Vidare underströks att det är mot bakgrund av de risker en eventuell uppsägning medför för det fysiska och psykiska tillståndet hos arbetstagare som är gravida eller nyligen har fött, inklusive den särskilt allvarliga risken för att de ska påverkas att frivilligt avbryta graviditeten, som man i mödravårdsdirektivet⁶⁵ infört det särskilda skyddet för dessa kvinnor. Ett skydd som innebär förbud mot uppsägning under tiden från början av graviditeten och fram till mammaledighetens slut. En sådan tolkning av likabehandlingsdirektivet som gjordes i *Webb* kan alltså inte ändras på grund av den omständigheten att anställningen ingicks för begränsad tid. En annan slutsats som kan dras av rättsfallet är att en arbetssökande kvinna inte har någon skyldighet att informera arbetsgivaren om sin graviditet, inte ens om hon vet att hon inte kommer att kunna arbeta under en väsentlig del av visstidsanställningen.

⁶³ Mål C-32/93 *Webb*.

⁶⁴ Mål C-109/00 *Tele Danmark*.

⁶⁵ Dir. 92/85EEG, se vidare i nästa avsnitt.

Nyström befarar att domstolens dom i *Tele Danmark* kan ge upphov till en utveckling där arbetsgivare undviker att anställa kvinnor i fertil ålder på tidsbegränsade anställningar. Hon menar att det kan finnas en risk att EG-domstolen i detta domslut fört likabehandlingsprincipen så långt att balansen mellan arbetsgivarens ekonomiska verksamhetsintresse och den gravida kvinnans rättigheter rubbats.⁶⁶

3.1.2.3 Mödravårdsdirektivet

Mödravårdsdirektivet⁶⁷ som redan aktualiserats i samband med *Tele Danmark* ovan, infördes 1992. Direktivet föreskriver att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att arbetstagare som nyligen fött barn är berättigade till sammanhängande barnledighet under minst 14 veckor under tiden före eller efter förlossningen. Av denna ledighet ska minst två veckor under tiden före eller efter förlossningen vara obligatoriska och för att garantera att arbetstagarna ska kunna utnyttja rätten till barnledighet föreskrivs bibehållen lön eller rätt till skälig ersättning.⁶⁸ Mödravårdsdirektivet innehåller även ett förbud mot uppsägning under perioden från början av graviditeten till slutet av barnledigheten. Uppsägning får dock ske i undantagsfall av skäl som inte sammanhänger med arbetstagarens graviditet. Förbudet mot uppsägning är tillämpligt på såväl tillsvidareavtal som avtal om visstidsanställning. Däremot är en underlåtenhet att förnya ett visstidsavtal när det löpt ut inte förbjudet enligt direktivet, detta skulle dock utgöra direkt diskriminering enligt likabehandlingsdirektivet om underlåtenheten beror på graviditeten.⁶⁹

I preambeln till mödravårdsdirektivet utpekade gravida kvinnor som en särskilt utsatt riskgrupp i behov av skydd med hänsyn till deras särskilda känslighet och i rättspraxis har syftet med direktivet uttalats vara att ”säkerställa dels skyddet av mammans fysiska tillstånd, dels skyddet av det särskilda förhållandet mellan modern och barnet under den tid som följer efter graviditeten och nedkomsten för att förhindra att förhållandet störs genom den ökade belastning som ett samtidigt utövande av en yrkesverksamhet innebär”.⁷⁰ Ellis påtalar olämpligheten i att gravida och nyförlösta kvinnor på detta sätt jämföras med sjuka arbetstagare och menar att det inte bara är nedlåtande utan även riskerar att få kvinnor att verka svagare än män och därmed legitimera en särbehandling.⁷¹

EG-domstolen har i såväl *Thibault*⁷² som *Gillespie*⁷³ gjort uttalanden som tyder på att även missgynnande av *mammalediga* arbetstagare faller under förbudet mot diskriminering på grund av kön. Det är dock viktigt att konstatera att det inte fanns något direktiv som ur en mer socialpolitisk

⁶⁶ Nyström 2002, s. 231.

⁶⁷ Rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar

⁶⁸ Art. 8 och 11, skälig ersättning får inte vara lägre än sjuklön.

⁶⁹ Nyström 2002, s. 322f.

⁷⁰ Från domskälen i mål C-519/03 *Kommissionen mot Luxemburg*

⁷¹ Ellis 2005, s. 241.

⁷² C-139/95 *Thibault*.

⁷³ C-342/93 *Gillespie*.

synvinkel reglerade föräldraledighetsfrågan inom EU när dessa mål anhängiggjordes, vilket det numera gör genom föräldraledighetsdirektivet.⁷⁴ I *Thibault* var frågan om en mammaledig arbetstagare som förlorat rätten att bli betygsatt under sin föräldraledighet, och därmed möjligheten att bli befördrad, hade utsatts för en ofördelaktig behandling. Domstolen fann att hon hade blivit diskriminerad på grund av sin graviditet och mammaledighet och detta utgjorde direkt könsdiskriminering i likabehandlingsdirektivets mening.

3.1.3 Skydd i egenskap av förälder

3.1.3.1 Inledning

EG-rättens inställning till lagstiftning och förändringar inom området familj och arbete kan beskrivas genom tre inriktningar. Den första linjen, som redogjorts för i föregående avsnitt, relaterar till graviditet, förlossningen och moderskap, den andra linjen, som fokus delvis har flyttats till under senare tid, rör strävanden att förena arbete och familjeliv medan den tredje – och minst utvecklade – linjen omfattar försörjning av barn och till viss del, andra familjemedlemmar.⁷⁵ Barnard menar att EG-rättens strategi när det gäller frågor som rör just balansen mellan arbete och familjeliv har genomgått en dramatisk utveckling och under de senaste tjugo åren har EG-domstolen genom sin rättspraxis förflyttat sitt synsätt en ganska lång väg från det traditionella synsättet med en manlig försörjare och en kvinnlig omhändertagare.⁷⁶ Unionens nya perspektiv uttrycks exempelvis i en resolution från 2000 genom uttalandet att millennieskiftet är en symbolisk tidpunkt för skapandet av ett nytt genuskontrakt där reell jämställdhet mellan kvinnor och män såväl privat som offentligt blir socialt accepterat som en förutsättning för demokrati och att detta synsätt ska reflekteras i alla policybeslut inom unionen.⁷⁷

Barnards positiva analys av EG-rätten och EG-domstolens utveckling på detta området står dock inte oemotsagd. McGlynn menar exempelvis att även om EU har erkänt behovet av att lösa konflikten när det gäller just arbete och familjeliv för både kvinnor och män, bygger lagar och riktlinjer inom unionen i realiteten fortfarande på en traditionell könsuppdelning av ansvaret för familj respektive arbete. De grundläggande förändringarna som krävs angående hur tiden och ansvaret ska fördelas har ännu inte inträffat och det kommer de heller inte att göra förrän även EG-domstolen intar en mer progressiv, könsneutral inställning till föräldraskapet.⁷⁸

Historiskt sett så har arbetsrättsliga frågor som har samband med föräldraledighet, varit en angelägenhet för de enskilda medlemsländerna. På det socialpolitiska området var det ursprungligen endast angående lika lön

⁷⁴ Ds. 2002:56, s.462.

⁷⁵ Barnard 2006, s. 445f.

⁷⁶ Barnard 2006, s. 487 och 460.

⁷⁷ Barnard 2006, s. 461. Från resolution OJ [2000] C218/5

⁷⁸ McGlynn 2005, s. 217f.

för kvinnor och män som gemenskapen hade lagstiftningskompetens. Men den ökade rörligheten över gränserna och den inre marknadens genomförande ledde till att behovet av att harmonisera och skapa enhetliga lösningar även i dessa frågor ökade. Likalöneprincipen gav under 1970-talet upphov till tre viktiga direktiv om likabehandling angående lön, likabehandling respektive socialförsäkringar.⁷⁹ 1983 lades ett första förslag till direktiv om föräldraledighet och ledighet på grund av familjeskäl fram, förslaget mötte dock hårt motstånd.⁸⁰ 1992 antogs istället ett direktiv på arbetsmiljöområdet som gav gravida och ammande kvinnor ett särskilt arbetsmiljöskydd, det så kallade mödravårdsdirektivet som har behandlats ovan.

3.1.3.2 Föräldraledighetsdirektivet

Efter motståndet mot förslaget om ett direktiv om föräldraledighet och en oenighet mellan medlemsländerna huruvida ett direktiv var nödvändigt, överlämnades frågan till arbetsmarknadsparternas förhandlingar.⁸¹ När slutligen ett ramavtal kunde slutas i frågan 1995 var detta det första avtalet som kom till stånd mellan arbetsmarknadsparterna på europeisk nivå enligt avtalet om socialpolitik från Maastricht från 1991. Avtalet fastställdes senare genom ett direktiv från rådet.⁸² Detta var en historisk seger för den sociala dialogen och visade att samarbetet kunde ge resultat. Ramavtalet gäller alla arbetstagare som har ett anställningsförhållande enligt medlemsstatens definition och dess huvudsakliga syfte är att underlätta för föräldrar som arbetar att förena detta med familjelivet. Avtalet ger även uttryck åt ytterligare ett syfte som innebär en strävan för att stärka lika möjligheter för kvinnor och män. Det sistnämnda uttrycks bland annat genom att rätten till ledighet enligt avtalet är individuell och ”i princip bör beviljas på så sätt att den inte kan överlåtas”.⁸³ Av de allmänna övervägandena, som inleder direktivet, framgår bland annat att familjepolitiken bör ses i förhållande till de demografiska förändringarna, effekten av att befolkningen åldras och främjandet av kvinnors deltagande i arbetslivet. Det understryks att det handlar om *föräldraledighet* och inte mammaledighet och vidare att männen bör uppmuntras att ta sin del av ansvaret för familjen och uppmuntras till att utnyttja föräldraledigheten.⁸⁴

Avtalet består av minimiregler och enligt dem har arbetstagare rätt till tre månaders ledighet som får tas ut fram till dess barnet fyller åtta år. Direktivet lämnar dock många frågor att lösas av medlemsstaterna, till exempel om ledigheten ska beviljas för heltid eller deltid, om det ska krävas någon kvalifikationstid för rätten att utnyttja sin rätt och hur långt i förväg

⁷⁹ Direktiv 75/117 om lika lön, direktiv 76/207 om likabehandling ifråga om anställning och anställningsvillkor och direktiv 79/7 om lagreglerade socialförsäkringar.

⁸⁰ Nyström 2002, s. 239.

⁸¹ De förhandlande parterna var ETUC- european trade union confederation, CEEP- europeiska centrumet för offentliga företag och UNICE- samarbetsorganisationen för europeiska arbetsgivarföreningar och industriförbund.

⁸² Nyström 2002, s. 239f.

⁸³ Nyström 2002, s. 240. § 2.1 och 2.2 i avtalet.

⁸⁴ Föräldraledighetsdirektivet. Allmänna överväganden p.7-9. Som exempel på hur männen ska uppmuntras anges program för att göra dem medvetna.

som arbetstagaren måste meddela arbetsgivaren om ledigheten. De, ur denna uppsats perspektiv, mest relevanta reglerna gäller reglerna om anställningsskydd. Föräldralediga arbetstagare skyddas mot uppsägning och ska, vid ledighetens slut, ha rätt att återgå till samma, likvärdigt eller likartat arbete. Alla rättigheter som arbetstagaren förvärvat innan, eller står i begrepp att förvärva när ledigheten börjar, ska enligt direktivet bevaras oförändrade till och med ledighetens slut. Direktivet föranledde inga ändringar i den svenska föräldraledighetslagen då de svenska reglerna redan var mer förmånliga än direktivets.⁸⁵

En arbetstagare som är föräldraledig befinner sig, bland annat enligt EG-domstolens domskäl i *Gillespie*, i en särskild situation och kan inte likställas med vare sig den situation som en man eller kvinna som utför arbete befinner sig i.⁸⁶ Denna särskilda situation förutsätter även att de ges ett särskilt skydd. Det är dock inte helt korrekt att påstå att skyddet tillkommer arbetstagarna i enligt föräldraledighetsdirektivet, snarare är det fortfarande i huvudsak i egenskap av kvinna som utnyttjar sin rätt till ledighet som en arbetstagare kan åtnjuta skydd enligt gemenskapsrätten. Gemenskapsrätten uttrycker, som redogjorts för i förgående avsnitt, ett uttalat skydd för kvinnor under graviditeten och under den obligatoriska mammaledigheten. Det är just mammaledigheten som varit i fokus för de mål där EG-domstolen har haft att pröva föräldrars rättigheter under föräldraledighetsfasen. Merparten av målen har avgjorts med stöd av de äldre direktiven likabehandlingsdirektivet och direktivet om lika lön.

I *Kommissionen mot Italien*⁸⁷ menade kommissionen att italiensk lagstiftning bröt mot likabehandlingsprincipen när kvinnor var skyldiga att ta tre månaders ledighet med anledning av adoption, medan någon motsvarande bestämmelse inte fanns för män. Kommissionen ansåg att det var direkt diskriminerande mot män att inte ge dem någon rätt till ledighet. EG-domstolen menade dock att den italienska lagstiftningen var motiverad av en legitim oro och utgångspunkten var att det normalt var modern som hade ansvaret under den ömtåliga inledande tiden. Lundström menar att domstolen på detta sätt bryter mot sin egen tolkningsprincip, det vill säga att undantag från grundläggande principer såsom likabehandlingsprincipen ska tolkas restriktivt, och gör här en extensiv tolkning. Särbehandling som beror på moderskap förefaller således enligt domstolen inte innebära någon olaglig diskriminering.⁸⁸ I fallet *Hofmann*⁸⁹ gav tysk lagstiftning endast kvinnor rätt till en fyra månader lång frivillig ledighet, som följde efter den åtta veckor långa obligatoriska ledigheten i samband med ett barns födelse. Hofmann menade att ledigheten var ämnad för barnomsorg och därmed borde vara tillgänglig både för mamman och pappan. EG-domstolen uttalade att det inte var EG-rättens uppgift att besvara frågor om familjens organisering eller att förändra fördelningen av ansvaret mellan föräldrarna.

⁸⁵ Prop. 1997/98:81, s. 12. Se vidare om de svenska reglerna i avsnitt 3.2.3.

⁸⁶ Se domskäl i målen C-342/93 *Gillespie* p. 17.

⁸⁷ Mål C-163/82 *Kommissionen mot Italien*.

⁸⁸ Lundström 1999, s. 2456

⁸⁹ Mål C-184/83 *Hofmann*.

Man legitimerar vidare syftet att skydda det speciella förhållandet mellan mor och barn. McGlynn analyserar domen på det sätt att domstolen anser sig stå utanför könsuppdelningen av hemarbetet och frikänner sig allt ansvar för detta. Samtidigt, genom att ta det beslut de tar, så legitimerar man istället effektivt att ingen utveckling på området sker.⁹⁰

EG-domstolens uttalanden i *Hofmann* kritiserades av många och när domslutet i *Kommissionen mot Frankrike*⁹¹ kom ett par år senare anades en förändring i domstolens synsätt. Domstolen underkände en rad rättigheter som tillkom franska kvinnor, bland annat ledigt på mors dag och rätt till extra semesterdagar för varje barn, och menade att det bröt mot principen om lika behandling. Eftersom rättigheterna tillkom kvinnor i deras egenskap av att vara förälder, en grupp som både män och kvinnor tillhör, var det fel att tillerkänna enbart kvinnor sådana rättigheter. Domstolens förändrade inställning höll dock inte i sig och i senare domslut upprepar den sin uppfattning om kvinnors unika position och behov av att skyddas.⁹²

Det första fallet avseende föräldraledighetsdirektivet att tas upp till prövning av EG-domstolen var *Lewen*.⁹³ Domstolen slog här fast att en julbonus inte var en rättighet som skulle skyddas av direktivet. Däremot fick Lewen delvis kompensation med principen om lika lön som grund. Domstolen menade att då det är mycket vanligare att kvinnliga arbetstagare är föräldralediga drabbas de sannolikt oftare av en utebliven julbonus, det vill säga att utesluta dem från denna form av bonus innebar indirekt diskriminering. McGlynn tolkar domslutet så att domstolen endast erkänner eventuella nackdelar av omsorgsansvaret som ett problem relaterat till likabehandling på grund av kön, inte inom föräldradirektivets område, och genom att göra detta omfattas endast kvinnor.⁹⁴

3.1.3.3 Ändringar i likabehandlingsdirektivet

Ett huvudsyfte bakom de ändringar som genomfördes i likabehandlingsdirektivet 2002 var att EG-domstolens relativt omfattande rättspraxis angående tillämpningen skulle införlivas i lagtexten. I skälen angas exempelvis att domstolen konsekvent hade erkänt att det med tanke på principen om likabehandling var legitimt att skydda kvinnans fysiska tillstånd under och efter en graviditet. Samt vidare att domstolen lika konsekvent hade slagit fast att en ogynnsam behandling av kvinnor, som var relaterad till graviditet eller moderskap, utgjorde direkt diskriminering på grund av kön.

I direktivets nya artikel 2.7 föreskrivs därför att en kvinna som varit mammaledig ska ha rätt att efter ledighetens slut återgå till sitt arbete, eller ett likvärdigt arbete, på villkor som inte är mindre gynnsamma för henne,

⁹⁰ McGlynn 2005, s. 230.

⁹¹ Mål C-312/86 *Kommissionen mot Frankrike*.

⁹² McGlynn 2005, s. 231f. Hänvisning till domslut i bland annat mål C-218/98 *Abdoulaye*.

⁹³ Mål C-333/97 *Lewen*.

⁹⁴ McGlynn 2005, s. 233.

samt att hon ska komma i åtnjutande av de förbättringar av arbetsvillkoren som hon skulle haft rätt till om hon inte varit borta. I skälen till direktivet betonas att det är medlemsstaternas uppgift att avgöra huruvida de ska bevilja manliga arbetstagare en individuell och icke överförbar rätt till pappaledighet med bibehållande av de rättigheter som är förenade med anställningen. Medlemsländer som erkänner en sådan särskild rätt till pappaledighet ska i dessa fall vidta nödvändiga åtgärder för att skydda manliga arbetstagare mot uppsägning och avskedande för att de utnyttjar denna rätt. Pappalediga arbetstagare ska vidare efter ledighetens slut ha samma rättigheter som kvinnliga arbetstagare har enligt direktivet. Det är mot bakgrund av framförallt artikel 2.7 samt direktivets bakomliggande skäl som förändringarna i den svenska föräldraledighetslagen ska ses.

Likabehandlingsdirektivet har genomgått ytterligare en förändring 2006 då avsikten var att av tydlighetsskäl samla de viktigaste bestämmelserna på området tillsammans med vissa konsekvenser av EG-domstolens rättspraxis i ett och samma dokument.⁹⁵ I direktivet har *gender mainstreaming* kommit till direkt uttryck och på svenska översatts till *jämställdhetsintegrering*. Direktivet ska enligt de allmänna skälen inte påverka varken mödravårds- eller föräldraledighetsdirektivet och, vad gäller de bestämmelser som beskrivits ovan ligga till grund för den svenska lagstiftningsåtgärden, finns direkta motsvarigheter i artiklarna 15 och 16 som reglerar återgång till arbete efter moderskapsledighet respektive medlemsstaternas rätt att erkänna särskild faderskapsledighet.

3.2 Svensk rätt

3.2.1 Inledning

Inledningsvis kan konstateras att Sverige, i ett internationellt perspektiv, har ett välförtjänt rykte om att erbjuda föräldrar en fördelaktig småbarnstid. De viktigaste komponenterna är tillgången till en offentligt subventionerad barnomsorg och ersättningen från föräldraförsäkringen. Den svenska föräldraförsäkringen var när den introducerades 1974 den första i världen som gav anställda föräldrar rätt till sex månaders ledighet med betalning motsvarande 90 procent av tidigare inkomst. Försäkrade föräldrar har idag rätt till föräldrapenningsförmåner enligt kapitel 4 lag (1962:381) om allmän försäkring. Föräldrarna till ett barn som är bosatt i Sverige får, med anledning av barnets födelse, föräldrapenning under högst 480 dagar, fördelat mellan dem. När föräldrarna har gemensam vårdnad har de rätt till vardera hälften av dessa dagar, om en förälder har ensam vårdnad har han eller hon dock rätt till hela perioden. En förälder kan avstå sin rätt till förmån för den andra föräldern med undantag för 60 dagar för varje barn, ett sådant avstående kräver en skriftlig anmälan till försäkringskassan.

⁹⁵ Europaparlamentet och rådets direktiv 2006/54/EG. De direktiv som omfattas är, förutom likabehandlingsdirektivet, direktiv 86/378 om likabehandling av kvinnor och män i frågor om företags eller yrkesbaserade system för social trygghet, likalönedirektivet 75/117/EG samt bevisbördedirektivet 97/80/EG.

Föräldrapenningen kan längst utges till dess barnet har fyllt åtta år eller till den senare tidpunkt då barnet har avslutat sitt första skolår.

För de första 180 dagarna utges föräldrapenningen med ett belopp motsvarande föräldrarnas sjukpenning, dock alltid lägst 180 kr/dag (grundnivå), om föräldern varit försäkrad minst 240 dagar i följd före barnets födelse. Utöver detta utges föräldrapenning för ytterligare 180 dagar på sjukpenningnivå dock lägst grundnivå och de resterande 90 dagarna utges endast föräldrapenning på lägstanivå, vilket också är 180kr/dag. Föräldrapenningen kan tas ut för hel dag, tre fjärdedels dag, halv dag, en fjärdedels dag eller en åttondels dag. Man kan bara ta ut föräldrapenning för den tid man vårdar barnet och man kan inte arbeta samtidigt. Två föräldrar kan vidare inte vara lediga med föräldrapenning samtidigt för samma barn. Ett undantag från denna regel är de tio dagar som kan tas ut av pappan eller barnets andra förälder i samband med barnets födsel. Slutligen har föräldrar rätt till tillfällig föräldrapenning för dagar då de behöver stanna hemma från arbetet med sjukt barn som inte fyllt tolv år och för denna tid har alltså arbetstagare rätt att vara ledig från arbetet.

Utöver ersättningen från den allmänna föräldraförsäkringen finns det många kollektivavtal som erbjuder en löneutfyllnad, det vill säga att de helt eller delvis täcker inkomstbortfall vid bland annat föräldraledighet. Laura Carlson har i ett avsnitt av sin avhandling gjort en kvalitativ studie där hon undersökt vissa kollektivavtal på den svenska arbetsmarknaden i detta avseende. Hon har upptäckt två mönster. Dels har vissa sektorer varit mer aktiva än andra i arbetet med att neutralisera löneförlusterna och det gäller speciellt sektorer med högre grad kvinnliga arbetstagare.⁹⁶ Dels finns det en tendens att erbjuda en högre kompensation i relation till högre positioner på arbetsmarknaden och mindre inom traditionella industriarbetarsektorer.⁹⁷

3.2.2 Skydd baserat på ett förbud mot könsdiskriminering

I Sverige finner vi regler om förbud mot könsdiskriminering i jämställdhetslagen. Det finns inga regler om anställningsskydd kopplat till föräldralediga i jämställdhetslagen, däremot finns en regel om aktiva åtgärder som säger att en arbetsgivare ska underlätta för sina arbetstagare att förena förvärvsarbete och föräldraskap. Bakgrunden till bestämmelsen är enligt förarbetena uppfattningen att en väl utbyggd föräldraförsäkring och en rätt för båda föräldrarna att vara lediga från arbetet för vård av barn är en viktig förutsättning för kvinnors höga förvärvsfrekvens. Regelns innebörd kan beskrivas som en skyldighet för arbetsgivaren att rikta ökad uppmärksamhet mot sådana faktorer i arbetslivet som kan försvåra möjligheterna att samtidigt ta ansvar för hem och barn. Om till exempel arbetsorganisationen, den långsiktiga arbetsfördelningen och arbetstiderna ses över kan möjligheter uppstå som underlättar kombinationen av

⁹⁶ Carlson 2007, s. 213.

⁹⁷ Carlson 2007, s. 207.

förvärvsarbete och föräldraskap.⁹⁸ Bestämmelsen är lagtekniskt inordnad under regleringen rörande aktiva åtgärder och är av ramlagskaraktär. Jämställdhetslagen ställer krav på arbetsgivare med fler än 10 anställda att varje år utarbeta en jämställdhetsplan där eventuella problem och åtgärder inom olika områden, däribland föräldraskap, ska behandlas. JämO kan ansöka om föreläggande om vite hos jämställdhetsnämnden för att genomdriva åtgärder. Några andra sanktioner är inte kopplade till bestämmelsen.

Diskrimineringsbegreppet i jämställdhetslagen hämtar väsentligen sitt innehåll från EG-rätten.⁹⁹ En följd av jämställdhetslagens anknytning till EG-rättens likabehandlingsdirektiv samt dess rättspraxis är att lagens diskrimineringsförbud omfattar diskriminering mot gravida. Svenska kvinnliga arbetstagare har alltså fått ett betydligt starkare och mer uttalat anställningsskydd än vad de hade innan Sveriges medlemskap i EU 1995. Det EG-rättsliga förbudet mot graviditetsdiskriminering berördes dock inte i de svenska rättskällorna förrän i förarbetena till 2001 års ändringar i jämställdhetslagen.¹⁰⁰ Rättsläget har bekräftats i arbetsdomstolens rättspraxis genom *AD 2002 nr. 45*.

I rättsfallet från 2002 sökte fem kvinnor samma anställning som barnmorska vid en vårdcentral, en av kvinnorna var gravid. Sedan en av de icke-gravida kvinnorna erhållit anställningen uppkom en tvist i fråga om det hade förekommit en otillåten könsdiskriminering. Eftersom det enligt jämställdhetslagens dåvarande könsdiskrimineringsförbud krävdes en jämförelseperson av motsatt kön åberopade JämO, som förde arbetstagarens talan, i första hand EG-rätten och likabehandlingsdirektivet som grund för sin talan. Domstolen slog fast att likabehandlingsdirektivet hade direkt effekt och alltså var tillämpligt i tvisten. Domstolen fann vidare att det fanns en klart urskiljbar skillnad mellan den gravida kvinnan och kvinnan som anställdes där den förstnämnde hade bättre sakliga förutsättningar och meriter för jobbet. Händelseförloppet i övrigt gav enligt domstolen intrycket att arbetsgivaren hade undvikit att anställa den gravida kvinnan och därmed kunde det göras antagligt att tillsättningen av tjänsten berodde på att den ena kvinnan var gravid, även om detta inte kunde fastställas med säkerhet. Arbetsdomstolen ansåg att arbetsgivaren gjort sig skyldig till könsdiskriminering då de förbigick den gravida kvinnan och dömde ut allmänt skadestånd till kvinnan.

Av EG-domstolens uttalanden i *Tele Danmark* följer att arbetssökande i en intervjusituation inte är skyldig att svara på frågor om man är gravid eller planerar att bli gravid. Även om man medvetet underlåter att upplysa en arbetsgivare om en graviditet vid en intervjusituation finns det ingen rätt för arbetsgivaren att säga upp arbetstagaren. Arbetsgivaren tillåts inte heller att ta med sådana beräkningar i bedömningen av en arbetssökande.

⁹⁸ Prop. 1990/91:113, s. 100f.

⁹⁹ Prop. 2005/06:185, s. 35.

¹⁰⁰ Votinius 2007, s. 314.

De svenska arbetsrättsliga regler som gäller särskilt för gravida återfinns, förutom i föräldraledighetslagen som jag återkommer till, vidare i arbetsmiljölagen¹⁰¹. Dessa regler syftar först och främst till att göra arbetsuppgifterna säkra ur arbetsmiljösynpunkt, samt att tillgodose behovet av rätt till ledighet framförallt i anslutning till förlossningen. Avseende den skyddslagstiftning som införts i svensk rätt genom det EG-rättsliga mödravårdsdirektivet, inklusive kravet på obligatorisk mammaledighet, menar Eklund att det skett en tillbakagång i det tankesätt om jämställdhet som tidigt förordades i Sverige. När direktivet implementerades i svensk rätt tvingades vi in i tankesättet som härskat i övriga Europa där skyddsaspekten är viktigare än rättighetsbaserade ledighetsregler.¹⁰²

3.2.3 Skydd i egenskap av förälder

Det är i huvudsak reglerna i föräldraledighetslagen som reglerar relationen mellan arbetsgivare och arbetstagaren i frågor som gäller rätt till, och skydd i samband med, föräldraledighet. I Sverige har arbetstagare genom denna lagstiftning kommit i åtnjutande av ett specifikt skydd i egenskap av föräldrar tidigare än inom gemenskapsrätten. Nuvarande föräldraledighetslag är från 1995, men det är mest en lagteknisk och språklig behandling av en lag från 1976 då inga egentliga förändringar har skett däremellan i sak, förutom en viss anpassning till mödravårdsdirektivet. Ända sedan 1939 har det funnits lagar som reglerat anställningsskydd i form av skydd mot avsked eller uppsägning i samband med graviditet eller förlossning.¹⁰³

I föräldraledighetslagen regleras arbetstagares rätt till ledighet från arbetet med anledning av vård av barn. Rätt till hel ledighet gäller fram till dess barnet är 18 månader, oavsett om föräldern tar ut föräldrapenning eller inte. Därutöver har föräldrar rätt till ledighet för den tid de erhåller föräldrapenning. Anmälan ska ske minst två månader före ledigheten förutom när det gäller tillfällig föräldrapenning. Arbetstagaren och arbetsgivaren ska samråda angående planeringen av ledighetens förläggning. Om det kan göras utan olägenhet för arbetstagaren ska ledigheten förläggas så att verksamheten hos arbetsgivaren kan fortgå utan påtaglig störning. Om man inte kan komma överens om hur ledigheten ska tas ut vid förkortad arbetstid så är det som huvudregel arbetstagarens önskemål som styr. Undantaget gäller om det medför en påtaglig störning i arbetsgivarens verksamhet. Arbetstagaren har rätt att avbryta ledigheten och återgå i arbete i samma omfattning som tidigare. Om ledigheten skulle var planerad till minst en månad får arbetsgivaren vänta högst en månad med att låta

¹⁰¹ Arbetsmiljölagen (1977:1166).

¹⁰² Eklund 2000, s. 78f.

¹⁰³ Se lag (1939:171) om förbud mot arbetstagares avskedande i anledning av trolovning eller äktenskap m.m., lag (1945:844) om förbud mot uppsägning eller avskedande av arbetstagare med anledning av äktenskap eller havandeskap m.m., lag (1976:280) om rätt till föräldraledighet, lag 1978:410 om rätt till ledighet för vård av barn m.m. samt nuvarande Föräldraledighetslag (1995:584).

arbetstagaren komma tillbaka. Föräldraledighetslagen är i huvudsak tvingande till arbetstagarens förmån.

Redan i lagförarbeten 1978, angående förslaget till en utvidgad rätt till föräldraledighet, diskuterades arbetsfördelningen i hemmet. Då var det dock inte lika mycket fokus på jämställdhet utan det huvudsakliga problemet var att båda föräldrarna arbetade mycket. Arbetsgruppen, som lade fram ett förslag om en lagstadgad rätt till förkortning av arbetstiden, konstaterade att den totala arbetstiden hos föräldrarna ofta medför allvarliga problem. Föräldrarna hinner och orkar inte ägna sig åt barnen i önskvärd omfattning. Dessutom innebär det längre vistelsetider inom barnomsorgen. I samhällsdebatten diskuterades på 1970-talet möjligheten att införa generell arbetstidsförkortning och i "avvaktan" på en sådan ansåg lagstiftaren det "angeläget att tillgodose barnfamiljernas dokumenterade behov av ytterligare rätt till ledighet".¹⁰⁴ Samtidigt pågick vid denna tid ett stort familjepolitiskt reformarbete, stödet för barnfamiljerna skulle utformas så att det främjade valfrihet och jämställdhet. Barnomsorgen skulle byggas ut, barnbidrag och bostadsbidrag förbättras, föräldraförsäkringen och föräldrapenningen byggas ut och förbättras samt kompletteras med möjlighet till vårdnadsbidrag.¹⁰⁵ Vidare menade man att en rätt att gå ned i arbetstid kunde medverka till att även papporna anpassade sin arbetstid så att de fick tid att umgås med sina barn. Det skulle kunna öka förutsättningarna för föräldrar att verkligen dela på ansvaret för hem och barn, vilket skulle vara väsentligt för barnen.¹⁰⁶ Idag gäller enligt 7 § föräldraledighetslagen att arbetstagare har rätt att förkorta den normala arbetstiden med upp till en fjärdedel för vård av barn som inte har fyllt åtta alternativt inte har avslutat sitt första skolår. Ledigheten får spridas över samtliga dagar i veckan eller förläggas till en viss dag. Liksom vid ledighet med ersättning från föräldraförsäkringen gäller att arbetstagaren och arbetsgivaren ska samråda vad gäller förläggningen av ledigheten.

Efter Sveriges medlemskap i EU diskuterades föräldraledighetsdirektivets stadgande om en individuell rätt till tre månaders ledighet för varje förälder samt att denna rätt, enligt direktivet, borde beviljas så att den inte kunde överlåtas. Det konstaterades att regleringen i föräldraledighetslagen inte gav föräldrarna någon individuell rätt gentemot den andra att ensam vårda barnet i tre månader, men det kunde enligt regeringens bedömning inte heller direktivet anses reglera. Direktivet ansågs reglera arbetstagarens rätt till ledighet gentemot arbetsgivaren och eftersom direktivet alltså inte reglerade någon rätt till ersättning behövdes det inte heller någon ändring av de svenska reglerna för att uppfylla direktivet. Däremot ledde direktivet till att en ny lag om ledighet för trängande familjeskäl infördes.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Prop. 1977/78:104, s. 15f.

¹⁰⁵ Prop. 1977/78:104, s. 9.

¹⁰⁶ Prop. 1977/78:104, s. 16f.

¹⁰⁷ Prop. 1997/98:81, s. 12. Lag (1998:209) om rätt till ledighet av trängande familjeskäl. Innehållande rätt till ledighet vid akuta situationer i familjen som gör arbetstagarens omedelbara närvaro absolut nödvändig. Familjeskälen ska avse sjukdom eller olycka. Se anförd prop. s. 20.

Alla arbetstagare som omfattas av anställningsskyddslagen skyddas mot osakliga uppsägningar i form av anställningsskyddslagens generella bestämmelser och mer specifikt av 7 § som anger att en uppsägning från arbetsgivarens sida måste vara sakligt grundad. En uppsägning föranledd uteslutande av att en arbetstagare begär eller tar ut föräldraledighet anses inte vara sakligt grundad.¹⁰⁸ Anställningsskyddslagen gäller dock inte alla arbetstagare och därför innehåller även föräldraledighetslagen ett skydd mot uppsägning. En uppsägning eller ett avskedande i strid mot anställningsskyddslagen eller föräldraledighetslagen ska ogiltigförklaras om arbetstagaren begär det. En närmare beskrivning av de svenska arbetsrättsliga regler som blir aktuella när det gäller föräldraledighet samt deras tillämpning återkommer jag till i kapitel 4.

Den äldre versionen av missgynnandeförbudet i 17 § föräldraledighetslagen stadgade att en arbetstagare som begärde eller utnyttjade sin rätt till ledighet inte var skyldig att godta några minskade anställningsförmåner eller försämrade arbetsvillkor än sådana som med nödvändighet följde av ledigheten. Detsamma gällde för omplaceringar förutom om de ansågs ligga inom anställningsavtalet. Det fanns dock situationer som inte omfattades av lagen innan lagändringen. Det gällde bland annat att den som återgick i arbete efter ledighet inte hade laglig rätt att få del av de *förbättringar* som inträffat under ledigheten samt inte hade laglig rätt att återgå till samma eller likvärdigt arbete på villkor som inte var mindre gynnsamma, det vill säga ett indirekt skydd mot försämrade omplaceringar. Tidigare framgick inte heller av föräldraledighetslagen att en i förtid avbruten provanställning enligt EG-domstolens rättspraxis innebar ett avskedande. Av ändringarna som gjorts i likabehandlingsdirektivet följer att föräldralediga ska skyddas även i dessa situationer. Vidare omfattades inte arbetssökande av föräldraledighetslagens skyddsregler.¹⁰⁹

I skälen till det reviderade likabehandlingsdirektivet finns en hänvisning till en resolution som rör balans mellan kvinnor och män i deltagandet i arbets- och familjelivet.¹¹⁰ Medlemsstaterna uppmuntrades i denna resolution att *överväga* att se över möjligheterna för att bevilja manliga arbetstagare en individuell och icke överförbar rätt till pappaledighet. Man betonar i direktivet att det är medlemsländernas uppgift att avgöra om de ska bevilja en sådan rättighet eller inte, samt själva bestämma villkoren för den, med undantag för bestämmelser om uppsägning, avskedande och återgång till arbetet.

Det i förra avsnittet refererade rättsfallet *Hofmann* kan jämföras med två svenska rättsfall. I *AD 1985 nr 134* var det fråga om en kollektivavtalsbestämmelse som gav kvinnor rätt till särskild löneutfyllnad i fyra månader i samband med havandeskap och barnsbörd, kunde anses

¹⁰⁸ Se vidare i avsnitt 4.2.5.

¹⁰⁹ Prop. 2005/06:185, s. 75.

¹¹⁰ Resolution EGT C 218, 31.7.2000 av rådet och ministrarna för sysselsättning och socialpolitik. Se allmänna skäl (13) i direktiv 2002/73/EG.

utgöra könsdiskriminering. Arbetsdomstolen diskuterade bakgrunden till bestämmelsen och menade att vissa motiv ursprungligen kan ha varit grundade i en äldre tids syn på könsrollerna när det gäller föräldraskapet. Man betonade dock att domstolens bedömning ska ske utifrån den syn som råder i dagens samhälle och hänvisade till de könsneutrala reglerna angående föräldraförsäkringen. Eftersom det skulle vara diskriminerande om föräldraledigheten eller föräldrapenningen till någon del skulle vara förbehållen kvinnor menar domstolen att det inte finns något rimligt skäl att, ur jämställdhetssynpunkt, betrakta den aktuella kollektivavtalsbestämmelsen på något annat sätt avseende tid efter barnets födelse. En ledamot var skiljaktig och menade, liksom EG-domstolen i bland annat *Hofmann*, att den speciella relationen moder/spädbarn ”icke har något att göra med jämställdhet i arbetslivet”. Även *AD 1987 nr. 132* rörde en kollektivavtalsbestämmelse. Bestämmelsen i fråga gav kvinnor rätt till tjänstledighet med havandeskapslön i upp till två månader. Arbetsgivarsidan menade att avtalsförmånen utgavs till kvinnan som barnaföderska, inte som en ersättning för att ge möjlighet att ägna sig åt vård av barn. Enligt domstolen hade det stor betydelse, och utgjorde även en skillnad från 1985 års fall, att havandeskapslönen i detta fall utgavs för en kortare tid. Det ansågs därför berättigat att avtalsförmånen hade till syfte att tillgodose de särskilda behov som en kvinna har i samband med havandeskap och barnafödelse och utgjorde ingen könsdiskriminering.

Avslutningsvis kan nämnas att den nuvarande borgliga regeringen, på området familjepolitik, har kommit med två reformförslag som rör föräldraledighet och som börjar gälla i juni 2008. För det första får kommunerna möjlighet att införa ett kommunalt *vårdnadsbidrag* till föräldrar med barn mellan ett och tre år som väljer att inte utnyttja den kommunala barnomsorgen. Bidragets syfte enligt förslaget är att skapa ökad valfrihet för föräldrar som önskar mer tid med sina barn, regeringen vill stärka föräldrars makt över sin livssituation. Bidraget ska även kunna kombineras med fullt förvärvsarbete för båda föräldrarna.¹¹¹ Det har dock riktats mycket kritik mot denna reform och den har bland annat beskyllts för att vara en ”kvinnofälla”.¹¹² För det andra införs en *jämställdhetsbonus* som innebär att den förälder som har varit hemma längst med barnet får en skattekreditering när han eller hon går tillbaka till arbetet, förutsatt att den andra föräldern är ledig med föräldrapenning. Jämställdhetsbonusens syfte är att förbättra förutsättningarna för både män och kvinnor att ta ett aktivt och jämlikt ansvar för föräldraskapet. Samtidigt menar man att förutsättningarna för jämställdhet ska öka genom att detta incitament att återgå till arbete och stärka sin förankring på arbetsmarknaden motverkar osakliga löneskillnader.¹¹³

¹¹¹ S2001/10526/SF, s. 11 och 29.

¹¹² DN 060821. En debattartikel skriven av svenska och utländska forskare som kritiserar vårdnadsbidraget och menar att det får negativa konsekvenser för barnfamiljer. Erfarenheter från Finland och Norge visar att över 95 procent av de som utnyttjar vårdnadsbidraget är kvinnor och därmed förstärks de traditionella könsrollerna.

¹¹³ S2007/10527/SF, s. 7f.

4 Ett nytt missgynnandeförbud i föräldraledighetslagen

4.1 16 § Föräldraledighetslagen – grundläggande rekvisit

4.1.1 Inledning

Den 1 juli 2006 reviderades föräldraledighetslagens skyddsregler genom införandet av ett förändrat missgynnandeförbud i 16 §. Lagändringen lanserades tillsammans med förändringar i anställningsskyddslagen och propositionen hade titeln *Förstärkning och förenkling*. För föräldralediga innebar förändringarna i anställningsskyddslagen att det arbetsrättsliga skyddet förstärktes genom att uppsägningstiden, vid uppsägning på grund av arbetsbrist, nu ska börja löpa först när arbetstagaren har återgått till arbetet efter ledigheten. Detta får betydelse även för företrädesrätten eftersom tiden för denna förlängs i motsvarande mån. Vidare infördes en regel om att särskild information om lediga tillsvidareanställningar ska lämnas till föräldralediga arbetstagare. Förändringarna försätter föräldralediga arbetstagare i samma situation som icke-föräldralediga, det vill säga de får spara uppsägningstiden, företrädesrätten och uppsägningslönen till efter ledighetens slut. I detta kapitel fokuseras emellertid på förändringarna i föräldraledighetslagen. Förutom den nya utformningen av 16 § infördes en ny bevisregel, jämställdhetsombudsmannen gavs rätt att i en tvist angående 16 § föra en enskild arbetsökande eller arbetstagares talan vid arbetsdomstolen och lagens regler om kvalifikationstid för rätt till ledighet upphörde att gälla. Sammantaget innebar förändringarna i de olika lagarna att likabehandlingsdirektivet fullt ut anses genomfört i svensk rätt.¹¹⁴

Lagändringen och propositionen följde på två promemorior. Den första utreddes och presenterades av Arbetslivsinstitutet 2002 med titeln *Hållfast arbetsliv – för ett föränderligt arbetsliv*. Resultatet, i form av förslag till ändringar i anställningsskyddslagen och föräldraledighetslagen, bearbetades efter remissbehandling av en arbetsgrupp inom Näringsdepartementet som 2005 lade fram en ny promemoria. Arbetslivsinstitutet betonade att det fanns starka befolknings- och jämställdhetspolitiska skäl att föreslå en förbättring av föräldraledigas ställning och de såg vidare behovet av ändrade regler som ett rättvisekrav i förhållande till småbarnsföräldrar samt en motiverad strävan att stärka föräldraledigas ställning. En intresseavvägning mellan fördelar och nackdelar visade att nackdelarna, till exempel i form av administrativa problem och kostnader, särskilt för småföretagare, inte var så stora att de kunde ges övervikt jämfört med faktorerna som talade för

¹¹⁴ Prop. 2005/06:185, s. 2.

reformen.¹¹⁵ Arbetslivsinstitutet menade att de övriga förslagen, med förändrade regler kring tidsbegränsade anställningar i anställningsskyddslagen, förväntades få en positiv effekt när det gäller skyddet för gravida och föräldralediga, men att det trots detta fanns ett behov av kompletterande åtgärder.¹¹⁶

Regeringen konstaterar i förarbetena att såväl Arbetslivsinstitutets slutsatser i promemorian, samt olika fackliga erfarenheter på området, talar i samma riktning. Det vill säga att även om det inte förekommer någon allomfattande forskning eller annan kartläggning, som på ett entydigt sätt visar att arbetstagare med barn genomgående missgynnas i förhållande till andra arbetstagare, får det anses klarlagt att arbetstagare som är föräldrar möter särskilda svårigheter i arbetslivet. Tidsbegränsat anställda nekas förlängning, provanställningar avbryts, anställningsvillkor försämras, förbättringar, kompetensutvecklingar och befordringar uteblir, omplaceringar sker och man nekas återgå till tidigare arbetsuppgifter eller befattningar. Att kunna eller våga byta arbete kan under sådana omständigheter vara ett vågspel. Inlåsnings effekterna är sannolikt stora, vilket även påverkar löneutvecklingen och karriärmöjligheterna.¹¹⁷

Det går att utläsa fyra skäl ur propositionen för att införa ett förstärkt skydd för föräldralediga arbetstagare. För det första kan man se det ur ett *rättighetsperspektiv*, att missgynnas på grund av föräldraledighet uppfattas av många som en kränkning. Vidare finns ett uttalat *jämställdhetsperspektiv* som jag berört ovan i avsnitt 2.2.3. Rent praktiskt ser regeringen även lagändringarna ur ett *samhällsekonomiskt perspektiv*, det är viktigt för tillväxten i samhället att både kvinnor och män står till arbetsmarknadens förfogande och ett förstärkt skydd kan antas bidra till en god utveckling av arbetskraftsutbudet. Slutligen kan ett förstärkt skydd antas underlätta barnets tillgång till sina föräldrar och stimulera föräldrarnas gemensamma ansvarstagande för barnet, man anlägger alltså även ett *barn- eller familjeperspektiv*.¹¹⁸ Förutom dessa bakomliggande mer eller mindre ideologiska skäl grundar sig ändringarna rent formellt på de krav som följer av EG-rätten, det vill säga likabehandlingsdirektivets nya lydelse.

4.1.2 Missgynnande

Uttrycket *missgynnande* bör, enligt förarbetena, ha samma innebörd i föräldraledighetslagen som i jämställdhetslagen och de andra diskrimineringslagarna.¹¹⁹ En missgynnande behandling innebär alltså att den kan sägas medföra en skada eller nackdel för en enskild arbetssökande eller arbetstagare. I förarbetena framhålls att "[d]et som typiskt sätt är förenat med faktisk förlust, obehag eller liknande är missgynnande. Att gå

¹¹⁵ Ds. 2002:56, s. 505.

¹¹⁶ Ds. 2005:15, s. 78.

¹¹⁷ Prop. 2005/06:185, s. 74.

¹¹⁸ Prop. 2005/06:185, s. 74f.

¹¹⁹ Fråga om missgynnande förekommit eller ej har främst behandlats av arbetsdomstolen i frågor om könsdiskriminering, se bland annat AD 1982 nr. 17.

miste om en anställning eller befordran, att komma efter andra arbetstagare i fråga om löne- eller andra anställningsvillkor, att särbehandlas på ett negativt sätt i fråga om arbetsledning och att en provanställning avbryts är några exempel. Även obehag och personligt lidande på grund av mobbning eller andra trakasserier från arbetsgivaren kan utgöra missgynnande. Avgörande är att en negativ effekt inträder, inte vilken orsak som kan ligga bakom arbetsgivarens handlande. En missgynnande behandling kan bestå i både aktivt handlande och underlåtenhet att handla”.¹²⁰

Enligt förarbetena kommer det i allmänhet inte ställa till några större problem när det gäller att avgöra om en arbetstagare blivit missgynnad eller inte. I vissa fall är det svårare, till exempel när det gäller en löneutveckling eller en befordran som en arbetstagare hade hoppats på. För att avgöra om ett missgynnande har förekommit i ett sådant fall måste arbetsgivarens handlande sättas i relation till en tänkt normalstandard. Ett missgynnande ska typiskt sätt anses vara för handen om man kan säga att arbetsgivarens handlande avviker från den standard som arbetsgivaren borde eller skulle ha tillämpat om arbetstagaren inte begärt eller tagit ut föräldraledighet.¹²¹

Arbetstagaren har ingen *rätt* till ett visst arbete eller någon speciell löneutveckling, lagen tillerkänner bara den enskilde *en rätt att inte missgynnas* av skäl som har samband med föräldraledighet. Rent språkligt innebär missgynnande att det sätt som den föräldralediga arbetstagaren behandlas på i första hand ska jämföras med hur han eller hon skulle ha behandlats om ledigheten inte varit. I förarbetena diskuteras huruvida en jämförelse med hur någon annan arbetstagare, som inte är eller har varit föräldraledig, är nödvändig. Detta är visserligen ett sätt att konstatera om ett missgynnande skett eller inte. Men i många fall kommer det vara möjligt att fastställa missgynnande utan någon sådan jämförelse.¹²²

Lagstiftaren har valt att använda sig av begreppet missgynnande framför att ta jämställdhetslagen och diskrimineringslagarnas förbud som modell. För detta anförs två skäl. För det första, att ett bärande moment i diskrimineringsbegreppet, i såväl EG-rätten som i de svenska diskrimineringslagarna, är uttrycket *jämförbar situation*. Det innebär att den som anser sig ha blivit diskriminerad ska kunna jämföra sig med någon annan som befinner sig i en liknande situation och det ska vara rimligt och naturligt att de behandlas lika. Man ifrågasätter om detta rekvisit skulle kunna tillämpas på samma sätt i fråga om föräldraledighet. EG-domstolen har ansett att den som utnyttjar rätten till föräldraledighet inte kan likställas med en man eller kvinna som faktiskt utför sitt arbete. För det andra, menar regeringen att det inte är möjligt att utforma skyddet i föräldraledighetslagen som de andra lagarnas förbudsregler eftersom det, när det gäller föräldraledighetslagen, finns ett behov av ett undantag som inte går att utforma såsom undantaget i nämnda lagar.¹²³

¹²⁰ Prop. 2005/06:185, s. 81.

¹²¹ Prop. 2005/06:185, s. 82.

¹²² Prop. 2005/06:185, s. 82

¹²³ Prop. 2005/06:185, s. 77ff.

4.1.3 Orsakssamband

Föräldraledighetslagen, i dess lydelse före 2006, kunde endast åberopas i de fall en åtgärd från arbetsgivaren *enbart* respektive *bara* berodde på ledigheten. Om det fanns flera orsaker till arbetsgivarens åtgärd var alltså bestämmelserna i princip inte tillämpliga. I jämställdhetslagen har orsakssambandet formulerats annorlunda, den missgynnande behandlingen ska *ha samband med* könstillhörigheten. Det är tillräckligt att diskrimineringsgrunden kön är en av flera omständigheter som har orsakat arbetsgivarens handlande, kön behöver inte ens vara den viktigaste orsaken.¹²⁴ Efter 2006 gäller motsvarande orsakssamband angående föräldraledighetslagens missgynnandeförbud. Likaså gäller att om en arbetsgivare felaktigt tror att en arbetstagare planerar att begära föräldraledighet och grundar ett beslut på det, så ska det nödvändiga orsakssambandet anses föreligga.¹²⁵

Det är mellan arbetsgivarens åtgärd och rätten till sådan ledighet som avses i föräldraledighetslagen som orsakssambandet ska föreligga. I förarbetena anges att det typiskt sett måste vara större förutsättningar för att ett orsakssamband ska anses vara för handen när det finns ett nära tidssamband mellan ett missgynnande och föräldraledigheten. Det blir alltså svårare att hävda orsakssamband då föräldraledigheten ligger längre tillbaka i tiden eller om ledigheten först kan komma att bli aktuell i framtiden.¹²⁶ Av naturliga skäl följer att det blir ännu svårare att hävda missgynnande när arbetstagaren misstänker att arbetsgivarens beslut eller behandling grundar sig på ett felaktigt antagande om ledighet och arbetstagaren inte ens har en ledighet att hänvisa till.

4.1.4 Bevisbördan

Samtidigt som lagändringen avseende missgynnande behandling har föräldraledighetslagen fått en bestämmelse om en delad bevisbördan. I princip samma ordning gällde enligt rättspraxis redan tidigare, men utan ett direkt uttryck i lagen. Syftet med den delade bevisbördan är att den ska fungera som en tydlig bevislättning för arbetstagersidan. Den är utformad på så sätt att det framgår att det är arbetsgivarens skyldighet att föra motbevisning för att freda sig. Till att börja med åläggs arbetstagersidan att visa omständigheter som *ger anledning att anta* att han eller hon blivit missgynnad av skäl som har samband med föräldraledighet. Detta krav innefattar att *visa* att missgynnandet skett i någon av de situationer som förbudet omfattar, det bör normalt sett inte föranleda alltför stora bevissvårigheter. Därutöver svarar arbetstagersidan för att det görs antagligt att missgynnandet har ett orsakssamband med ledigheten. Beviskravet *antagligt* är inte särskilt högt, det är tillräckligt att visa att man varit ledig eller begärt ut föräldraledighet i rimlig tidsmässig anslutning. Lite svårare

¹²⁴ Prop. 1999/2000:143, s. 38f.

¹²⁵ Prop. 2005/06:185, s. 85.

¹²⁶ Prop. 2005/06:185, s. 85.

blir det om det finns en misstanke om att arbetsgivaren lagt frågan om föräldraledighet till grund för sitt handlande, men ingen ledighet har begärts. Då bör arbetstagaren anföra någon konkret omständighet som tyder på att just frågan om föräldraledighet haft betydelse.¹²⁷

När arbetstagersidan gjort missgynnande antagligt går bevisbördan över. Det innebär att det är arbetsgivaren som åläggs att föra bevisning om orsaken till åtgärden, beviskravet här är högre än för arbetstagersidan. Arbetsgivaren måste kunna *visa* att det överhuvudtaget inte skett något missgynnande som har samband med föräldraledigheten eller att åtgärden är en nödvändig följd av ledigheten trots orsakssambandet. Beviskravet *visa* innebär att man måste kunna styrka sin inställning. Avgörande blir om arbetsgivaren på ett övertygande sätt kan visa att det är hans eller hennes åberopade skäl som faktiskt har varit styrande för handlandet och inte ledigheten.¹²⁸ Det räcker inte att styrka att det funnits andra orsaker, då kan det fortfarande finnas ett samband. Arbetsgivaren måste visa att föräldraledigheten inte haft något alls att göra med åtgärden.

Bevisbördan är utformad på ett sätt som liknar utformningen av bevisbördan i diskrimineringslagarna och jämställdhetslagen med den skillnaden att rekvisitet *nödvändig följd av ledigheten* inte har någon motsvarighet i de senare lagarna.¹²⁹ I förarbetena till den nya regeln om bevisbörda görs ingen referens till EG-rättens bevisbördedirektiv¹³⁰ som såväl jämställdhetslagens som diskrimineringslagarnas motsvarande regler bygger på. Om detta har någon betydelse för rättstillämpningen är oklart däremot görs hänvisningar till olika diskrimineringsmål när den nya bevisvärderingsparagrafen i föräldraledighetslagen ska motiveras.¹³¹

4.2 16 § Föräldraledighetslagen - tillämplighet och undantag

4.2.1 Inledning

Föräldraledighetslagens tillämpningsområde innan lagändringen var snävt i jämförelse med jämställdhetslagen. Uppsägningar och avskedanden omfattades, samt anställningsförmåner, arbetsvillkor och omplaceringar. Men jämställdhetslagen, liksom de andra diskrimineringslagarna, omfattade uttryckligen även hela anställningsförloppet, befordran, utbildning, yrkespraktik, yrkesvägledning, arbetsledning, permittering och andra ingripande åtgärder. Dessa lagars regleringar har använts som förebild för missgynnandeförbudet vilket innebär att rättspraxis och erfarenheter från

¹²⁷ Prop. 2005/06:185, s. 90f.

¹²⁸ Prop. 2005/06:185, s. 91.

¹²⁹ Prop. 2005/06:185, s. 92.

¹³⁰ Rådets direktiv 97/80/EG om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering. Ersätts av direktiv 2006/54/EG när detta har implementerats.

¹³¹ Bland annat AD 2003 nr. 55 och AD 2005 nr. 32 som gällde diskriminering på grund av etnicitet respektive funktionshinder.

tillämpningen av dessa numera, enligt förarbetena, kan utnyttjas i situationer som faller under föräldraledighetslagen.¹³²

Efter lagändringen gäller förbudet mot missgynnande behandling när arbetsgivaren

1. beslutar i en anställningsfråga, tar ut en arbetssökande till anställningsintervju eller vidtar annan åtgärd under anställningsförfarandet,
2. beslutar om befordran eller tar ut en arbetstagare till utbildning för befordran,
3. beslutar om eller vidtar annan åtgärd som rör yrkespraktik,
4. beslutar om eller vidtar annan åtgärd som rör annan utbildning eller yrkesvägledning,
5. tillämpar löne- eller andra anställningsvillkor,
6. leder och fördelar arbetet eller
7. säger upp, avskedar, permitterar eller vidtar annan ingripande åtgärd mot en arbetstagare.

Några remissinstanser invände mot att arbetssökande skulle omfattas av föräldraledighetslagens skyddsregler. Man menade att det redan finns en hel rad regler som begränsar arbetsgivarens handlingsmöjligheter i anställningssituationen men att det i praktiken visat sig vara svårt att bevisa att någon diskriminering faktiskt ägt rum och ännu en begränsning skulle inte få önskad verkan. Regeringen menade dock att det, eftersom även arbetssökande möter de praktiska svårigheter som är förenade med föräldraskap, var det angeläget att låta även dem omfattas av lagens skyddsregler.¹³³ En logisk följd, som delvis beror på att tillämpningsområdet utvidgas till att omfatta även arbetssökande, är avskaffandet av den tidigare gällande kvalifikationstiden för rätt till ledighet. En arbetsgivare kan inte neka en arbetssökande med nödvändiga kvalifikationer anställning på grund av att hon är gravid, följaktligen, om föräldralediga arbetstagare ska ha ett likvärdigt skydd, borde arbetstagare inte heller kunna nekas föräldraledighet från anställningens början.¹³⁴

Redan i den äldre lydelsen av föräldraledighetslagen fanns det utrymme för att arbetstagare, trots huvudregeln om likabehandling, kunde vara tvungna att godta till exempel försämrade anställningsförmåner eller omplaceringar på grund av att de begärde eller tog ut föräldraledighet. Detta var fallet då en behandling av en arbetstagare kunde sägas vara *en nödvändig följd av ledigheten*. Detta var ett strängt kriterium och lagstiftarens avsikt var inte att lämna något utrymme att tillåta att föräldraledigheten påverkade förhållandena utöver effekter som följde som givna konsekvenser av ledigheten. Exempelvis nämndes att arbetstagare som är helt lediga inte får lön av arbetsgivaren respektive att de som är delvis lediga får lönen minskad i proportion till ledigheten.¹³⁵ I förarbetena till nya missgynnandeförbudet

¹³² Prop. 2005/06:185, s. 82.

¹³³ Prop. 2005/06:185, s. 75.

¹³⁴ Prop. 2005/06:185, s. 97f.

¹³⁵ Prop. 1978/79:104, s. 38f.

betonas ytterligare att utrymmet för en arbetsgivare att betrakta att en arbetstagare är föräldraledig eller önskar ta ut ledighet är utomordentligt litet.¹³⁶

4.2.2 Rekrytering och befordran

Arbetsgivaren har i princip fri anställningsrätt och huvudregeln är att anställningsbeslut inte behöver motiveras eller vara sakligt grundade. Vissa undantag finns dock och speciella regler gäller till exempel när det finns arbetstagare som arbetsgivaren tidigare har sagt upp på grund av arbetsbrist och som på grund av detta har företrädesrätt till anställningen enligt anställningsskyddslagen.¹³⁷ Arbetsdomstolen har tidigare förklarat att det är avgörande för företrädesrätten att arbetstagaren rent faktiskt kan tillträda anställningen men på denna punkt har EG-domstolens tolkning av mödravårdsdirektivet i *Tele Danmark* och efterföljande avgöranden förändrat rättsläget.¹³⁸ Ett annat viktigt undantag från den fria anställningsrätten är om en arbetssökande som skyddas av jämställdhetslagen eller någon av diskrimineringslagarna gör gällande att han eller hon har diskriminerats i rekryteringsprocessen. Då kan arbetsgivaren vid en tvist bli tvungen att motivera sitt anställningsbeslut. Detsamma gäller sedan 2006 om beslutet kan antas ha samband med föräldraledighet.

I anställningsfallet är det givetvis en förutsättning att den arbetssökande har tillräckliga kvalifikationer och andra meriter för att kunna göra sig gällande i konkurrens med andra sökande, för att kunna åberopa att ett missgynnande har skett.¹³⁹ Arbetsgivaren får inte spekulera om huruvida en arbetssökande eventuellt kommer att vara föräldraledig, av *Tele Danmark* följer att en arbetssökande inte behöver svara frågor av detta slag. Är den arbetssökande gravid, eller planerar att bli gravid inom en snar framtid, har hon rätt att undanhålla denna information från arbetsgivaren.

I tidigare avsnitt har redogjorts för arbetsdomstolens rättspraxis beträffande rekrytering av gravida, se avsnitt 3.2.2 och *AD 2002 nr. 45*. Det var alltså först i detta fall som EG-rättens rättspraxis om graviditetsdiskriminering introducerades i den svenska rätten. Detta skydd omfattar dock endast arbetssökande som är gravida, det omfattar inte alls manliga arbetssökande som har eller väntar barn och det omfattar inte heller kvinnliga arbetssökande med barn efter att deras mammaledighet har tagit slut.¹⁴⁰ Det nya missgynnandeförbudet omfattar hela rekryteringsprocessen och lagen skyddar därmed såväl manliga som kvinnliga arbetstagare som väntar eller

¹³⁶ Prop. 2005/06:185, s. 87.

¹³⁷ Lunning och Toijer 2006, s. 624.

¹³⁸ Lunning och Toijer 2006, s. 652f.

¹³⁹ En parallell kan göras till vilka krav som ställs på meritvärderingen i ett mål angående könsdiskriminering. Värderingen ska genomföras på ett objektiva och godtagbart sätt och lämplighetsbedömningen måste vara förklarlig och förståelig för en utomstående bedömare. Domstolsuttalanden i *AD 2005 nr. 69* med hänvisning till prop. 1990/91:113, s. 82.

¹⁴⁰ Votinius 2007, s. 319.

har barn. Missgynnandeförbudet är dock inte utan undantag, lagen medger att i fall där ett missgynnande beslut kan anses vara en nödvändig följd av ledigheten får arbetsgivaren ta hänsyn till arbetstagarens föräldraledighet.

Att arbetsgivaren skulle vara tvungen att anställa en vikarie under en nyanställds ledighet är en omständighet som typiskt sätt inte ger arbetsgivaren rätt att neka en arbetssökande anställningen, detta följer av EG-domstolens rättspraxis. I förarbetena diskuteras om arbetsgivarens förutsättningar att möta situationen överhuvudtaget kan tas med i bedömningen. Man menar att *viss* hänsyn bör kunna tas till mindre arbetsgivare på grund av deras särskilda svårighet att bemöta förändringar i arbetsstyrkan.¹⁴¹ Förarbetena medger även ett utrymme för arbetsgivare att neka en arbetssökande anställning, trots att han eller hon har tillräckliga kvalifikationer för arbetet och kan göra sig gällande i konkurrens med andra i fråga om meriter och personliga egenskaper, nämligen vid kortare tidsbegränsade anställningar. Om en anställning är avsedd att vara endast en kortare tid och den arbetssökande avser att vara ledig hela eller en stor del av den tiden kan det, enligt förarbetena, inte anses meningsfullt att han eller hon ska göra anspråk på det arbetet.¹⁴²

En arbetsgivare kan förstås alltid motivera ett beslut att inte anställa eller befordra en viss person med att en annan sökande eller arbetstagare är mer kvalificerad för tjänsten eller befattningen. I dessa fall saknas ett orsakssamband mellan anställningsbeslutet och den mindre kvalificerade personens föräldraledighet. Det blir en bevisfråga och arbetstagaren eller arbetssökanden måste kunna göra antagligt att beslutet inte har med meriter att göra utan med ledigheten.

4.2.3 Lön, anställningsförmåner och andra arbetsvillkor

Missgynnandeförbudet gäller såväl löner som andra anställningsvillkor. Någon närmare bestämning av begreppen återfinns inte i motiven eller i arbetsdomstolens rättspraxis. EG-domstolen har däremot besvarat ett antal frågor på området, begreppet lön tolkas exempelvis i en vidsträckt bemärkelse och omfattar såväl sjuklön, ersättning under föräldraledighet, anställningsförmåner, pensionsförmåner, skadestånd och avgångsvederlag. Lön kan utgöra alla former av direkta eller indirekta förmåner som har sin grund i ett anställningsavtal. När det gäller av arbetsgivaren ensidigt införda förmåner omfattas dessa i den svenska regleringen inte av lönediskrimineringsförbudet utan av förbudet mot diskriminerande arbetsledning.¹⁴³

Vad gäller *försämringar* av anställningsförmåner ska föräldralediga arbetstagare behandlas lika med arbetstagare som inte varit lediga och får

¹⁴¹ Prop. 2005/06:185, s. 87.

¹⁴² Prop. 2005/06:185, s. 87.

¹⁴³ Fransson 2000, s. 223 och 317. Avseende lönediskriminering enligt jämställdhetslagen.

därmed tåla samma eventuella inskränkningar. Redan för den förra lydelsen av missgynnandeförbudet var utgångspunkten, när det gällde löne- och andra anställningsvillkor, att en föräldraledig arbetstagare inte skulle hamna i ett *bättre* läge än andra arbetstagare i fråga om garantier för att behålla dessa förmånliga villkor.¹⁴⁴ Men vad gäller för att föräldralediga ska tillförsäkras *förbättringar* på samma villkor som andra arbetstagare? Här är utgångspunkten att ledigheten inte alls ska påverka lönesättningen eller andra villkor. Avsikten med bestämmelsen är att man inte ska tappa i lönehänseende i förhållande till andra arbetstagare på arbetsplatsen bara för att man utnyttjat sin rätt till ledighet. Detta betyder inte att principen om individuell lönesättning, om den tillämpas på arbetsplatsen, sätts åt sidan. Arbetstagarens löneutveckling ska fortfarande relateras till såväl personlig kompetens och utveckling som den generella utvecklingen på arbetsmarknaden. Att låta föräldraledigheten påverka lönesättningen eller något annat anställningsvillkor ska endast få ske i verkliga undantagsfall. Arbetsgivaren måste vara beredd att visa konkreta sakliga omständigheter som visar att en mindre gynnsam löneutveckling verkligen är en nödvändig effekt av ledigheten för att låta en enskild arbetstagares villkor påverkas till det sämre av hans eller hennes ledighet. Detta lär, enligt uttalanden i förarbetena, vara mycket ovanligt då det avgörande kriteriet är *nödvändigt*. Bedömningar som att en mindre gynnsam löneutveckling är *rimlig, naturlig* eller *allmänt godtagen i branschen* kommer inte vara nog. Förarbetena är mycket klara på den här punkten och menar att inte ens för arbeten där det är av särskilt stor betydelse att arbetstagarna följer utvecklingen i branschen och att kompetensutveckling är en del av arbetet kan det antas bli vanligt att en mindre gynnsam utveckling av löner verkligen är nödvändig.¹⁴⁵

I AD 1999 nr. 51 hade en gravid driftstekniker omplacerats från skiftarbete till dagtid och frågan var om hon skulle ha fortsatt rätt till den ersättning för obekvämt arbetstid som hon erhöll i skiftarbetet och vilken utgjorde en femtedel av hennes bruttolön. Domstolen hänvisade till förarbetsuttalanden som föreskrev att en arbetstagare i princip inte ska behöva vidkännas någon löneminskning med anledning av en omplacering, även om arbetsuppgifterna skulle bli mindre kvalificerade och enligt gällande avtal betalas med lägre lön. Däremot stred det inte mot regeln att en omplacering kunde få till följd att till exempel skifttillägg eller tillägg för obekvämt arbetstid föll bort.¹⁴⁶ Domstolen konstaterade alltså att förarbetena gav utrymme för att inte utge ob-tillägg. De resonerade dock vidare och ansåg att uttalandena ändå inte var så klara och entydiga att det omedelbart utifrån dessa kunde slås fast att kvinnan inte skulle ha rätt till ob-tillägget. Domstolen menade att det inte kunde uteslutas att ett negativt ekonomiskt utfall av en omplacering skulle kunna göra en arbetstagare mindre benägen att utnyttja sin rätt till ledighet, vilket i så fall skulle strida mot syftet med lagen. Arbetstagaren var alltså berättigad till ob-tillägget.

¹⁴⁴ Prop. 1977/78:104, s. 38f.

¹⁴⁵ Prop. 2005/06:185, s. 88f.

¹⁴⁶ Förarbetsuttalanden från prop. 1978/79:168, s. 66 som hänvisades till i AD's domskäl.

I AD 2008 nr. 14 hade fyra polisassistenter omplacerats från yttre till inre tjänst på grund av graviditet, i enlighet med föräldraledighetslagens regler om omplacering. I samband med detta föll deras rätt till arbetstidsförkortning, som var knuten till den yttre tjänsten, bort. Domstolen hänvisade här till domen från 1999 och fann att det inte kunde anses oförenligt med lagtexten att betrakta en arbetstidsförkortning som en anställningsförmån eftersom den är att jämföra med en slags betald ledighet. Den ekonomiska innebörden av omplaceringen var att de fyra kvinnorna hade fått lägre lön reellt sett. Arbetsgivaren invände i målet att de berörda arbetstagarna skulle bli överkompenserade i förhållande till sina kollegor om de skulle få rätt att behålla arbetstidsförkortningen. Arbetsdomstolen menade att den invändningen saknade betydelse för bedömningen då detta var en konsekvens som lagstiftaren förutsett. Slutsatsen blir att arbetstidsförkortningen utgör en sådan anställningsförmån som arbetstagare är berättigade att behålla en omplacering enligt föräldraledighetslagen.

4.2.4 Omplacering

Utgångspunkten är att arbetsgivaren fritt kan disponera arbetskraften inom de mer eller mindre klara gränserna för arbetsskyldigheten utan att behöva stå till svars för de motiv som föranlett beslutet.¹⁴⁷ Vissa begränsningar finns dock, omplaceringar som har ett föreningsrättskränkande syfte eller är diskriminerande kan angripas med stöd av särskilda lagar. Vidare följer av arbetsrättslig praxis att arbetsledningsrätten inte får utövas godtyckligt eller i övrigt strida mot god sed på arbetsmarknaden.¹⁴⁸ Om en arbetstagare omplaceras på ett sätt som medför särskilt ingripande rättsverkningar för honom eller henne eller om omplaceringen sker i det indirekta syftet att arbetstagaren ska förmås säga upp sig själv, en så kallad framprovocerad uppsägning, kan en rättslig prövning av omplaceringen göras enligt den så kallade *bastubadarprincipen*. Omplaceringen är endast rättsenlig om det föreligger objektiva godtagbara skäl.¹⁴⁹

Även föräldraledighetslagen innehåller bestämmelser som innebär en begränsning i arbetsgivarens omplaceringsrätt. Missgynnandeförbudet gäller när arbetsgivaren leder och fördelar arbetet samt tillämpar anställningsvillkor. Arbetsdomstolen uttalar i AD 1999 nr. 51 att det inte kan uteslutas att ett negativt ekonomiskt utfall av en omplacering kan göra en arbetstagare mindre benägen att utnyttja sin rätt till ledighet, vilket i så fall skulle strida mot syftet med lagen. Det kan dock vara möjligt med omplacering när de uppgifter en arbetstagare tidigare utfört inte längre finns kvar hos arbetsgivaren då arbetstagaren kommer tillbaka från sin ledighet. Då kan det inte anses finnas något orsakssamband mellan ledigheten och omplaceringen.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Glavå 2001, s. 443.

¹⁴⁸ Lunning och Toijer 2006, s. 211 med hänvisning till flera rättsfall där den viktiga rättsgrundsatsen framgår, bland annat AD 1976 nr. 26, AD 1976 nr. 33 och AD 1981 nr. 6.

¹⁴⁹ Lunning och Toijer 2006, s. 184. Bastubadarprincipen kan utläsas ur AD 1978 nr. 89.

¹⁵⁰ Prop. 1977/78:104, s. 39.

AD 1987 nr. 23 gällde frågan om en lärare som hade varit föräldraledig ett år hade blivit omplacerad i strid mot dåvarande förbud mot omplacering. Enligt den äldre versionen av missgynnandeförbudet gällde att en arbetstagare inte var skyldig att *enbart* av det skäl att han eller hon tagit sin rätt till föräldraledighet i anspråk, vidkännas en omplacering om den inte kunde ske inom anställningsavtalet eller var en nödvändig följd av ledigheten. Arbetsdomstolen menade att det låg i linje med regelns karaktär av skyddsregel att ge begreppet omplacering en vidsträckt innebörd och att låta det omfatta även förändringar av en arbetstagares arbetsuppgifter som inte gäller hela arbetet. Domstolen saknade dock anledning att gå närmare in på frågan då de fann att den aktuella omplaceringen skett av andra skäl än arbetstagarens föräldraledighet. Samma situation hade, med nuvarande lagstiftning, gett domstolen anledning att pröva om föräldraledigheten varit en delorsak till omplaceringen, om än ej den huvudsakliga.

Förutom begränsningen i arbetsgivarens omplaceringsrätt innehåller föräldraledighetslagen regler som ger den anställde rätt att begära omplacering.¹⁵¹ Enligt arbetsmiljölagen kan kvinnor som är gravida, nyligen fött barn eller ammar förbjudas att utföra sina ordinarie uppgifter och då har hon enligt föräldraledighetslagen rätt att bli omplacerad med bibehållna anställningsförmåner. Likaså innehåller lagen en rätt för gravida kvinnor, även utan ett sådant förbud, en rätt att begära omplacering från och med den sextionde dagen före beräknad nedkomst, om de på grund av graviditeten inte kan utföra fysiskt påfrestande arbetsuppgifter. Rätten att kräva omplaceringar är i båda fallen beroende på om det *skäligen kan krävas* och i de fall en omplacering är omöjlig har kvinnan istället rätt till ledighet, utan ersättning från arbetsgivaren.

4.2.5 Uppsägning och avsked

Enligt 7 § anställningslagen ska saklig grund finnas för att en uppsägning ska vara tillåten. En uppsägning kan ske på grund av *personliga skäl* eller på grund av *arbetsbrist*, beroende på hur arbetsgivaren motiverar den. Utrymmet för uppsägningar som motiveras av personliga skäl är begränsat och vissa omständigheter, som graviditet och föräldraledighet, kan aldrig utgöra saklig grund för uppsägning.¹⁵² Det är arbetsgivaren som beslutar om hur verksamheten ska bedrivas och i detta ligger att det är arbetsgivaren som själv avgör om det föreligger arbetsbrist. Själva arbetsbristen eller arbetsgivarens motiv för att genomföra en personalinskränkning prövas i regel inte i arbetsdomstolen.¹⁵³ Arbetsbrist utgör därmed normalt saklig grund för uppsägning.

Det generella anställningsskyddet kompletteras av missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen. Skyddet i föräldraledighetslagen har inte till syfte att

¹⁵¹ Detta följer inte av missgynnandeförbudet utan regleras separat i 18-19 §§.

¹⁵² Votinius 2007, s. 323. Se hänvisning till ILO:s anställningsskyddskonvention nr. 158 där bland annat kön, havandeskap och familjeförhållanden räknas upp som personliga omständigheter som inte får ligga till grund för uppsägning.

¹⁵³ Lunning och Toijer 2006, s. 452f.

gå längre än vad som egentligen redan följer av anställningsskyddslagen utan motiverades ursprungligen av att anställningsskyddslagens tillämpningsområde i fråga om vilka arbetstagare som omfattas är något snävare än i föräldraledighetslagen.¹⁵⁴ Enligt likabehandlingsdirektivet innefattar begreppet *dismissals* alla typer av avslutande av ett anställningsförhållande oberoende av på vilket sätt det sker och oberoende av på vems initiativ det sker samt på vilka bevekelsegrunder i övrigt som ligger till grund för att anställningen avslutas. Uppsägningar från arbetsgivare eller arbetstagare, avskedanden, frånträdanen, frivilliga överenskommelser, pensionsavgångar och avbrytande av provanställningar i förtid – alla dess former täcks av likabehandlingsdirektivets begrepp avskedande.¹⁵⁵

Könsdiskriminerande uppsägningar i samband med graviditet har varit uppe i arbetsdomstolen i två fall. Huruvida en könsdiskriminerande uppsägning var för handen hade domstolen dock inte anledning att pröva. I *AD 2001 nr. 61* godtogs arbetsgivarens påstående om att något anställningserbjudande aldrig hade lämnats och i *AD 2006 nr. 79* fann domstolen att arbetstagaren måste ha ansetts säga upp sig själv.

Lagändringen i föräldraledighetslagen gör att provanställningar berörs särskilt. I princip saknar arbetstagare anställningsskydd under en provanställning. Enligt 6 § 3st anställningsskyddslagen får provanställningar avbrytas även innan prøvotiden har gått ut om inget annat har avtalats. Arbetsgivaren är inte skyldig att redovisa sina skäl för vare sig ett beslut att avsluta en provanställning i förtid eller för att inte låta anställningen gå över i en tillsvidareanställning. Det går alltså inte att göra någon rättslig prövning av arbetsgivarens skäl med stöd av anställningsskyddslagen.¹⁵⁶ Angående föräldralediga gällde, innan 2006, precis som för arbetstagare generellt, att arbetsgivare inte behövde motivera varför en provanställning avbröts eller inte förlängdes. Däremot kunde beslutet prövas på andra rättsliga grunder, till exempel om det fanns ett föreningsrättskränkande syfte bakom beslutet eller om det var frågan om någon av diskrimineringsgrunderna. I diskrimineringsstvister har arbetsgivare alltså tvingats redovisa sina skäl för att avbryta en provanställning för att freda sig mot påståenden om ett samband med någon av diskrimineringsgrunderna.¹⁵⁷ Motsvarande gäller nu

¹⁵⁴ Prop. 1977/78:104, s. 38. LAS tillämpningsområde omfattar enligt 1 § inte arbetstagare som anses inneha en företagsledande ställning, ingår i arbetsgivarens, arbetar i arbetsgivarens hushåll eller är anställda med särskilt anställningsstöd.

¹⁵⁵ Prop. 2005/06:185, s. 84.

¹⁵⁶ Se *AD 2004 nr. 49* angående fråga om en arbetsgivare gjort sig skyldig till föreningsrättskränkning genom att inte låta en provanställning övergå i en tillsvidareanställning samt *AD 2002 nr. 102* där ett avslutande av en provanställning enligt arbetstagar sidan var en följd av att arbetstagaren hade anmält att hon blivit utsatt för sexuella trakasserier. I båda fallen konstaterar AD att det inte är möjligt att göra någon rättslig prövning av arbetsgivarens skäl att avbryta en provanställning enligt LAS. Det ligger i provanställningens natur att arbetsgivaren kan motsätta sig fortsatt anställning om arbetstagararen är olämplig. Detta utesluter dock inte en rättslig prövning på annan grund, till exempel att det finns ett föreningsrättskränkande syfte bakom avslutandet, och i det första målet fann AD att en sådan kränkning hade skett enligt 8 § medbestämmandelagen.

¹⁵⁷ Prop. 2005/06:185, s. 83.

även när en arbetstagare gör gällande att en avbruten provanställning har samband med föräldraledighet.

När det gäller att inte låta en provanställning övergå i en tillsvidareanställning likställs detta med en vanlig anställning och samma lagliga skäl för att inte anställa gäller alltså för att inte låta anställningen gå vidare. För att inte riskera att underminera provanställningsformen menar man i förarbetena att arbetsgivare måste kunna ha ett visst handlingsutrymme i det fall arbetstagaren under anställningen tagit ut ledighet i sådan omfattning att arbetsgivaren inte kan bedöma den provanställdes prestationer.¹⁵⁸

4.3 Ärenden och anmälningar till JämO

Antalet anmälningar till JämO ökar totalt sett och det nya missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen har haft stor effekt på benägenheten att anmäla. Under 2007 inkom 72 anmälningar varav 62 stycken gjordes av kvinnor. Ökningen speglar en ökad medvetenhet om vilka skydd som finns för den enskilde, menar JämO. Under hösten 2007 fördubblades antalet anmälningar rörande missgynnandeförbudet i jämförelse med under våren samma år. Det kan tänkas ha sin orsak i dels en landsomfattade kampanj som JämO genomförde under samma tidsperiod dels, att JämO för första gången stämde en arbetsgivare på denna grunden. Det fallet gäller en tidning som har betalat ut en gratifikation till alla anställda med villkoret att alla som varit borta från arbetet, inklusive de tre föräldralediga kvinnorna som JämO företräder, fått sin gratifikation minskad i proportion till frånvaron. Rättsläget är oklart vad gäller sådana här särbehandlingar och frågan kommer under året att avgöras i arbetsdomstolen. Av de anmälningar som gjordes under 2007 gällde nästan två tredjedelar lön och/eller andra anställningsvillkor. 12 anmälningar kom in angående tjänstetillsättning/rekrytering och lika många rörde omplaceringar. Hittills har fyra av anmälningarna som kom in under 2007 slutat i förlikningar och i 13 av fallen har facket beslutat att företräda arbetstagaren.¹⁵⁹ 13 av de 40 ärenden som avslutats under året avslutades med att JämO ansåg att det inte förelåg grund för missgynnande. Under året har det utöver anmälningarna inkommit 112 förfrågningar från allmänheten rörande missgynnandeförbudet.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Prop. 2005/06:185, s. 89f.

¹⁵⁹ Det är i första hand facken som har rätt att föra en medlems talan. Endast i de fall de väljer att inte göra det eller om arbetstagaren är oorganiserad har JämO talesrätt.

¹⁶⁰ JämO 2007, s. 21ff.

5 Lagstiftningens intentioner möter invanda traditioner - en normativ analys

5.1 En kritisk rättsdogmatisk metod och gällande rätt

Jag har i uppsatsens deskriptiva del haft för avsikt att redogöra för gällande rätt för föräldralediga arbetstagare. I Sverige har vi sedan 1970-talet haft en föräldraledighetslag som i huvudsakliga delar ser ut som den gör idag. Enligt lagen tillerkänns arbetande föräldrar rätt till ledighet för vård av barn. När det gäller anställningsskydd för föräldralediga är skyddet inte starkare än vad som redan följer av anställningsskyddslagen, å andra sidan omfattas även arbetstagare som inte omfattas av anställningsskyddslagen och, numera, även arbetssökande av föräldraledighetslagens regler. I samband med medlemskapet i EU fick svenska kvinnor en högre grad av skydd i form av ett förbud mot diskriminering i samband med graviditet. Detta skydd tillförsäkras via såväl rättsakter som rättspraxis inom EG-rätten och i svensk rättspraxis genom jämställdhetslagen och *AD 2002 nr. 45*. I Sverige har den politiska ansatsen länge varit ett gemensamt föräldraansvar till skillnad från att koppla föräldraskapet så tydligt till modern. Det har resulterat i att rättsutvecklingen av den gravida kvinnans anställningsskydd har använts som argument för att införa ett likalydande skydd för föräldralediga arbetstagare och arbetssökande. Sålunda förstärktes missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen 2006. Det nya förbudet innebär en förbättring i skyddet för arbetstagare som väljer att utnyttja sin rätt till ledighet. Tidigare skyddades de bara i de fall arbetsgivarens beslut *enbart* berodde på föräldraledigheten. Idag räcker det med ett samband. Förbudet omfattar även fler situationer än tidigare. Men förbudet mot graviditetsdiskriminering är fortfarande strängare. I jämställdhetslagen finns inte samma utrymme för undantag som det gör i föräldraledighetslagen. Är den missgynnande behandlingen *en nödvändig följd* av ledigheten, är den fortfarande tillåten i lagens mening.

Som den kritiskt rättsdogmatiska metoden har beskrivits bygger den på ett antagande att den traditionella rättsvetenskapen är uppbyggd av konservativa samhällsliga värderingar. Flera källor som jag använt mig av är kritiska till framförallt EG-domstolens tolkningar av de aktuella direktiven när det gäller frågor som har koppling till graviditet och föräldraskap. Underliggande föreställningar om kvinnan dels som ett skyddsobjekt, dels som huvudansvarig för omsorg av barnen, lyser igenom starkt och det finns ingen större tendens till uppmuntran för att få män mer delaktiga i föräldraskapet. Genom att införa en normativ teori och studera rättsutvecklingen i detta perspektiv ämnar jag belysa vilket komplext

rättsområde arbetsrätten är i detta avseende. Även kritiskt rättsdogmatiska författare menar att det är möjligt att åstadkomma förändringar genom rättsdogmatisk verksamhet, man måste bara vara medveten om att en lag inte ensam kan göra all skillnad. Lagen är normerande, en norm bland andra. Däremot utgör lagstiftning ofta grunden för hur vi förstår oss att samhället ska fungera. Nya lagar kan alltså generera processer som får oss att ändra på invanda mönster.

5.2 Normativa konflikter

5.2.1 Inledning

Teorin om normativa grundmönster bygger på att rättsreglerna är en kodifiering av de traditioner och föreställningar som utvecklats på samhällets vardagsnivå och reglerar hur relationer mellan människor bör vara beskaffade. Normer inom olika rättssystem bildar mönster som kan liknas vid magnetiska poler och vars rörelsemönster representerar rättsutvecklingen. Detta kan i allra högsta grad påstås gälla inom rättsområdet som jag behandlar i denna uppsats. Inom arbetsrätten finns en tydlig strävan att åstadkomma en avvägning mellan intressen baserade på det ekonomiska systemet å ena sidan och intressen baserade på ett socialt skydd å andra sidan. Detta motsvaras av det *marknadsfunktionella grundmönstret* respektive *mönstret om skydd för etablerad position*. När det gäller regler som rör föräldraledighet kan denna avvägning sägas ställas på sin spets. Syftet med att använda teorin är att analysera dessa rättskonflikter som kan uppstå på arbetsplatsen eller i en intervjusituation när det gäller arbetstagare eller arbetssökande som är, har varit eller kommer att vara föräldralediga, i ljuset av de normativa grundmönstren som präglar rättsområdet. Man kan uttrycka det som att det handlar om att kombinera flexibilitet och trygghet, vilket i sig innebär en konflikt. Detta sker idag i utvecklingen på arbetsmarknaden i stort, men blir särskilt påtagligt när det gäller att förena just föräldraskap och förvärvsarbete.

Trots den snabba förändringen i kvinnors sysselsättningsmönster så ligger fortfarande normen om mannen som ensam försörjare av familjen fast i många regler som styr arbetsmarknadens funktionssätt. Det är möjligt på grund av att det fortfarande är kvinnorna som tar ut den övervägande delen av föräldraledigheten, som stannar hemma när barnen är sjuka och som går ner i arbetstid när barnen är små. Lagstiftningen präglas av det politiska målet är att skapa en balans mellan förvärvsarbete och familjeliv, ett förverkligande av den så kallade *föräldraskapsnormen*. I arbetslivets organisering ställs denna norm mot normen om ett begränsat ansvar och att arbetstagarens föräldraskap inte ska behöva inkräkta på arbetet. Votinius avhandling visar att även om *föräldraskapsnormen* är den norm som officiellt antagits i Sverige för hur familjelivet och arbetslivet ska organiseras är dess ideal inte de enda som gör sig gällande i praktiken. I hemmen ställs idealet om det delade omsorgsansvaret mot den traditionella

normen med mamman som huvudsakligt ansvarig och framförallt begränsas föräldraskapsnormen av det värde som gäller arbetsgivarens rätt att förfoga över sin verksamhet. Även om detta värde inte är tänkt att inverka på de särskilda föräldraskapsreglerna så sker det ändå.¹⁶¹

Inom EG-rättens utveckling och i EG-domstolens rättspraxis har *föräldraskapsnormen* ingen fast förankring. EG-domstolens rättspraxis är tydlig. Kvinnan har en särskild relation till sitt barn, en relation som måste skyddas. Detta framgår tydligt av bland annat *Hofman*. Mannens relation till barnet å andra sidan anses inte behöva något särskilt rättsligt skydd. McGlynns analys av EG-domstolens domar visar att arbetsrättens idealarbetare, den heltidsarbetande mannen, reproduceras och legitimeras av traditionella ideologier. Mödravårdsdirektivet reproducerar könsrollerna och utpekar mammaledigheten och moderskapet som viktigare än faderskapet och ett delat föräldraskap. Andra gemenskapsrättsliga källor uttrycker visserligen en motsatt uppfattning och Barnard menar att unionens synsätt när det gäller just frågan om balans mellan arbete och familjeliv har förskjutits en lång väg. Men så länge EG-domstolen inte antar samma inställning så är praktiken oförenlig med teorin.

5.2.2 Arbetsgivarprerogativet och föräldraledighet

Arbetsgivarprerogativet och arbetsledningsrätten är det mest påtagliga uttrycket för arbetsgivarens överordnade position på arbetsplatsen och *det marknadsfunktionella mönstret*, det anger själva utgångspunkten för relationerna i den vardagliga verksamheten. Grundläggande arbetsrättsliga principer som arbetsgivarens fria anställningsrätt, arbetsgivarens besluts- och bestämmanderätt samt arbetsgivarens möjlighet att relativt oemotsagd hävda arbetsbrist har stöd i såväl lagstiftning som rättspraxis. Föräldraskyddsreglerna är tänkta att utgöra ett skydd mot dessa principer, genom att förverkliga *föräldraskapsnormens* idé om att arbete ska kunna förenas med föräldraskap, en ide som har sin grund i ett skydd för familjelivet och mot missgynnande särbehandling.

Den traditionella utgångspunkten är att en arbetsgivare har rätt att anställa vem han eller hon vill till sin verksamhet. Rättsutvecklingen inom arbetsrätten har dock, genom diverse skyddsregler, gjort att arbetsgivarens fria anställningsrätt begränsats i flera hänseenden. Numera finns det lagar som skyddar olika grupper av arbetssökande och arbetstagare. Diskrimineringslagarna, jämställdhetslagen och föräldraledighetslagens förbud mot diskriminering respektive missgynnande behandling omfattar hela rekryteringsprocessen. Den arbetsgivare som inte anställer en arbetstagare som faller under en av dessa lagar måste vara beredd att kunna visa att anställningsbeslutet grundar sig på en saklig meritbedömning och att kön, etnicitet, en eventuell föräldraledighet och så vidare, inte har varit en

¹⁶¹ Votinius 2007, s. 389 och 395.

omständighet som beaktats i beslutet. Detta följer av bland annat *AD 2002 nr. 45*. Av EG-rätten följer vidare att arbetssökande i en intervjusituation inte är skyldiga att svara på frågor avseende graviditet och föräldraledighet. Om en arbetstagare ifrågasätter ett besked om en avbruten provanställning eller en provanställning som inte förlängts gäller samma sak som för anställningsbeslut. Även här blir arbetsgivaren skyldig att redogöra för de skäl som legat till grund för beslutet och i förekommande fall styrka att föräldraledigheten inte haft någon betydelse för ställningstagandet.

Angående arbetstidens förläggning gäller som huvudregel att det är arbetsgivaren som beslutar enligt sin arbetsledningsrätt, med undantag för vad som gäller enligt arbetstidslagen och eventuella kollektivavtalsbestämmelser. Vid förläggning av föräldraledighet gäller som utgångspunkt att arbetstagaren och arbetsgivaren ska samråda. Kommer de inte överens ska arbetsgivaren förlägga ledigheten i enlighet med arbetstagarens önskemål, om det inte innebär en påtaglig störning för arbetsgivarens verksamhet. Det kan innebära att arbetsgivaren måste planera sin verksamhet utifrån delvis nya utgångspunkter. Det är inget problem som ska uppförstoras då det finns regler för att arbetstagaren ska ge besked om ledighet i god tid. Men det kan ställa till vissa problem, i synnerhet för småföretagare. Många situationer kan överhuvudtaget vara svårare för mindre arbetsgivare att lösa. I förarbetena till missgynnandeförbudet menar lagstiftaren att i intresseavvägningen mellan å ena sidan behovet av en förstärkning av skyddet för föräldralediga och de nackdelar, som till exempel administrativa problem och kostnader som kan tillkomma speciellt för mindre arbetsgivare å andra sidan, får skyddet för arbetsgivarna ge vika. *Det marknadsfunktionella mönstret* försvagas därmed för vissa arbetsgivare och lagstiftaren tar helt enkelt mer hänsyn till behovet av att förstärka föräldrars rättigheter och skyddsregler på arbetsmarknaden. Däremot medger förarbetena ett utrymme för att ta hänsyn till mindre arbetsgivare i anställningssituationen. På grund av deras särskilda svårigheter att bemöta förändringar i arbetsstyrkan kan det alltså finnas utrymme i en eventuell tvist ta hänsyn till detta om till exempel en gravid arbetssökande blivit nekad anställning.

Genom att låta lagen träffa även arbetssökande omfattas en situation som normalt sett inte faller inom arbetsrätten i övrigt, det finns inget avtalsförhållande mellan arbetsgivaren och de arbetssökande. Det är dock en förutsättning för att lagen ska kunna motsvara sitt syfte, att den utformas så att den träffar en av de vanligaste situationerna där diskriminering förekommer. *Skyddet för etablerad position* utvidgas till att gälla arbetssökande som kanske inte har någon etablerad position på arbetsmarknaden.

5.2.3 Konflikter inom arbetstagargruppen

Alla rättsordningar bygger på principen att lika fall ska behandlas lika. Den kritiska punkten ligger i vilka fall som ska betraktas som lika i

tillämpningen av olika normer och rättsregler. Så fort det finns ett utrymme för särbehandling så finns det risk för ytterligare konflikter inom det normativa fältet. Vilka arbetstagare ska behandlas lika? Denna fråga aktualiseras i det här fallet bland annat om en jämförelse görs med arbetstagare som varit borta länge från arbetsplatsen av en annan orsak än föräldraledighet, exempelvis en längre sjukskrivning. Den föräldraledige arbetstagaren tillerkänns ett starkare skydd mot omplaceringar eller en försämrad löneutveckling när den sjukskrivne inte skyddas av någon motsvarande speciallagstiftning. Är detta ett befogat undantag från principen om att lika fall ska behandlas lika? Enligt förarbetena ska en föräldraledig arbetstagares garantier för att exempelvis behålla sina anställningsförmåner inte gå längre än vad som gäller för andra på arbetsplatsen. Men frågan är vad som gäller för arbetstagare som inte heller befinner sig på arbetsplatsen. Skillnaden mellan en sjukskriven och en föräldraledig arbetstagare är att den senare skyddas i egenskap av bärare av ett politiskt mål. För att nå målet att skapa en balans mellan familjeliv och förvärvsarbete har lagstiftaren infört ett specifikt skydd för arbetstagare som befinner sig i denna situation.

Det normativa grundmönstret om *rättvis fördelning* har inte haft mycket utrymme i den moderna arbetsrätten. Det ställs få krav på rättvisa inom anställningsskyddet i förhållande till den som inte har något arbete.¹⁶² Genom införandet av diskrimineringsförbud och förbud mot missgynnande behandling kan mönstret dock sägas ha stärkts. Att skyddet mot missgynnande behandling omfattar även arbetssökande visar även att *skyddet för etablerad position* har utvidgats.

En ytterligare tänkbar konflikt på arbetsplatsen gäller lönerna. I förhållande till andra arbetstagare kan det tyckas orättvist att en arbetstagare som varit föräldraledig och borta från arbetsplatsen en längre tid ska få samma lön som en arbetstagare som varit på arbetet och förbättrat sin kompetens. Detta påpekades i remissyttranden och i förarbetena anges att det inte är meningen att den individuella lönesättningen ska sättas åt sidan eller att man som föräldraledig får någon form av garanterad löneutveckling.¹⁶³ Det är en tydlig markering att föräldralediga inte ska ha ett försteg i förhållande till andra kollegor. Löneutvecklingen ska fortfarande relateras såväl till personlig kompetens och utveckling som till utvecklingen generellt sett på arbetsplatsen eller i branschen. Vad som gäller för andra anställningsförmåner är dock inte lika utvecklat i förarbetena, där är det upp till rättspraxis att ange gränserna för vad som kan anses vara en *nödvändig följd av ledigheten*. JämO:s mål i arbetsdomstolen om den minskade gratifikationen är ett exempel på anställningsförmåner som inte reglerats. Vad som gäller för exempelvis andra former av bonus, friskvård, tjänstebil kommer visa sig först när det kommer upp till prövning.

I rättsfallen AD 1999 nr. 51 och AD 2008 nr. 14 hade gravida kvinnor omplacerats och i samband med detta blivit av med ob-tillägg respektive rätt

¹⁶² Christensen 1996, s. 548f.

¹⁶³ Prop. 2005/06:185, s. 88f.

till arbetstidsförkortning. I det senare fallet invänder arbetsgivaren att de berörda arbetstagarna skulle bli överkompenserade i förhållande till sina kollegor om de skulle få rätt att behålla arbetstidsförkortningen även efter omplaceringen till inre tjänst. Domstolen uttalar dock att en överkompensation i det här fallet är ”en av lagstiftaren förutsedd konsekvens av lagstiftningen”. Dessutom skulle ett negativt ekonomiskt utfall riskera att göra arbetstagare mindre benägna att utnyttja rätten till ledighet och då skulle syftet med lagen förverkas.

5.2.4 Jämställdhet som ett normativt styrmedel

Jag har haft för avsikt att i uppsatsen relatera det arbetsrättsliga skyddet för föräldralediga med det jämställdhetspolitiska målet och därmed försökt undersöka om detta kan sägas utgöra ett normativt styrmedel när det gäller den svenska lagstiftningen. För det första kan det konstateras att jämställdhet, i lagstiftningssammanhang, har varit ett ytterst uttryckligt mål och det har genomgående hänvisats till jämställdhet i olika förarbeten. Inför förstärkningen av missgynnandeförbudet betonas vikten av att det skapas goda förutsättningar för att såväl kvinnor som män ska kunna kombinera föräldraskap och förvärvsarbete och att manliga arbetstagare ska öka sitt uttag av ledighet. Den samhälleliga diskursen om jämställdhet innefattar således idén om en *föräldraskapsnorm* där arbetet ska kunna kombineras med ett ansvar för familjen, detta sätts dock på prov i arbetslivet.

En bidragande orsak till att den svenska implementeringen av det EG-rättsliga förbudet mot graviditetsdiskriminering dröjde i över tio år, och dessutom skedde genom arbetsdomstolens rättspraxis och inte lagstiftning, kan vara att EG-rätten gör en så stark koppling mellan graviditet och kvinnlig könstillhörighet. Den svenska jämställdhetslagen är könsneutral till sin utformning och det passar därmed inte in i dess terminologi eller de syften som ligger bakom den att införa ett könsspecifikt förbud. Det svenska förhållningssättet är nämligen att missgynnande i samband med graviditet är en form av missgynnande i samband med föräldraskap.¹⁶⁴ Därför blir det, i enlighet med *föräldraskapsnormen*, mer naturligt att skärpa skyddet i föräldraledighetslagen.

Den svenska lagstiftarens intention att bidra till ett ökat uttag av ledighet för manliga arbetstagare har inte någon tydlig motsvarighet i EG-rätten. Där har man snarare varit väldigt försiktig i sina uttalanden gällande pappaledighet. I skälen till det reviderade likabehandlingsdirektivet hänvisas till en resolution där medlemsstaterna uppmanades att överväga att se över möjligheterna att bevilja manliga arbetstagare en individuell och icke överförbar rätt till pappaledighet. Det är en svag formulering och det betonas även att det är medlemsländernas uppgift att avgöra om de överhuvudtaget ska bevilja en sådan rättighet eller inte samt själva bestämma villkoren för den. Detta riskerar att försvaga

¹⁶⁴ Votinius 2007, s. 315.

föräldraskapsnormen, så länge män har möjlighet att välja att inte ta ansvar kommer kvinnor inte ha något annat val än att ta hela eller den övervägande delen av ansvaret i hemmet. Vems val man väljer att maximera är, enligt Fudge kärnfrågan inom den sociala dimensionen. Hennes slutsats är att enda sättet att nå jämställdhet på arbetsmarknaden är genom en mer balanserad fördelning av betalt och obetalt arbete.¹⁶⁵

Genom den aktuella politiska reformen om vårdnadsbidrag verkar regeringen dock avvika från *föräldraskapsnormen*. Traditionella och konservativa sociala normer inverkar på lagstiftningen och även om syftet är att öka familjernas valfrihet så visar erfarenheter från exempelvis Norge att vårdnadsbidrag riskerar att ytterligare förstärka mönstret med att kvinnorna är hemma med barnen. Jämställdhetsbonusen kan ses som en motvikt till vårdnadsbidraget och denna reform har ett uttalat syfte att förbättra förutsättningarna för både män och kvinnor att ta ett aktivt och jämlikt ansvar för föräldraskapet.

Det jämställdhetspolitiska målet har möjligen varit en delorsak till att skyddet för föräldralediga arbetstagare förstärkts och i svenskt hänseende har verkar det ha spelat roll. Lagändringen i föräldraledighetslagen bygger dock även på en anpassning till EG-rätten och om man ser till syftena bakom likabehandlingsdirektivet och rättspraxis på området bygger det inte på någon uttalad jämställdhetstanke. En intressant aspekt på EG-rättens inflytande på svensk lagstiftning framhåller Votinius i sin avhandling. Hon menar att även om det, inom EG-rätten, har varit skyddet för moderskapet som har stärkts och inte skyddet för föräldraskapet, så har de EG-rättsliga reglerna om likabehandling efterhand kommit att användas som argument för att i den svenska rätten kunna driva fram ett starkare skydd också för föräldralediga arbetstagare. ”I den svenska kontexten har alltså EG-rättens moderskapsnormerande rättspraxis i det längre perspektivet paradoxalt nog legat till grund för en förstärkning av föräldraskapsnormen.” Votinius menar att den svenska föräldraskapsnormen kan få en starkare position i arbetsrätten om lagstiftaren väljer att tolka de EG-rättsliga reglerna i enlighet med *föräldraskapsnormen*.¹⁶⁶

5.3 Sammanfattande kommentar - ett reellt skydd?

Sammanfattningsvis kan jag konstatera att föräldraledighetslagstiftningens normativa fält består av olika konflikter. Det gäller inte endast den för arbetsrätten traditionella konflikten mellan arbetsgivaren och arbetstagaren där arbetsgivarens valmöjligheter i många situationer begränsas av det specifika rättsliga skydd som föräldralediga arbetstagare åtnjuter. *Det marknadsfunktionella mönstret möter skyddet för etablerad position*. Det gäller även konflikter som kan uppstå i olika situationer mellan arbetstagare

¹⁶⁵ Fudge 2005, s. 286f.

¹⁶⁶ Votinius 2007, s. 390.

som väljer att utnyttja sin rätt till föräldraledighet och arbetstagare som inte gör det och vill behandlas därefter. Det normativa mönstret *rättvis fördelning* kan vidare ha förstärkts något i samband med att även arbetssökande omfattas av skyddslagstiftningen trots att de inte har en etablerad position på arbetsmarknaden.

Även om en åtgärd från arbetsgivarens sida utgör en överträdelse av missgynnandeförbudet krävs det att arbetstagaren invänder mot åtgärden för att den ska underkastas rättslig prövning. Beroende på det ojämlika maktförhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare finns det stor risk att arbetstagare inte vågar eller kan ta tillvara på sina lagliga rättigheter av rädsla för ytterligare försämringar eller att förlora sin anställning och ekonomiska säkerhet. Genom en ökad medvetenhet om missgynnandeförbudet, och andra regler till skydd för gravida och föräldralediga arbetssökande och arbetstagare, kan resultatet i längden bli att skyddet förstärks, arbetstagare och arbetssökande får större tendens att anmäla och utrymme för missgynnande särbehandling minskar.

Det arbetsrättsliga skyddet för föräldralediga arbetstagare är starkt formulerat i lagen. Utöver det generella skyddet som de flesta arbetstagare omfattas av enligt anställningsskyddslagen har föräldralediga ett specifikt skydd enligt missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen. På samhällsnivå verkar dock de svenska reglerna inneha en förhållandevis svag position. Detta tolkar Votinius vara ett resultat av normativa konflikter med grund i olika uppfattningar om hur stor plats föräldraskapsrelaterade åtaganden ska få ta i arbetslivet. De normer som avviker från lagstiftarens avsikt inkräktar på föräldraskapsreglernas domän och försvagar dess position.¹⁶⁷ Till förmån för det rådande *marknadsfunktionella mönstret* där arbetsgivarens tillgång till arbetstagarna styr. Dessa avvikande normer och värden syns tydligare i EG-domstolens rättspraxis, men det finns även spår i arbetsdomstolen.

När lagstiftningens intentioner ska bli verklighet möter den alltså många hinder. Såväl arbetsmarknadsparternas intressen som invanda traditioner, normer och föreställningar på samhällsnivå är mer svårpåverkade än att de kan förändras över en natt. Därmed inte sagt att en enskild lag inte kan vara ett effektivt instrument för att på längre sikt skapa ett nytt beteende och nya förväntningar på föräldraskapet.

¹⁶⁷ Votinius 2007, s. 16f.

Käll- och litteraturförteckning

OFFENTLIGT TRYCK

Proposition 2005/06:185 *Förstärkning och förenkling – ändringar i anställningsskyddslagen och föräldraledighetslagen.*

Proposition 2000/01:44 *Föräldraförsäkring och föräldraledighet.*

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

Proposition 1997/98:81 *Föräldraledighetsdirektivet genomförande i Sverige*

Proposition 1994/95:207 *Ny föräldraledighetslag m.m.*

Proposition 1990/91:113 *om en ny jämställdhetslag, m.m.*

Proposition 1978/79:168 *om föräldrautbildning och förbättringar i föräldraförsäkringen m.m.*

Proposition 1977/78:104 *med förslag om utvidgad rätt till ledighet för vård av barn, m.m.*

Departementsserien 2007:48 *Lissabonfördraget.*

Departementsserien 2005:15 *Förstärkning och förenkling – ändringar i anställningsskyddslagen och föräldraledighetslagen.*

Departementsserien 2002:56 *En hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv.*

S2007/10527/SF *Jämställdhetsbonus. Familjepolitisk reform.*

S2007/10526/SF *Vårnadsbidrag. Familjepolitisk reform.*

LITTERATUR

Barnard, Catherine, *EC Employment law*. Oxford University press Inc, Oxford 2006.

Carlson, Laura, *Searching for equality. Sex Discrimination, Parental Leave and the Swedish Model with Comparisons to EU, UK and US Law*. Iustus Förlag AB, Uppsala 2007.

Christensen, Anna, ”Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster”, s. 519-574. *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1996.

Christensen, Anna, ”Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser”, s. 35-65. I *Perspektiv på likabehandling och diskriminering. Antologi*. Numhauser-Henning, Ann (utg.), Juristförlaget i Lund, Lund 2000.

Eklund, Ronnie, *Obligatorisk mammaledighet – nytt vin i gamla läglar. I Normativa perspektiv. Festskrift till Anna Christensen. Förlag och ort 2000.*

Ellis, Evelyn. *EU Anti-Discrimination Law*. Oxford University Press, Oxford, 2005.

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

Fudge, Judy, *A new gender contract? Work/Life balance and working-time flexibility*, s. 261-278. I *Labour law, work and family. Critical and comparative perspective* Joanne Conaghan & Kerry Rittich. Oxford University Press Inc, Oxford 2005.

Glavå, Mats, *Arbetsrätt*. Studentlitteratur, Lund 2001.

Inghammar, Andreas, *Funktionshindrad – Med rätt till arbete? En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland*. Juristförlaget i Lund, Lund 2007.

Julén, Jenny, *Ett välsignat tillstånd? Om diskriminering av gravida arbetssökande*, s. 111-147. I *Perspektiv på likabehandling och diskriminering. Antologi*. Numhauser-Henning, Ann (utg.), Juristförlaget i Lund, Lund 2000.

JämO, *Föräldraskap. Kunskaps- och nulägesrapport 2006*. JämO, Stockholm 2006.

JämO, *Årsredovisning 2007*. JämO, Stockholm 2007.

Lundström, Karin, *Jämlikhet mellan kvinnor och män I EG-rätten. En feministisk analys*. Iustus Förlag AB, Uppsala 1999.

Lunning, Lars och Toijer, Gudmund, *Anställningsskydd. Kommentar till anställningsskyddslagen*. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2007.

McGlynn, Clare, *Work, Family and Parenthood: The European Union Agenda*, s. 217-236. I *Labour law, work and family. Critical and comparative perspective* Joanne Conaghan & Kerry Rittich. Oxford University Press Inc, Oxford 2005.

McGlynn, Clare, *Families and the European Union. Law, Politics and Plurlism*. Cambridge University Press, Cambridge 2006.

Nielsen, Ruth och Szyszczak, Erika, *The Social Dimension of the European Union*. Handelshojskolens Forlag, Köpenhamn 1997.

Numhauser-Henning, Ann (utg.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering. Antologi*. Juristförlaget i Lund, 2000.

Numhauser-Henning, Ann, ”Den framtida arbetsmarknadens förutsättningar”, s. 97-108. I *Arbetsmarknad & arbetsliv*, 1997.

Numhauser-Henning, Ann, *Introduktion*, s. 13-34. I *Perspektiv på likabehandling och diskriminering. Antologi*. Numhauser-Henning, Ann (utg.), Juristförlaget i Lund, 2000.

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*. Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2002.

Rönmar, Mia, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet. En komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*. Juristförlaget i Lund, 2004.

SCB, *På tal om kvinnor och män. Lathund om jämställdhet 2006*.

Votinius, Jenny Julén, *Föräldrar i arbete. En könskritisk undersökning av småbarnföräldrars rättsliga ställning*. Makadam förlag, Göteborg & Stockholm 2007.

TIDSSKRIFT

Dagens Nyheter, *Låt staten betala sänkt arbetstid för föräldrar*. 060821

Rättsfallsförteckning

DOMAR FRÅN EG-DOMSTOLEN

Mål C-43/75, *Defrenne mot Sabena II* [1976] ECR 445.

Mål C-519/03, *Kommissionen mot Luxemburg* [2005] ECR I-000.

Mål C-109/00, *Tele Danmark A/S mot Handels- og Kontorfunktion Wrernes Forbund i Danmark* [2001] ECR I-6993.

Mål C-218/98, *Oumar Dabo Abdoulaye m.fl mot Régie Nationale des Usines Renault SA* [1999] ECR I-5723.

Mål C-333/97, *Susanne Lewen mot Lothar Denda* [1999] ECR I-7243.

Mål C-136/95, *Casse nationale d'assurance mot Évelyne Thibault* [1998] ECR I-2011.

Mål C-342/93, *Joan Gillespie m.fl. mot Northern Health och Social Services Board m.fl* [1996] ECR I-475.

Mål C-32/93, *Webb mot EMO Air Cargo* [1994] ECR I-3567.

Mål C-177/88, *Elisabeth Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen* [1990] ECR I-3941.

Mål C-312/86, *Kommissionen mot Frankrike* [1988] ECR 6315.

Mål C-184/83, *Ulrich Hofmann mot Barmer Ersatzkasse* [1984] ECR-3047.

Mål C-193/82, *Kommissionen mot Italien* [1983] ECR 3273.

DOMAR FRÅN ARBETSDOMSTOLEN

AD 2008 nr. 14	AD 1987 nr. 132
AD 2006 nr. 79	AD 1987 nr. 23
AD 2005 nr. 69	AD 1985 nr. 134
AD 2005 nr. 32	AD 1982 nr. 17
AD 2004 nr. 49	AD 1981 nr. 6
AD 2003 nr. 55	
AD 2002 nr. 102	AD 1978 nr. 89
AD 2002 nr. 45	AD 1976 nr. 33
AD 2001 nr. 61	AD 1976 nr. 26

AD 1999 nr. 51

AD 1993 nr. 34