



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sofia Gullbrandsson

Diskrimineringskydd för gravida arbetstagare.

En arbetsrättslig studie av svensk rätt
och EU-rätt.

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare: Docent Mia Rönmar

Arbetsrätt

Vårterminen 2011

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
1.INTRODUKTION	6
1.1 Inledning	6
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Liberalfeministisk teori	7
1.3.1 Inledning	7
1.3.2 Kön och genus	7
1.3.3 Liberalfeminismens innehåll	8
1.3.4 Förutsättningar för att uppnå jämlikhet	9
1.4 Metod och material	11
1.5 Avgränsningar	13
1.6 Disposition	13
2. EU-RÄTT	14
2.1 Inledning	14
2.2 EU:s fördragsutveckling mot en mer jämställd arbetsmarknad	14
2.3 Diskrimineringskydd för gravida arbetstagare	16
2.3.1 Likabehandlingsdirektivet (76/207/EG)	17
2.3.2 Mödravårdsdirektivet (92/85/EEG)	18
2.3.3 Utvecklingen i rättspraxis	19
2.3.3.1 Diskriminering av gravida arbetstagare utgör direkt könsdiskriminering	19
2.3.3.2 Diskrimineringskyddet omfattar alla arbetsvillkor och anställningsformer	20
2.3.3.3 Det råder inte skyldighet att informera om sin graviditet	21
2.3.3.4 Det råder uppsägningsförbud av gravida enligt Mödraskyddsdirektivet	22
2.3.3.5 Diskrimineringskyddet omfattar graviditetskomplikationer	22
2.4 Recastdirektivet (2006/54/EG)	23
2.4.1 Recastdirektivets diskrimineringskydd för gravida arbetstagare	24
2.4.1.1 Direkt diskriminering	25
2.4.1.2 Indirekt diskriminering	25
2.4.2 Bevisbördan	26
2.4.3 Ogiltighetsförklaring, sanktioner och skadestånd	27
2.4.4 Jämställdhetsorgan	29
3. SVENSK RÄTT	31

3.1 Inledning	31
3.2 Sverige och EU-rätten	31
3.3 Utvecklingen mot en mer jämställd arbetsmarknad	32
3.4 Diskrimineringskydd för gravida arbetstagare enligt jämställdhetslagen	35
3.4.1 Allmänt	35
3.4.2 Utvecklingen i rättspraxis	36
3.5 Diskrimineringslagen (2008:567)	39
3.5.1 Diskrimineringslagens diskrimineringskydd för gravida arbetstagare	40
3.5.1.1 Direkt diskriminering	41
3.5.1.2 Indirekt diskriminering	44
3.5.2 Bevisbördan	45
3.5.3 Ogiltighetsförklaring, sanktioner och skadestånd	46
3.5.4 Jämställdhetsorgan	49
3.5.5 Informationsskyldighet beträffande graviditet vid anställningstillfället	52
3.6 Anställningsskyddslagen (1982:80)	53
3.7 Övriga skyddsbestämmelser beträffande gravida arbetstagare	55
4. ANALYS	57
4.1 Diskrimineringskydd för gravida arbetstagare	57
4.1.1 EU-rätt	57
4.1.2 Svensk rätt	59
4.2 Lever svensk rätt upp till EU-rätten och dess krav?	63
4.3 Bidrar diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare till en mer jämställd arbetsmarknad? En liberalfeministisk analys	67
LITTERATUR- OCH KÄLLFÖRTECKNING	72
RÄTTFALLSFÖRTECKNING	78

Summary

The labour legislation in the EU had in its early stages the purpose to avoid barriers of competition and to ensure the free movement within the union. Over time, as EU labour law developed, a greater focus was put on social matters and achieving gender equality became desirable. As a part of this development, the Equal Treatment Directive was adopted. The Directive regulated equal opportunities in employment and prohibited discrimination on the basis of sex. As a further development of labour law, a prohibition of discrimination because of pregnancy was developed and later established. The Pregnant Workers Directive was adopted to protect women's physical condition before and after pregnancy.

During the same period of time, the Swedish legislation developed towards a more equal labour market and the rules of discrimination on the basis of sex grew stronger. Gradually, with the influence of the EU, the Swedish legislation developed protection against discrimination of pregnant employees and rules to protect pregnant women's physical condition was introduced.

The purpose of this thesis is to describe and analyse Swedish labour law on protection against discrimination of pregnant employees and whether the Swedish labour law complies with the demands from the EU. Finally, the aim is to do an analysis in accordance with the liberal feminist theory in order to examine whether the Swedish discrimination protection contributes to the progress towards a sex equal labour market.

Discrimination on the basis of pregnancy is a form of direct discrimination on the basis of sex and can never be justified by law. The protection has over time expanded and covers today the entire recruitment process and all forms of employment. To ensure that protection against discrimination has a real effect in practice, the plaintiff enjoys evidence-relief and an independent regulatory agency is overseeing the protection against discrimination on the basis of pregnancy. Damages, in the event of a violation of a discrimination provision, are to be larger than usual damage claims in order to set the standard that "it will cost you to discriminate".

My conclusions to whether the Swedish discrimination protection meets the requirements of EU law are the following: protection of discrimination against pregnant employees are not clearly stated in the Swedish labour law, the protection is instead apparent only after the interpretation of the laws protecting against sex discrimination. In respect to the other provisions regarding discrimination on the basis of sex, the Swedish legislation meets the requirements of the EU, with certain exceptions regarding probationary. I also came to the conclusion that, in some cases, the Swedish protection goes beyond the legal protection of the EU legislation.

In my final analysis, in accordance with liberal feminism theory, I conclude that, to a large extent, the Swedish discrimination protection contributes to the development that the liberal feminism theory advocates to achieve an egalitarian society and equal employment. The Pregnant Workers Directive's provisions, which establish a special treatment of a particular sex, is however not compatible with the development that Liberal feminism advocates

Sammanfattning

EU-rättens arbetsrättslagstiftning hade i sitt inledningsskede främst till syfte att undvika konkurrenshinder och att säkra den fria rörligheten. Med tiden utvecklades dock arbetsrätten till att lägga större fokus på det sociala området, sociala handlingsprogram antogs och att uppnå jämlikhet mellan könen blev med tiden något eftersträvanvärt. Utvecklingen fortsatte och likabehandlingsdirektivet antogs vilket reglerade jämlikhet på arbetsmarknaden och diskrimineringsförbud med anledning av kön införskaffades. Som en form av diskriminering med anledning av kön kom sedan diskrimineringsförbud med anledning av graviditet att utvecklas och fastslås. Mödravårdsdirektivet antas för att skydda kvinnors fysiska tillstånd före och efter graviditeten.

Samtidigt pågick en utveckling i svensk rätt mot en mer jämställd arbetsmarknad och könsdiskrimineringsskyddet växte sig allt starkare. Så småningom kom det även inom den svenska rätten, med inflytande av EU, att utvecklas ett diskrimineringskydd samt vissa skyddsregler för gravida arbetstagare.

Syftet med denna uppsats är att redogöra för det svenska arbetsrättsliga diskrimineringskydd som finns för gravida arbetstagare samt utreda hur väl EU-rättens diskrimineringskydd för gravida arbetstagare har genomförts i svensk rätt. Slutligen har jag till syfte att utföra en analys enligt liberal feministisk teori för att undersöka om det svenska diskrimineringskyddet bidrar till en fortsatt utveckling mot en mer jämställd arbetsmarknad.

Diskriminering med anledning av graviditet utgör direkt könsdiskriminering och kan aldrig rättfärdigas. Skyddet har med tiden utvidgats och är i dag av bred omfattning då diskrimineringskyddet numera omfattar hela rekryteringsprocessen och samtliga anställningsformer. För att diskrimineringskyddet ska ha reell verkan i praktiken har bevislätnader för käranden fastslagits och ett oberoende tillsynsorgan har i uppgift att utöva tillsyn över diskrimineringslagens bestämmelser. Skadeståndsbeloppen som ska utbetalas vid överträdelse av diskrimineringsbestämmelserna ska sättas högt för att tydligt markera att ”det ska kosta att diskriminera”.

Mina slutsatser angående huruvida det svenska diskrimineringskyddet lever upp till de krav som EU-rätten ställer så kan följande konstateras. Diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare står inte tydligt utskrivet i den svenska lagtexten utan framgår först efter tolkning av lagens skydd mot könsdiskriminering. I övrigt så lever det rättsliga diskrimineringskyddet i den svenska rätten i huvudsak upp till det krav som EU-rätten ställer, med vissa undantag beträffande provanställning. Jag kom även fram till att det svenska skyddet i vissa fall sträcker sig längre än det EU-rättsliga skyddet.

I min slutliga analys, i enlighet med liberalfeminismen, kom jag fram till att det svenska diskrimineringskyddet till stora delar bidrar till den utveckling

som liberalfeminismen förespråkar för att nå ett jämlikt samhälle och med den en jämlik arbetsmarknad. Bestämmelserna enligt mödrskyddsdirektivet, vilka fastslår en särbehandling av ett visst kön, är dock inte förenliga med den utveckling som liberalfeminismen förespråkar.

Förord

Jag vill först och främst tacka mig själv för att jag klarat mig igenom hela utbildningen inklusive examensarbetet och nu är klar! Jag vill även ge ett stort tack till Lund för det fantastiska liv jag haft de fem senaste åren med allt vad det innebär. Jag vill vidare tacka Mia Rönmmar då hon varit en utmärkt handledare. Sist men inte minst vill jag tacka min fantastiska familj som har stått ut med mig under hela min utbildning och som förhoppningsvis kommer göra det även under mitt framtida yrkesliv.

Sofia Gullbrandsson 2011-05-17

1.Introduktion

1.1 Inledning

Dagens arbetsmarknad är öppen för båda män och kvinnor och de har lika rätt att ta del av den och dess möjligheter. Vidare ska män och kvinnor numera behandlas lika i alla arbetsmarknadssituationer. Så har det inte alltid varit. Förr var arbetsmarknaden männens plats i samhället medan kvinnan var hemma och tog hand om barn och hushåll. Men förändringar har skett. Faktumet att kvinnor har, till skillnad från män, den biologiska förutsättningen att bli gravida och föda barn kvarstår. Men det är inte längre en självklart att kvinnan med anledning av detta ska hålla sig borta från arbetsmarknaden. Detta faktum har förändrats. Frågan kan dock ställas om arbetsmarknaden är tillräckligt anpassad för detta.

Trots det faktum att arbetsmarknaden numera är plats för både män och kvinnor är det i praktiken en långt ifrån stöttande samt likabehandling som kvinnliga gravida arbetstagare upplever på arbetsmarknaden. En kvinnlig arbetstagare som blir gravid löper stor risk att missgynnas med anledning av sin graviditet och att genom detta ”hamna efter” och räknas som mindre värd på arbetsmarknaden, jämfört med sina manliga kollegor. Utifrån detta kan fastslås att arbetsmarknaden inte anpassat sig fullt ut efter det faktum att kvinnor till lika stor del som män faktiskt befinner sig på arbetsmarknaden.

Dock försöker lagstiftaren att komma tillrätta med problemet och för att framhäva gravida arbetstagares rätt till lika möjligheter inom arbetsmarknaden finns det inom EU-rätten, genom förordningar, direktiv och rättspraxis, samt inom den svenska rätten genom lagstiftningen, förarbete och praxis, förbud mot diskriminering av gravida arbetstagare.

Då EU-rätten är i ständig utveckling genom nya direktiv och en ständigt växande praxis från EU-domstolen, så innebär detta även en ständig utveckling av den svenska rätten. I och med Sveriges medlemskap i EU år 1995 står Sverige under ständiga krav att den svenska lagstiftningens skydd för gravida arbetstagare ska leva upp till de krav som EU-rätten ställer inom samma område.

1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med uppsatsen är att redogöra för det svenska arbetsrättsliga diskrimineringsskydd som finns för gravida arbetstagare. Jag har även till syfte att utreda hur väl EU-rätten angående gravida arbetstagare, har genomförts i svensk rätt. Mitt syfte är även, utöver att redogöra för gällande rätt, att analysera rätten utifrån en liberal feministisk teoretisk utgångspunkt.

Mina frågeställningar, i förhållande till både svensk rätt och EU-rätt är följande:

Hur har rättsutvecklingen av diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare sett ut fram tills idag? Vilket rättsligt diskrimineringskydd innehar gravida arbetstagare på dagens arbetsmarknad? Hur ser bevisbördan ut i diskrimineringsmål? Vad händer vid överträdelse av diskrimineringsbestämmelserna? Vad finns det för kontrollfunktioner som kontrollera att diskriminering inte äger rum?

Lever den svenska rättens diskrimineringskydd upp till de rättsliga krav EU-rätten ställer?

Medverkar diskrimineringslagens diskrimineringskydd för gravida arbetstagare, i enlighet med liberal feministisk teori, till utvecklingen av en jämställd arbetsmarknad?

1.3 Liberalfeministisk teori

1.3.1 Inledning

Genusvetenskapen är inte en enhetlig teoribildning och således är liberalfeministisk teori en av flera teorier som finns inom genusvetenskapen. De olika teorierna utgår från olika perspektiv och använder sig av olika metoder,¹ och har alla egna förutsättningar och resonemang för att beskriva kvinnans underordning/förtryck/exkludering samt sätt att nå frihet och förändring. Dock har alla som gemensam utgångspunkt antagandet om att könen organiseras hierarkiskt genom samhällets och rättens strukturer.²

Liberalfeminismen utvecklades genom den liberalpolitiska filosofi som växte fram i Storbritannien under upplysningstiden i slutet av 1700-talet och under 1800-talet. Liberalfeminismen utvecklades som en kritik mot att kvinnan inte omfattades av det grundläggande moderna erkännandet om alla människors lika värde, samt idealet om att varje individ utgör sin egen helhet, med förgrundsgestalter som Wollstonecraft och paret Harriet Taylor och John Stuart Mill.³

1.3.2 Kön och genus

Resonemang i enlighet med liberal feministisk teori ger upphov till en diskussion kring kön och genus. Den liberal feministiska tolkningen av dessa begrepp hänvisar till en teoretisk uppdelning i *kön*, det biologiska kvinnokönet och *genus*, de egenskaper som tillskrivs könet genom sociala

¹Tollin, Katharina & Törnqvist, Maria *Feministisk teori i rörliga bilder* 2005 s. 11-12.

² Andersson, Ulrika *Hans (ord) eller hennes? En köns teoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp* 2004 s. 22-23.

³ Nussbaum, Martha C *Sex & Social Justice* 1999 s. 10.

strukturer.⁴ Som Simone de Beauvoirs uttryckte det; ”Att vara kvinna är inte något man föds till utan som man blir”. Enligt liberalfeminismen finns det inte något ”kvinnligt” eller ”manligt” naturligt ihopkopplat med det biologiska könet.⁵ De omständigheter som framhävs som bevis för de könsskillnader som finns mellan män och kvinnor anser liberalfeminismen snarare vara en följd av de sociala könsrollerna mer än en orsak till dem.⁶ Liberalfeminismen har istället ett androgynt människoideal, då de anser att de båda könen delar en grundläggande mänsklig natur.⁷ Detta i motsats till särartsfeminismen vilka anser att kvinnor och män av naturen har skilda egenskaper.⁸

1.3.3 Liberalfeminismens innehåll

I ett liberalfeministiskt idealsamhälle spelar de biologiska skillnaderna mellan kvinnor och män ingen roll för samhällets organisering,⁹ då den grundläggande tanken är att alla är jämställda och att biologiska skillnader inte ska påverka individens värde.¹⁰

Med anledning av att kvinnan historiskt sätt har uteslutits från arbetsmarknaden, politiken och maktstrukturen i samhället är hon, trots att hon nu inneslutits på dessa områden, fortfarande underordnad mannen. Män och kvinnor har genom historien anpassat sig efter de könsroller som samhället skapat, varför patriarkatet inte anses vara mer än ett historiskt missförstånd kring kvinnors och mäns olika värde i samhället, som nu ska åtgärdas. Liberalfeminismen strävar sålunda efter att båda könen ska ha lika rättigheter och skyldigheter och att kvinnan ska betraktas som en fullvärdig individ samt medborgare. Strävan ligger följaktligen mer konkret i att ge kvinnan tillgång till de sfärerna som förr enbart tillhörde männen och detta på samma villkor som männen.¹¹

Liberalfeminism är en frihetsfeminism som vill sätta *individens* lika värde i fokus. Följaktligen drivs liberalfeminismen av en vilja, att i sin strävan efter att förändra det strukturella, även visa respekt för det individuella.¹² Med anledning av att man utgår från individen utgår man likaså ifrån att det är en gemensam angelägenhet för hela befolkningen att undanröja hinder som motverkar ett jämlikt samhälle.¹³

⁴ Larsson, Lisbeth *Feminismer* 1996 s. 5.

⁵ Gemzöe, Lena *Feminism* 2002 s. 38.

⁶ Tollin, Katharina & Törnqvist, Maria *Feministisk teori i rörliga bilder* 2005 s. 27.

⁷ Gemzöe, Lena *Feminism* 2002 s. 38.

⁸ Florin, Christina, Sommestad, Lena, & Wikander, Ulla *Kvinnor mot kvinnor* 1999 s. 217.

⁹ Lejonborg, Lars m.fl. *Liberal feminism* 2001 s. 18.

¹⁰ Gemzöe, Lena *Feminism* 2002 s. 37-38.

¹¹ Ibid. s. 31 & s. 37-38.

¹² Lejonborg, Lars m.fl. *Liberal feminism* 2001 s. 19.

¹³ Ibid. s. 13.

1.3.4 Förutsättningar för att uppnå jämlikhet

Kvinnor ska ha laglig rätt till att delta i sfärer vilka tidigare enbart tillhörande männen i samhället, såsom arbetsmarknaden, och detta på samma villkor som männen. Jämlikhet kan dock inte enbart åstadkommas med hjälp av införskaffande av lagar angående lika rättigheter för män och kvinnor. Liberalfeministisk teori, liksom alla andra feministiska teorier, anser nämligen att både formella och informella strukturer måste arbetas bort då det i dagens samhälle existerar sociala könsroller och normer vilka begränsar människan (kvinnan) i samhället och på arbetsmarknaden och som således måste upplösas.¹⁴ Dilemmat är hur.

När de olika genusteorierna behandlar ämnet jämlikhet och tillvägagångssätt för att uppnå jämlikhet mellan könen behandlas ofta detta så kallade Wollstonecraftsdilemmat; Bör kvinnor föra anspråk på lika regler och rättigheter *som individer* eller ska kvinnorna ta fasta på sin *särart* och hävda sina medborgerliga rättigheter i kraft av dem?¹⁵ Liberalfeminismen anser att kvinnorna, i motsats till särartfeminismen,¹⁶ ska göra anspråk på sina rättigheter *som individer*.¹⁷ Detta för att förstärka *individens*, oavsett kön, rättigheter och självständighet, och genom detta lägga grunden för det fria samhället.¹⁸ Kvinnor ska ha lika rätt och möjligheter på arbetsmarknaden som den kvinnliga *individ* hon är.

Det kan i detta sammanhang dras paralleller från den liberalfeministiska teorin till de tre normer som Julèn Votinius har fastställt råder inom arbetsmarknaden beträffande arbetstagare som skaffar barn. *Moderskapsnormen*, som bygger på tanken att kvinnan av naturen är mer lämpad för omsorgsuppgifter och således har ett större moraliskt ansvar än mannen att ta hand om barnen. *Föräldraskapsnormen* innebär att föräldraskapets omsorgsförpliktelser för barnen ska vara fördelad mellan föräldrarna. Förvärvsarbetet ska organiseras mellan föräldrarna utefter lika ansvar för barnen och försörjningen. Att föräldrarna är av olika kön påverkar inte hur ansvaret ska fördelas utan det råder en könlös uppdelning. *Normen om begränsat omsorgsansvar*, är en norm beträffande det faktum att rollen som förälder och hängiven arbetstagare inte går ihop då arbetsmarknaden anser föräldraskapet som ett problem på arbetsmarknaden.¹⁹

Då liberalfeministerna vill att kvinnor ska göra anspråk på sina rättigheter som individer så kan följaktligen fastslås att liberalfeminismen vill stärka den norm som Julèn Votinius benämner som föräldraskapsnormen och dess könlösa uppdelning av barnomsorg och förvärvsarbete. Till skillnad från särartfeministerna som istället vill stärka moderskapsnormen, då de anser

¹⁴ de Beauvoir, Simone *Det andra könet* 1945 s. 451-452.

¹⁵ Tollin, Katharina & Törnqvist, Maria *Feministisk teori i rörliga bilder* 2005 s. 43.

¹⁶ Särartfeminister anser att kvinnorna ska ta tillvara på sin *särart* i strävan på jämlikhet.

¹⁷ Tollin, Katharina & Törnqvist, Maria *Feministisk teori i rörliga bilder* 2005 s. 43.

¹⁸ de Beauvoir, Simone *Det andra könet* 1945 s. 451-452.

¹⁹ Julèn Votinius, Jenny *Föräldrar i arbete* 2007 s. 36 ff.

att kvinnorna ska hävda sina rättigheter genom att förhöja de egenskaper som endast kvinnor, med anledning av sin särart, besitter.

Vad innebär då det juridiska begreppen likabehandling av arbetstagare på arbetsmarknaden? Främjar detta begrepp lika rättigheter för alla *individer*? Innebär diskrimineringskyddet och de skyddsregleringar som finns för gravida kvinnor, ett steg i rätt riktning mot det fria samhället?

Liberalfeminismen anser det inte vara en förutsättning för att uppnå jämlikhet, att förstärka de egenskaperna vilka är att anses som "kvinnliga", utan strävan ligger istället i att alla individer ska ha samma förutsättningar. Detta till skillnad mot särartfeminister vilka istället strävar efter att upphöja de kvinnliga egenskaperna till en nivå likvärdig den nivå manliga de egenskaperna har.²⁰ Liberalfeministerna anser att biologiska skillnader mellan män och kvinnor aldrig ska kunna motivera systematisk underordning av kvinnor eller skapa riktlinjer och utgångspunkter för hur ett samhälle ska fungera.²¹ Det ska inte heller på något sätt kunna påverka vårt värde som individer.²² För att få bort den systematiska underordningen av kvinnor ska man inte behöva förneka de fysiologiska skillnader som finns mellan könen. Det är istället den manliga norm som genomsyrar samhället som måste brytas ner.²³ Mönster och strukturer i samhället som påvisar skillnader i könets egenskaper, måste luckras upp.²⁴ För att möjliggöra detta måste "de sanna" utgångspunkterna uppmärksammas och förstås i ljuset av sociala arrangemang och könsroller, inte biologiska.²⁵ Exempelvis ska den biologiska skillnaden att enbart kvinnan kan bli gravid inte innebära en "sann" utgångspunkt att även kvinnan ska stå för fostrandet av barnet. Den biologiska skillnaden att män inte kan bli gravida, ska vidare inte innebära en "sann" utgångspunkt att mannen inte ska stå för lika stor del av fostrandet av barnen. Dessa "sanna" utgångspunkter måste uppmärksammas och revideras.

Diskrimineringskyddets syfte är att kvinnor inte ska diskrimineras på arbetsmarknaden, varför det finns ett lagstadgat förbud mot diskriminering av kvinnliga arbetstagare. Men är kvinnornas lagstiftande diskrimineringskydd ett sätt att komma till bukt med revideringen av dessa "sanna" utgångspunkter? Eller är diskrimineringslagstiftningen en bromskloss som innebär ett utpekande för kvinnor som automatiskt mindre värda, då de inte lever upp till den manliga norm som genomsyrar arbetsmarknaden, och som därav behöver skyddas från diskriminering?

liberalfeministisk teori menar att strävan efter jämlikhet måste ses ur ett bredare perspektiv, som sträcker sig längre än att reformera

²⁰ Fredman, Jane *Feminismen - en introduktion* 2003 s. 23-24.

²¹ Tollin, Katharina & Törnqvist, Maria *Feministisk teori i rörliga bilder* 2005 s. 27 ff. & s. 44.

²² Gemzöe, Lena *Feminism* 2002 s. 38.

²³ Tollin, Katharina & Törnqvist, Maria *Feministisk teori i rörliga bilder* 2005 s. 27-29.

²⁴ Lejonborg, Lars m fl. *Liberal feminism* 2001 s. 13.

²⁵ Tollin, Katharina & Törnqvist, Maria *Feministisk teori i rörliga bilder* 2005 s. 27-28.

arbetsmarknaden och tilldela kvinnor formella rättigheter. Fokus måste likaledes ligga på vad som händer utanför arbetsmarknaden, i hemmet m.m. då detta är helt avgörande för hur stor andel av kvinnorna som kan göra verklighet av de formella rättigheterna de har på arbetsmarknaden. Om många privata beteenden tillsammans blir ett samhällsproblem måste detta åtgärdas. På konkret nivå innebär detta att liberalfeministerna anser att man även måste ta sig an frågor av opolitisk natur. "Det personliga är politiskt" är ett uttryck som används i dessa sammanhang.²⁶ Exempelvis; i vårt samhälle är det kvinnorna som till största del förväntas ta ansvar för barn och situationer i samband med dessa, vilket medverkar till att kvinnan får en svagare ställning på arbetsmarknaden. Av den anledningen anser liberalfeminismen att vi, för att uppnå jämlikhet på arbetsmarknaden, även måste sträva efter jämlikhet utanför arbetsmarknaden och framför allt i hemmet.²⁷ För att möjliggöra en realisering av detta måste kvinnornas rättigheter och privilegier på olika sätt utvidgas för att göra kvinnorna likvärdiga männen.²⁸ Diskrimineringsskyddet för kvinnorna på arbetsmarknaden är således inte tillräckligt. Övriga lagstiftningsområden, som rätten att ta ut föräldraledighet, att arbeta deltid som småbarnsföräldrar samt rätten till föräldrapenning m.m. måste uppmärksammas och utvecklas.²⁹

Liberalfeminismen tror att det i samband med lagstiftningsreformer krävs uppfostran och utbildning med anknytning till ämnet för att på så sätt påverka attityder och uppmärksamma problemet. Genom detta samverkande tillvägagångssätt vill liberalfeministisk teori verka för att snabbare ta itu med problemet.³⁰

Strävan efter alla individers självständighet och lika rättigheter ligger alltså i fokus enligt liberalfeminismen. Detta till skillnad från socialistiska feminister vilka anser att samhällets ojämlikhet har sin grund i det kapitalistiska produktionssystemet och den arbetsfördelning som är förenligt med detta system.³¹ Enligt socialistiska feministers syn, krävs för att uppnå jämlikhet istället en grundlig förändring av de sociala och ekonomiska strukturerna som skapar hierarki mellan könen.³²

1.4 Metod och material

För att på ett klart och tydligt sätt kunna klargöra rättsreglerna och dess innebörd, för att i ett senare skede lättare kunna analysera reglerna

²⁶ Tollin, Katharina & Törnqvist, Maria *Feministisk teori i rörliga bilder* 2005 s. 30.

²⁷ Lejonborg, Lars *Liberal feminism* 2001 s. 15-16.

²⁸ Freedman, Jane *Feminism- en introduktion* 2003 s. 13.

²⁹ Jag har avgränsat min uppsats syfte till kvinnors graviditet och skyddet omkring detta. Av den anledningen berör jag inte diskussionen rörande föräldraledighet, rätt att arbeta deltid som småbarnsföräldrar, rätt till föräldrapenning m.m. mer än att jag här nämner att det finns andra lagstiftningsområden som på olika sätt kan bidra till att stärka kvinnans roll på arbetsmarknaden.

³⁰ Gemzöe, Lena *Feminism* 2002 s. 31.

³¹ Freedman, Jane *Feminism- en introduktion* 2003 s. 13.

³² Gemzöe, Lena *Feminism* 2002 s. 44.

teoretiskt, har jag med hjälp av rättsdogmatisk metod arbetat med mitt juridiska material. Metodens huvuduppgift är att systematisera³³ samt tolka gällande rätt på ett sammanhängande samt etiskt godtagbart sätt.³⁴

Att bearbeta material med hjälp av rättsdogmatisk metod innebär att man försöker fastslå och mer djupgående undersöka den gällande rätten inom ett utvalt och begränsat rättsområde.³⁵ Genom detta tillvägagångssätt utför man en rekonstruktion av rättsystemet, för att ge en meningsfylld mening åt dess lagar och domar.³⁶ I utförandet av denna metod, ska man, i enlighet med den svenska lagstiftningens rättskällelära, använda sig av rättskällor, vilka befinner sig i den hierarkiska ordning som de här är uppräknad; lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin. I den svenska rätten är även kollektivavtal en rättskälla av stor betydelse inom arbetsrätten.

Principerna om EU-rättens företräde framför nationell rätt samt principen om direkt effekt är grundstenar för den svenska domstolens tillämpning av EU-rätten.³⁷ För att kunna klargöra EU-rätten och dess innebörd har jag tagit del av EU-rättskällorna, vilka består av primärrätten, sekundärrätten och subsidiära rättskällor. Primärrätten består av de "grundläggande" fördragen, EU-fördraget och fördraget om EU:s funktionssätt. Sekundärrätten, så som unilaterala rättsakter (direktiv, beslut, yttranden och rekommendationer, meddelande samt vitböcker och grönböcker) och avtal, är rättsakter som baserar sig på fördragen. I de subsidiära rättskällorna ingår allmänna EU-rättsliga principer, rättspraxis från Europeiska unionens domstol, doktrin samt internationell rätt.³⁸ Då EU-rätten är dynamisk, ständigt i förändring, ges de subsidiära rättskällorna stort utrymme.

Inom arbetsrätten är det direktiven som är den viktigaste och mest framstående rättskällan,³⁹ följaktligen har jag till största del använt mig av dessa och sedan använt de subsidiära rättskällorna för att utröna dess reella innebörd. Genom detta tillvägagångssätt har jag tagit del av rättskällorna inom mitt ämnes område och sen sammanfattat och systematiserat informationen. Jag har genom uppsatsens gång försökt hålla fast vid ett kritiskt synsätt för att tydliggöra eventuella värderingar, vilket allt som rör juridik ytterst handlar om.⁴⁰

EU-rätten har företräde framför EU-medlemsstaternas nationella lagstiftning, varför den nationella rätten får ge vika när den står i strid med EU-rätten. EU-rätten har därutöver direkt effekt och kan således åberopas direkt inför EU-medlemsstaternas domstolar.⁴¹ Då dessa principer är

³³ Sandgren, Claes *Om teoribildning och rättsvetenskap* 2004-05.

³⁴ Peczenik, Alexander *Juridikens teori och metod* 1995 s. 33-34.

³⁵ Ehrberg, Bert *Praktisk juridisk metod* 2006 s. 178.

³⁶ Jareborg, Nils *Rättsdogmatik som vetenskap* 2004.

³⁷ Nyström, Birgitta *EU och arbetsrätten* 2011 s. 39 ff.

³⁸ http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/114534_sv.htm 2011-03-07 kl. 09.27.

³⁹ Nyström, Birgitta *EU och arbetsrätten* 2011 s. 39 ff.

⁴⁰ Glavå, Mats *Arbetsrätt* 2001 s. 20.

⁴¹ <https://e-justice.europa.eu/content> 2010-03-07 2011-03-07 kl. 08.45.

grundstenar för den svenska domstolens tillämpning av EU-rätten,⁴² har jag arbetat efter detta faktum då jag i analysen har granskat om den svenska rätten lever upp till EU-rättens krav.

1.5 Avgränsningar

Jag har avgränsat syftet med min uppsats till att endast beröra gravida arbetstagares diskrimineringskydd på arbetsmarknaden. Jag har därutöver helt utelämnat rätten till mammaledighet och föräldraledighet, samt diskrimineringskydd i samband med dessa ledigheter. Vidare har jag avgränsat mig till att endast redogöra för det svenska diskrimineringskyddet och följaktligen inte redogjort för något annat lands rättsläge. Beträffande min redogörelse av liberalfeministisk teori har jag endast fokuserat på de delar av teorin som berör mitt ämnesområde och således avgränsat mig emot resterade delar av teorin

1.6 Disposition

Jag har disponerat min uppsats enligt följande; Det första kapitlet består av en introduktion till uppsatsen vilket behandlar uppsatsens syfte, frågeställning, avgränsning, metod och material samt ett teoriavsnitt vilket behandlar den liberalfeministiska teori som senare kommer att ligga till grund för en del av min avslutande analys. Därefter kommer två kapitel vilka behandlar utvecklingen och dagens rättsliga situation för gravida arbetstagares diskrimineringskydd inom EU-rätten samt inom den svenska lagstiftningen. För att återge en så klar och pedagogisk uppdelning som möjlig har jag valt att redogöra för EU-rätten och den svenska rätten i enskilda kapitel. I mitt fjärde kapitel kommer sedan en avslutande analys vilken kommer behandla en kort redogörelse av diskrimineringskyddet inom de båda rättsområdena, för att sen följas av en diskussion angående om den svenska rätten lever upp till EU-rätten. Mitt fjärde kapitel kommer även innehålla min analys utifrån liberalfeministisk teori.

⁴² Nyström, Birgitta *EU och arbetsrätten* 2011 s. 39 ff.

2. EU-rätt

2.1 Inledning

På EU-rättslig nivå utgör inte graviditet i sig en diskrimineringsgrund. Istället betraktas diskriminering av gravida kvinnor som ett brott mot likabehandlingsprincipen och således som en form av könsdiskriminering med anledning av att graviditeten främst kopplas samman med kvinnan. Likabehandlingsprincipen är en grundläggande princip i EG-rätten och förbud mot diskriminering är följaktligen en specificering av denna allmänna princip.⁴³ Således har diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare varit beroende av utveckling av likabehandlingen av män och kvinnor inom arbetsmarknaden. I nedanstående kapitel följer en redogörelse över EU-rättens utveckling mot en mer jämställd arbetsmarknad och med det ett utvidgat diskrimineringskydd för gravida arbetstagare.

2.2 EU:s fördragsutveckling mot en mer jämställd arbetsmarknad

EU-rättens utveckling av arbetsrätten, som en del av socialpolitiken, har ägt rum i olika faser från det att EG-fördraget år 1958 trädde i kraft och fram tills idag.⁴⁴ I inledningsskedet betraktades den arbetsrättsliga regleringen främst som ett sätt att undvika konkurrenshinder och för att säkra den fria rörligheten. Det var först på 1970- talet som man fastslog att även det sociala området var en viktig del inom EU och ett socialt handlingsprogram antogs. I och med detta lades en högre prioritet på arbetsrätten. Bakgrunden till denna utveckling ägde rum som en konsekvens av utvecklingen av välfärdsstaten och trygghetssystemen i Västeuropa, samt för att ta itu med de negativa konsekvenser som följde av den ekonomiska integrationen.⁴⁵

Det var under denna period som jämlikhet mellan könen börjande anses som något eftersträvansvärt och rådets direktiv om lika lön för kvinnor och män (75/117/EG) antogs⁴⁶ med bakgrund av artikel 141 EG-fördraget om lika lön.⁴⁷ Direktivet om lika lön för män och kvinnor var ett av de första uttrycken för att EU ville arbeta mot en union där det skulle råda jämlikhet mellan kvinnor och män. Dock ska påpekas att motivet för likalöneprincipen från början endast var av ekonomiskt karaktär. Det var först då EU-domstolen fastslog i praxis genom *Defrenne*⁴⁸ att syftet med likalöneprincipen var tvåfaldigt, då likalöneprincipen vid sidan av den

⁴³ Prop.1999/2000:143 s. 29.

⁴⁴Nielsen, Ruth & Szyscak, Erika *The social Dimension of the European Union* 1997 s.17.

⁴⁵ Nyström, Birgitta *EU och arbetsrätten* 2011 s. 49-50.

⁴⁶Barnard, Catherine *EC Employment law*2006 s. 9-10.

⁴⁷ Artikeln föreskriver lika lön för kvinnor och män som utför lika eller likvärdigt arbete.

⁴⁸Mål C-43/75*Defrenne*.

ekonomiska avsikten även hade ett socialt syfte. I och med detta tillsattes en allmän likabehandlings eller icke-diskrimineringsprincip som en grundläggande princip inom gemenskapsrätten.⁴⁹

Utvecklingen fortsatte och år 1987 trädde den europeiska enhetsakten ikraft med syfte att motverka risker för social dumping och de arbetsrättsliga reglerna hamnade återigen i fokus. Enhetsakten införde en skyldighet för kommissionen att på europeisk nivå uppmuntra representanter för arbetsmarknadens parter att upprätthålla en social dialog.⁵⁰ Enhetsakten innehöll dock inga särskilda bestämmelser rörande jämställdheten på arbetsmarknaden utan inriktade sig på arbetstagarnas säkerhet och hälsa.

Två år senare, år 1989 antogs ett dokument, betraktat som en politisk viljeförklaring, *Gemenskapens stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter*. Detta dokument ledde inte till ett unionsfördrag då medlemsstaterna inte kunde komma överens, men ett särskilt avtal om socialpolitik slöts, i vilket lika möjligheter och likabehandling mellan kvinnor och män omnämndes. Avtalets målsättning var att socialpolitiken skulle ingå i det grundläggande fördraget. Något som senare uppfylldes då Amsterdamfördraget undertecknades den 2 oktober år 1997 och ikraftträdande två år senare den 2 oktober 1999.⁵¹

Amsterdamfördraget avsåg att förändra fördragen om Europeiska Unionen till syfte att lagstiftningsförfarandena skulle förenklas. Därför introducerades ett mer enhetligt system med tre olika lagstiftningsförfaranden såsom samråds-, medbeslutande- och samtyckesförfarande.⁵² I samband med Amsterdamfördraget skedde ytterligare utveckling av jämlikheten genom att *gender mainstreaming* infördes. Detta innebar att unionen nu och i framtiden skulle ha som målsättning att eliminera ojämlikheter och främja jämställdhet mellan kvinnor och män inom alla verksamheter. Jämställdhetsprincipen fastställdes härmed i ett fördrag.⁵³

Ytterligare ändringar av fördraget om Europeiska Unionen skedde genom EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna som proklamerades genom Nicefördraget, som undertecknades den 26 februari 2001 och trädde i kraft den 1 februari 2003.⁵⁴

Fördragets syfte var att i ett överskådligt dokument samla alla de friheter, rättigheter och principer som redan hade erkänts av EU i ett dokument. Angående likabehandling mellan män och kvinnor så fastslås i

⁴⁹Barnard, Catherine *EC Employment law* 2006 s. 299.

⁵⁰Ibid s. 12.

⁵¹Nyström, Birgitta *EU och arbetsrätten* 2011 s. 53-54.

⁵²Amsterdamfördraget med ändring av Fördraget om Europeiska unionen, fördragen om upprättande av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som har samband med dem.

⁵³Barnard, Catherine *EC Employment law* 2006 s. 304.

⁵⁴ Nicefördraget om ändring av fördraget om Europeiska Unionen, fördragen om upprättande av Europeiska gemenskaperna och vissa akter som hör samman med dem.

Nicefördraget artikel 23 att jämställdhet mellan män och kvinnor ska säkerställas på alla områden.

EU-stadgan om grundläggande rättigheter blev rättsligt bindande genom den senaste förändringen på det EU-rättsliga området, genom Lissabonfördraget som undertecknades den 13 december 2007 och trädde i kraft den 1 december 2009. Lissabonfördraget bilades efter ett flertal år av förhandlingar, i syfte att ändra, dock ej ersätta, de befintliga EU- och EG-fördragen. Detta för att verka för ett mer demokratisk och öppet EU samt ett effektivare EU där gemensamma värderingar och rättigheter främjas. Fördraget ska även bidra till att stärka det gemensamma samarbetet mot frihet, solidaritet och säkerhet samt stärka EUs internationella roll.⁵⁵ Följaktligen är det här vi är idag, år 2011, beträffade det rättsliga utgångsläget i EU-rätten.

Fördragens antagande har bidragit till ett utvidgat samarbete mellan medlemsstaterna och förnyade arbetsmetoder. Särskilda direktiv har skapats utifrån fördragen, vilka har utvecklats vidare genom att rättsläget utvecklats och fastslagits i rättspraxis av EU-domstolen. EU-rätten är i ständig förändring och kommer således aldrig att blir en "färdig" rätt utan kommer alltid formas om och förnyas utefter hur medlemsstaterna och dess gemensamma samarbete utvecklas.

2.3 Diskrimineringskydd för gravida arbetstagare

I takt med att EU-rätten vidgats och utvecklats likt ovan beskrivet har likabehandling mellan män och kvinnor och således diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare vuxit fram och etablerat sig. Med ikraftträdande fördrag och ingångna avtal mellan medlemsstaterna som grund, har direktiv med bestämmelser på området antagits. Direktiv som varit av stor betydelse för diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare är likabehandlingsdirektivet och till viss del mödraskyddsdirektivet. Även den praxis som EU-domstolen fastslagit i samband med dessa direktiv har till stor del påverkat och utvecklat rättsläget.

I utvecklingen av likabehandling mellan män och kvinnor har genom direktiv och rättspraxis framkommit två definitioner på diskriminering.⁵⁶ Den första definitionen var *Direkt diskriminering* vilket innebär att någon som en direkt följd av sin könstillhörighet utsätts för diskriminering.⁵⁷ Då denna form av diskriminering inte ansågs som ett tillräckligt medel för att uppnå de syften som eftersträvades, reell likabehandling, utvecklades även *indirekt diskriminering*.⁵⁸ Indirekt diskriminering anses föreligga när en

⁵⁵http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index_sv.htm 2011-03-23 kl. 09.37.

⁵⁶ Mer om detta i kapitel 2.3.1.

⁵⁷Mål C-129/79 *Macartys* .

⁵⁸Lundström, Karin *Perspektiv på Likabehandling* 2000 s. 94.

bestämmelse, även om den är neutralt formulerad, faktiskt missgynnar ett mycket större antal kvinnor än män.⁵⁹

2.3.1 Likabehandlingsdirektivet (76/207/EG)

Det första direktivet som rådet antog på området var likabehandlingsdirektivet (76/207/EG). Direktivet utfärdades med stöd av artikel 235 i EG-fördraget, om likabehandling av kvinnor och män ifråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor. Direktiv ändrades genom 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. Syftet med likabehandlingsdirektivet var att medlemsstaterna skulle realisera principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning, arbetsvillkor samt social trygghet, likabehandlingsdirektivet artikel 1.

Ur likabehandlingsdirektivets ingress framgår att ett av gemenskapens mål är att det ska råda likabehandling mellan kvinnliga och manliga arbetstagare och likabehandlingsprincipen fastslogs för första gången i ett direktiv. Likabehandlingsprincipen innebär att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus; likabehandlingsdirektivet artikel 2. Likabehandlingsprincipen innebär vidare att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön inom arbetslivet i vid mening. Vilket mer specifikt innebar att likabehandlingsprincipen skulle tillämpas i villkor som t.ex. urvalskriterier, för tillgång till alla arbetsuppgifter eller befattningar i någon som helst sektor eller verksamhetsgren och på alla nivåer, likabehandlingsdirektivet artikel 3.

I strävan efter att kvinnor och män skulle vara garanterade samma villkor och att det inte skulle förekomma någon diskriminering med anledning av sitt kön, föreskrevs medlemsstaterna skyldighet att vidta särskilda nödvändiga åtgärder. Åtgärderna som skulle vidtas var att avskaffa eller omarbete lagar och författningar som stred emot likabehandlingsprincipen, samt ogiltigförklara eller avskaffa alla bestämmelser som stred emot likabehandlingsprincipen som ingick i kollektivavtal, individuella anställningsavtal, interna bestämmelser i företag eller i bestämmelser som reglerar all självständig yrkesverksamhet, likabehandlingsdirektivet artikel 5. Samtliga av direktivets artiklar var generellt utformande och således betraktades det inte som en förutsättning att det skulle vara missgynnande i förhållande till en person av motsatt kön för att diskriminering skulle anses ha ägt rum.⁶⁰

⁵⁹ Mål C-1/95 *Gerster* och Mål C-100/95 *Kordning*.

⁶⁰ Vilket även fastslogs i praxis genom Mål C-177/88 *Dekker*.

2.3.2 Mödravårdsdirektivet (92/85/EEG)

Mödravårdsdirektivet,⁶¹ eller direktiv (92/85/EEG) om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar, är ett minidirektiv på arbetsmiljörättens område.⁶² Direktivet har till syfte att säkerställa skyddet av moderns fysiska tillstånd före och efter förlossningen, då det av direktivets preambel påvisas att gravida personer är en extra utsatt grupp som därav är i behov av skydd och således inte får utsättas för riskfyllda situationer. I praxis har direktivets syfte fastslagits vara att säkerställa det fysiska tillståndet hos modern under den tid som följer under och efter graviditeten samt nedkomsten för att förhindra att förhållandet störs genom den ökade belastning som ett samtidigt utövande av en yrkesverksamhet innebär, samt att skydda det särskilda förhållandet mellan modern och barnet.⁶³ Arbetsgivaren ska på olika sätt underlätta arbetet för kvinnor i denna situation genom att omplacera vid farliga och för ansträngande uppgifter. Mödravårdsdirektivet fastslår även ett uppsägningsförbud av kvinnor från graviditetens början till mammaledighetens slut.⁶⁴

Det är uttalat att tillämpningen av direktivet inte under några om helst omständigheter får leda till att likabehandlingsprincipen mellan män och kvinnor åsidosätts.⁶⁵ Ellis anser att ställningstagande är olämpligt då det medför risker att kvinnor framställs som svagare än män. Något som skulle kunna legitimera en särbehandling av kvinnor, vilket går rakt emot direktivets syfte.⁶⁶

Europeiska kommissionen kom med ett förslag år 2008 rörande en skärpning av mödraskyddsdirektivet. Syftet till revideringen är utifrån ett arbetsmiljöperspektiv och föreskriver mer ledighet som till viss del ska vara obligatorisk, för nyblivna och ammande mödrar. Förslaget innehöll rent konkret att rätten till ledigheten skulle förlängas från 14 veckor till 18 veckor. Sex av dessa veckor skulle, istället för de två veckorna som nu finns, vara obligatoriska.⁶⁷ Revidering pågår just nu, utefter kommissionens förslag.⁶⁸

⁶¹ Mödravårdsdirektivet påverkades inte av antagandet av Recastdirektivet utan är idag kvar i sin helhet.

⁶² Mödravårdsdirektivet art 10.

⁶³ Från domskälen i Mål C-519/03 *Kommissionen mot Luxemburg*.

⁶⁴ Mödravårdsdirektivet art 10 se vidare avsnitt 2.2.3.4.

⁶⁵ Direktivets preambel samt Nyström, Birgitta *EU och arbetsrätten* 2010 s. 334.

⁶⁶ Ellis, Evelyn *EC Sex Equality Law* 2005 s. 241.

⁶⁷ Ahlberg, Kerstin *Förslag till direktiv med ändringar i direktivet om säkerhet och hälsa* 2008.

⁶⁸ Då denna revidering behandlar mammaledighet så diskuterar jag inte detta vidare med anledning av mina avgränsningar.

2.3.3 Utvecklingen i rättspraxis

EU-domstolens praxis har till stor del bidragit till den rättsliga utvecklingen. Således ska jag nu redogöra för utvecklingen i rättspraxis av diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare.

2.3.3.1 Diskriminering av gravida arbetstagare utgör direkt könsdiskriminering

Likabehandlingsdirektivet medförde att praxis började framträda på området. Genom *Dekker*⁶⁹ fastslogs för första gången i praxis att diskriminering av gravida arbetstagare och arbetssökande innebär direkt diskriminering på grund av kvinnlig könstillhörighet.⁷⁰

Målet rörde en kvinna som inte fick den anställning hon sökte, och var kvalificerad till, på grund av att hon var gravid i tredje månanden. Arbetsgivaren hänvisade till att han inte skulle ha råd att varken betala ersättning under hennes kommande föräldraledighet eller att anställa en vikarie under den period hon skulle vara borta från arbetet. Domstolen kom fram till att arbetsgivaren bröt mot likabehandlingsprincipen då hans vägran att anställa den arbetssökanden kvinnan endast grundade sig i de möjliga nackdelar, ekonomiska förluster, som kunde uppstå i samband med anställning av en gravid kvinna. Domstolen slog således för första gången fast att *nekande av anställning på grund av graviditet utgör direkt könsdiskriminering*, då det endast är kvinnor som kan bli gravida. Av domstolens ställningstagande framgår även att det utgör direkt könsdiskriminering oavsett det faktum att de andra sökande också är kvinnor, det krävs således inte någon manlig jämförelseperson.

Barnard understryker att EU-domstolens ställningstagande i detta mål är ett steg i rätt riktig mot att få bort den manliga norm som hon hitintills ansett har genomsyrat arbetsmarknaden. Hon poängterar vidare att det är ett biologiskt faktum att det bara är kvinnor som kan bli gravida och att detta biologiska faktum självfallet inte ska kunna ligga till grund för att kvinnor ska ha sämre förutsättningar än män på arbetsmarknaden. Det faktum att diskriminering av gravida arbetstagare numera utgör direkt könsdiskriminering anser Barnard innebära att man inte längre kan utgå ifrån att det är mannen som utgör normen på arbetsmarknaden. Kvinnan behöver numera inte anpassa sig efter den manliga normen för att ha en chans att passa in och ha likartade chanser på arbetsmarknaden.⁷¹

⁶⁹ Mål C-177/88 *Dekker*.

⁷⁰ Efter *Dekker* har detta ställningstagande bland annat fastslagits genom Mål C-421/92 *Haberman* & Mål C- 400/95 *Larsson*.

⁷¹ Barnard, Catherine *EC Employment Law* 2006 s. 398.

2.3.3.2 Diskrimineringskyddet omfattar alla arbetsvillkor och anställningsformer

I och med *Webb*⁷² utvidgas diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare till att gälla alla arbetsvillkor. Målet rörde en kvinna som anställdes för att ersätta en annan arbetstagare. Då kvinnan berättade att hon var gravid sa arbetsgivaren upp henne med anledning av att hon skulle komma att vara borta från arbetet under samma period som den arbetstagare hon skulle ersätta var frånvarande.

Domstolen fastslog i detta mål att uppsägningen av en den gravida kvinnan inte kunde godtas. Det faktum som arbetsgivaren hänvisar till, att kvinnan på grund av sin graviditet inte skulle kunna stå till förfogande under en viss tidsperiod och således inte kunna uppfylla grundläggande villkor i anställningskontraktet, ansågs ej vara ett godtagbart skäl. Det skydd som garanteras kvinnor under och efter graviditeten ska inte vara beroende av huruvida kvinnans närvaro under och efter graviditeten är nödvändig för driften av företaget. Domstolen ansåg att tolka likabehandlingsdirektivet annorlunda skulle göra dess bestämmelser verkningslösa. Således klargjorde *Webb* att skyddet för gravida *inte längre bara innebär en rätt till att få tillbaka tidigare arbeten eller likvärdig tjänst utan utvidgas nu till att gälla alla arbetsvillkor*. Domstolen lämnade dock öppet hur utgången hade blivit om den gravida arbetstagaren hade haft visstidsanställning och inte, som i det aktuella fallet, en tillsvidareanställning.

Ett annat mål från EU-domstolen, *Mahlburg*⁷³ fastslog återigen att diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare gäller beträffande alla arbetsvillkor, i detta mål rörde det ett lagstadgat sådant. Målet rörde en kvinna som innehade en tidsbegränsad anställning som sjuksköterska men som nu sökte två tillsvidareanställningar som utlysts internt. I samband med sökandet av tjänsterna meddelade hon arbetsgivaren att hon var gravid. Kvinnans ansökan avslogs med motiveringen att de med anledning av lagstadgade krav inte kunde anställa henne. Tjänsten innebar att arbetstagaren skulle tillbringa tid inne i operationssalar, något som, med anledning av infektionsrisk, var förbjudet för gravida arbetstagare.

Domstolen fastslog att likabehandlingsprincipen utgjorde hinder för arbetsgivaren att förneka en gravid kvinna tillsvidareanställningen på grund av ett lagstadgat förbud. Det faktum att kvinnan, under sin graviditet, inte kunde uppfylla grundläggande villkor i anställningsavtalet, att till viss del arbeta inne i operationssalarna, ansågs inte vara ett godtagbart skäl. Arbetsgivaren bröt på grund av detta mot likabehandlingsprincipen då han inte gav kvinnan en tillsvidare anställning. Detta trots det faktum att hon inte, med anledning av sin graviditet, med omedelbar verkan kunde tillträda anställningen.

⁷² Mål C-32/93 *Webb*.

⁷³ Mål C-207/98 *Mahlburg*.

Det faktum att diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare utvidgas till att gälla alla arbetsvillkor framgår även av mål som *Hofman*⁷⁴ och *Habermann*.⁷⁵

Beträffande anställningsformer fastslogs av *Tele Danmark*,⁷⁶ samt senare genom mål *Melgar*,⁷⁷ att rättsläget beträffande likabehandlingsprincipen inte förändras av det faktum att den aktuella anställningen är tillsvidare, för en viss tid eller för en begränsad uppgift. Likabehandlingsprincipen är tillämplig oavsett anställningsform.

Beträffar *Tele Danmark*⁷⁸ så anser Nyström att domstolen nu dragit likabehandlingsprincipen så långt att balansen mellan arbetsgivarens ekonomiska intresse och gravida kvinnors rättigheter rubbas. Detta agerande anses kunna skapa konsekvenser som går emot det syfte EU-domstolen är ute efter, att skapa en jämlik arbetsmarknad. Doktrin anser att det långtgående diskrimineringskydd som nu finns, helt enkelt, i vissa anställningssituationer få arbetsgivare att försöker undvika att anställa kvinnor i fertil ålder.⁷⁹

2.3.3.3 Det råder inte skyldighet att informera om sin graviditet

Domstolen fastslog i domen *Tele Danmark*⁸⁰ att det aldrig föreligger någon informationsskyldighet för en gravid arbetstagare gentemot sin arbetsgivare. Målet berör en kvinna som hade blivit anställd på en sexmånaders visstidsanställning men som sedan sades upp då arbetsgivaren fått visshet om hennes graviditet. Arbetsgivaren la som grund till uppsägningen det faktum att kvinnan brustit i lojalitet då hon vid anställningstillfället inte hade upplyst arbetsgivaren om sin graviditet.

Domstolen hänvisade i sitt ställningstagande till tidigare praxis där uppsägningar av gravida kvinnor förklarats strida mot likabehandlingsprincipen. Då arbetstagarens graviditet inte får ligga till grund för arbetsgivarens beslut, torde därför det inte heller vara berättigat för arbetsgivaren att behandla uppgifter om graviditet vid en anställningsprocess. Om detta enbart är i syfte att avgöra om arbetssökanden har möjlighet att stå till förfogande under anställningen.

Domen fastslog att kvinnan inte har någon som helst skyldighet att informera om sin graviditet vid anställningstillfället med anledning av att arbetsgivaren inte får ta denna i beaktning. Således stred arbetsgivarens grund för uppsägning mot likabehandlingsprincipen. Av detta fall

⁷⁴ Mål C-184/83 *Hofman*.

⁷⁵ Mål C-421/92 *Habermann*.

⁷⁶ Mål C-109/2000 *Tele Danmark*.

⁷⁷ Mål C-438/99 *Melgar*.

⁷⁸ Mål C-109/2000 *Tele Danmark*.

⁷⁹ Nyström, Birgitta *EU och arbetsrätten* 2011 s.193-194.

⁸⁰ Mål C-109/2000 *Tele Danmark*.

etablerades vidare en principiell lögnrätt för kvinnor att ljuga om sin graviditet på en direkt fråga av arbetsgivaren vid anställningsintervjun.⁸¹

Det faktum att det inte råder någon upplysningsskyldighet fastslås även genom EU-domstolens avgörande i *Busch*.⁸²

2.3.3.4 Det råder uppsägningsförbud av gravida enligt Mödraskyddsdirektivet

Mödravårdsdirektivet aktualiserades, beträffande diskrimineringskydd för gravida arbetstagare, i och med *Tele Danmark*,⁸³ där direktivets 10 artikel gjordes aktuell. Artikelns fastslår ett uppsägningsförbud av kvinnor under tiden från början av graviditeten och till utgången av mammaledigheten,⁸⁴ som gäller oavsett när uppsägningen delges inom den angivna skyddsperioden. I undantagsfall får uppsägning ske, detta om uppsägningen inte är med anledning av arbetstagarens graviditet och i övrigt uppfyller grund för uppsägning enligt medlemsstaternas nationella lagstiftning.⁸⁵ Arbetsgivaren måste i dessa fall skriftligen motivera uppsägningen.⁸⁵

Uppsägningsförbudet av kvinnor i denna situation gäller både vid tillsvidareanställningar och vid visstidsanställningar. Dock är det inte förbjudet för en arbetsgivare att neka till förnyande av ett visstidsavtal med en gravid anställd arbetstagare, då detta inte ingår i direktivets uppsägningsförbud. Det ska dock påpekas att, om arbetsgivarens underlåtenhet till förnyelse av anställningen med den gravida arbetstagaren, på något sätt kan hänföra sig till arbetstagarens graviditet, så utgör denna underlåtenhet att förnya anställningen, istället direkt diskriminering.⁸⁶ För att reglerna om uppsägningsförbud under denna period ska bli tillämpliga, måste arbetstagaren ha meddelat sin arbetsgivare om sin graviditet.⁸⁷

2.3.3.5 Diskrimineringskyddet omfattar graviditetskomplikationer

I målet *Brown*⁸⁸ blir en kvinna uppsagd då hon, till följd av komplikationer i samband med sin graviditet, blir sjuk och därmed frånvarande från arbetet. EU-domstolen anser detta vara en uppsägning i strid med likabehandlingsprincipen då kvinnan blir uppsagd med anledning av komplikationer hänförliga till hennes graviditet.

⁸¹ Danhard, Erik *se Ny Juridik* 200:3 s. 34.

⁸² Mål C-320/01 *Busch*.

⁸³ Mål C-109/2000 *Tele Danmark*.

⁸⁴ Detta med anledning att de ska skall kunna åtnjuta de rättigheter till skydd av säkerhet och hälsa som direktivet i övrigt medför.

⁸⁵ Nyström, Birgitta *EU och arbetsrätten* 2011 s. 193.

⁸⁶ *Ibid.* s. 322.

⁸⁷ Mödraskyddsdirektivet preambel samt artikel 2.

⁸⁸ Mål C-394/96 *Brown*.

Domstolen fastslår i målet att graviditeten är en period där det är naturligt att komplikationer uppstår, komplikationer som kan tvinga den gravida kvinnan att stå under strikt medicinsk bevakning eller vara helt sängliggande hela eller delar av graviditeten. Den arbetsförmåga som bli till följd av tillstånd av detta slag, fastslår domstolen således vara en följd av graviditeten. Därmed fastslog domstolen att uppsägning av kvinnor som har sin grund i den arbetsförmåga som kan uppstå under dessa omständigheter, utgör direkt diskriminering på grund av kön.

Domstolen fastslog dock senare i målet *Hertz*⁸⁹ och *Larsson*.⁹⁰, att sjukdomar med anledning av graviditet och förlossning, inte tillsätts speciellt skydd när mammaledighetsperioden är slut. Efter mammaledighetens slut, vilket nationell lagstiftning själv får besluta om, behandlas frånvaron efter allmänna regler. Motivering till detta ställningstagande är att en annan anställd vid denna tidpunkt behandlats utefter allmänna regler och att det av den anledningen inte kan vara könsdiskriminerande att kvinnorna som tidigare varit mammalediga också gör det.

Ur doktrin kan utläsas stor kritik mot detta ställningstagande. Lundström anser att alla sjukdomar hänförliga till graviditeten borde gå under särskilt skydd och kritiserar gränsdragningen vid mammaledighetens slut. Lundström poängterar vidare det faktum att komplikationer hänförliga till graviditeten i och med domstolens ställningstagande, hamnar i jämförelsesituation med män som är frånvarande med anledning av sjukdom. Detta trots att det är ett biologiska faktum att det bara är kvinnor som kan bli gravida och således bara kvinnor som kan drabbas av komplikationer med anledning av graviditeten.⁹¹ Även Ellis och Barnard har uttalat sig om olämpligheten i att jämställa kvinnors graviditets eller förlossningskomplikationer med sjuka arbetstagare.⁹²

2.4 Recastdirektivet (2006/54/EG)

Den 5 juli år 2006 skedde stora omstruktureringar inom det rättsområde som reglerar diskrimineringskydd för gravida arbetstagare på arbetsmarknaden. Direktiv (2006/54/EG) om genomförande av principen om lika möjligheter och lika behandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning) antogs, hädanefter kallat Recastdirektivet.

Det övergripande syftet med att omarbeta direktivet, vilket nu framgår av direktivets preambel, var enligt kommissionen att förenkla, modernisera och förbättra gemenskapens lagstiftning. Genom omarbetningen skulle principen

⁸⁹ Mål C-179788 *Hertz*.

⁹⁰ Mål C-400/95 *Larsson*.

⁹¹ Lundström, Karin *Jämlikheten mellan kvinnor och män i EG-rätten: en feministisk analys* 1999 s. 243.

⁹² Ellis, Evelyn *EU Anti-Discrimination Law 2005* s.241 & Barnard, Catherine *EC Employment Law* 2006 s. 398.

om likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet förstärkas, samt verka för en större effektivitet i de åtgärder som medlemsstaterna vidtar.⁹³ Genom Recastdirektivet har man därför samlat de viktigaste bestämmelserna och dess konsekvenser i EU-domstolens rättspraxis i ett och samma dokument.⁹⁴ Recastdirektivet har således till stor del fastslagit den utveckling som diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare genomgått och som jag ovan redovisat.⁹⁵

Recastdirektivet påverkar inte bestämmelserna i Mödraskyddsdirektivet (92/85/EEG), Recastdirektivet artikel 28. Syftet till detta framgår av direktivets preambel, där det fastslås som legitimt att skydda det fysiska tillståndet under och efter graviditeten samt att vidta åtgärder för moderskapsskydd, då detta är ett sätt att uppnå faktisk jämställdhet.⁹⁶

2.4.1 Recastdirektivets diskrimineringskydd för gravida arbetstagare

Av Recastdirektivet 2 artikel punkt 2.c fastställs, att varje form av mindre förmånlig behandling av en kvinna som har samband med hennes graviditet eller barnledighet i den mening som avses i mödravårdsdirektiv 92/85/EEG,⁹⁷ anses utgöra diskriminering.⁹⁸

I Recastdirektivets 14 artikel fastslås vidare att förbudet mot diskriminering gäller inom den offentliga och privata sektorn, inbegripet offentliga organ. Diskrimineringsförbudet gäller vidare villkor för tillträde till anställning, villkor till verksamhet som egenföretagare och villkor till yrkesutövning. Skyddet inkluderar även urvalskriterier och krav för anställning inom alla verksamhetsgrenar på alla nivåer i arbetslivet, även befordran. Diskriminering är vidare förbjudet angående tillträde till alla typer och alla nivåer av yrkesvägledning, yrkesutbildning, högre yrkesutbildning och omskolning, inklusive yrkespraktik. Diskrimineringskyddet täcker även anställnings- och arbetsvillkor, inklusive villkor för att ett anställningsförhållande skall upphöra, samt gällande löner.

⁹³ Regeringskansliet Faktapromemoria 2003/04: FPM 116 & Blanpain, Roger *European Labour Law* 2008 s.561.

⁹⁴ Likalönedirektivet (75/117/EG), Likabehandlingsdirektivet (2002/73/EEG), Direktiv om ändring av likabehandlingsdirektivet (76/207/EEG), Direktivet om företags och yrkesbaserade system för social trygghet (96/97/EG) om ändring av direktiv (86/378/EEG), Bevisbördedirektivet (97/80/EG), Direktiv (98/52/EG) om att utvidga bevisbördedirektiv (97/80/EG) till att omfatta Storbritannien och Nordirland.

⁹⁵ Recastdirektivet preambel 23.

⁹⁶ Recastdirektivet artikel 28 fastslår även att föräldraledighetsdirektivet (96/34/EG) inte ska påverkas av Recastdirektivets bestämmelser.

⁹⁷ Arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar.

⁹⁸ Recastdirektivet graviditetsskydd omfattar nu således den praxis jag redogjort för i kapitel 2.2.3.

2.4.1.1 Direkt diskriminering

Direkt diskriminering definieras som situationer då en person på grund av sitt kön behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i jämförbar situation, Recastdirektivet 2.1a. Det krävs ingen faktisk jämförelseperson utan jämförelsen kan göras med en person som vid ett tidigare tillfälle gynnats i en jämförbar situation, eller genom att jämföra denna rådande situationen med hur en hypotetisk jämförelseperson skulle ha behandlats.⁹⁹

Direkt diskriminering föreligger vid samtliga fall då någon, som en direkt följd av sin könstillhörighet, utsätts för diskriminering.¹⁰⁰ Det var genom *Dekker*¹⁰¹ som det för första gången i praxis fastslogs att diskriminering av gravida arbetstagare utgör direkt könsdiskriminering.

Direkt diskriminering kan således aldrig rättfärdigas¹⁰² och alla de fall där arbetsgivarens diskriminerande beslut på något sätt motiveras av kön, genom handling eller underlåtenhet¹⁰³ är sålunda förbjudna enligt EU-rätten. Det faktum att arbetsgivare inte hade för motiv eller avsikt att diskriminera i det aktuella fallet har ingen betydelse, det räcker att den ogynnsamma behandlingen är grundad på eller orsakad av könstillhörigheten.¹⁰⁴ Det krävs följaktligen ingen subjektiv kausalitet då det räcker med objektiv kausalitet.¹⁰⁵

2.4.1.2 Indirekt diskriminering

Indirekt diskriminering innebär situationer där en skenbart neutral bestämmelse, ett skenbart neutralt kriterium alternativt förfaringssätt särskilt missgynnar personer av ett visst kön jämfört med personer av det andra könet. Detta såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt kan motiveras av ett berättigat mål samt lämpliga och nödvändiga medel, Recastdirektivet artikel 2.1b. Praxis har vidare fastslagit att även mindre betydelsefulla skillnader, men som är bestående och relativt konstanta under en lång tid kan utgöra indirekt diskriminering.¹⁰⁶

Indirekt diskriminering frambringades i praxis då direkt diskriminering inte längre ansågs som ett tillräckligt medel för att uppnå de syften som eftersträvades, reell likabehandling.¹⁰⁷ Indirekt diskriminering definierades som situationer där tillämpningen av en nationell bestämmelse, även om den är neutralt formulerad, faktiskt missgynnar ett mycket större antal kvinnor

⁹⁹ Mål C-129/79 *Macartys* & Mål C-506/06 *Mary*.

¹⁰⁰ Mål C-129/79 *Macartys*.

¹⁰¹ Mål C-177/88 *Dekker*.

¹⁰² Nyström, Birgitta *EU och arbetsrätten* 2011 s.172 se även Recastdirektivet art 4.

¹⁰³ Lundström, Karin *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten. En feministisk analys* 2000 s. 29.

¹⁰⁴ Mål C- 69/80 *Worringham & Bergh*, Lise m.fl. *Arbetsrätten och det nya Europa* 1995 s. 97.

¹⁰⁵ Mål C-180/95 *Draehmpaehl*.

¹⁰⁶ Mål C-167/97 *Regina*.

¹⁰⁷ Lundström, Karin *Perspektiv på Likabehandling* 2002 s. 94.

än män.¹⁰⁸ Det var senare, genom bevisbördedirektivet (97/80/EG) artikel 2 som indirekt diskriminering för första gången definierades i ett direktiv.

2.4.2 Bevisbördan

Den personen som påstår något till stöd för en talan har även bevisbördan för det påstådda faktumet. Således har den arbetstagare som påstår sig vara utsatt för diskriminering med anledning av sitt kön, bevisbördan för detta. Något som dock är specifikt vid diskrimineringsmål är att bevisbördan, då arbetstagaren lagt fram fakta som ger anledning att anta att diskriminering ägt rum, går över på arbetsgivaren som ska visa på att diskriminering inte skett.¹⁰⁹

Bevisbördans placering har fastslagits ett flertal gånger i EU-domstolens rättspraxis, bland annat genom *Danfors*.¹¹⁰ I det aktuella målet la käranden fram bevis som visade på att det lönesystem som tillämpades gav kvinnorna en i genomsnitt lägre lön än männen. Detta ansågs vara ett prima facie-fall av diskriminering, vilket innebär att kärandens förevisade uppgifter som stödde det faktum att diskriminering verkade föreligga. Bevisbördan gick då över på arbetsgivaren som fick bevisbördan för att det förelåg objektiva skäl bakom lönesystemet och således att skillnaderna inte berodde på kön.

I ett senare mål, *Enderby*¹¹¹ generaliserade EU-domstolens dessa bevisbörderegler så att bevisbördan alltid, vid prima facie-fall av diskriminering, ska gå över på arbetsgivaren. Denna generalisering av bevisbördan fastslogs gälla alla former av diskriminering, således både vid lön och vid övriga anställningsvillkor eller anställningsförfarande. Detta tillvägagångssätt ansågs som en nödvändig åtgärd för att utsatta arbetstagare inte skulle berövas effektiva medel för att kunna hävda likabehandlingsprincipen.¹¹² EU-domstolens praxis har sedan kodifierats i Direktivet (97/80/EG) om bevisbördan i jämställdhetsmål, ett direktiv vilket nu har sammanslagits med ett flertal andra direktiv i Recastdirektivet. I och med Recastdirektivet har bevisbördans tillämpningsområde utvidgats till att gälla alla sakområden som omfattas av direktivet.¹¹³

I Recastdirektivets preambel kan utläsas att bevisbördereglernas implementering i medlemsstaterna är en förutsättning för att man även i praktiken ska kunna upprätthålla likabehandling mellan könen.¹¹⁴ Recastdirektivet artikel 19 fastslår att medlemsstaterna genom sina nationella rättssystem ska vidta nödvändiga åtgärder för att, i de fall där käranden lägger fram fakta som ger anledning att anta att det förekommit någon form av diskriminering, bevisbördan flyttas till svaranden som ska

¹⁰⁸ Mål C-1/95 *Gerster*, Mål C-100/95 *Kordning & Mål C-411/96 Boyle*.

¹⁰⁹ Recastdirektivet art 19.

¹¹⁰ Mål C-109/88 *Danfors*.

¹¹¹ Mål C-127/92 *Enderby*.

¹¹² Ellis, Evelyn *EC Sex Equality Law* 2005 s. 230.

¹¹³ Kommittédirektiv 2008:130.

¹¹⁴ Recastdirektivet preambel 30.

motbevisa att det inte föreligger något brott emot likabehandlingsprincipen. Då EU-rättens bevisbörderegler endast är minimikrav, står det medlemsstaterna helt fritt att införa desto mer fördelaktiga förutsättningar för käranden.

För att diskriminering ska anses ha förekommit ska ett direkt samband mellan den missgynnande handlingen och könstillhörigheten hos den drabbade kunna bevisas.¹¹⁵ I vårt fall ska ett orsakssamband till graviditeten eller omständigheter hänförliga till graviditet kunna fastställas. Vid direkt diskriminering ska arbetstagaren lägga fram bevisning för att missgynnande i samband med graviditet ägt rum, arbetsgivaren måste sen motbevisa att så är fallet. Ibland i diskrimineringstvister av detta slag räcker det med att arbetstagaren i första ledet lägger fram en bevisning med en sådan styrka att ett uppenbart samband är visat. I dessa fall finns det inte en chans till motbevisning då orsaken till missgynnandet är ointressant.¹¹⁶

Vid tillfällen då indirekt diskriminering åberopas av en arbetstagare som lyckas göra sitt påstående antagligt går bevisbördan över. Arbetstagare måste då kunna motivera att bestämmelsen, på objektiva grunder, saknar anknytning till kön, varav domstolen utefter en proportionalitetsbedömning i det enskilda fallet, godtar eller ej.¹¹⁷ Proportionalitetsprincipen består av en prövning av tre förutsättningar; om det finns ett berättigat syfte med bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet, samt att det kan anses som ett nödvändigt och lämpligt tillvägagångssätt.¹¹⁸ Det är medlemsstaterna som själva avgör hur bedömningen ska utföras och till vilken nivå arbetsgivarens presenterande omständigheter ska nå för att betraktas som objektivt godtagbara.¹¹⁹

Dock behöver inte könstillhörigheten vara den enda och inte heller den avgörande grunden för diskriminering, det räcker med att någon form av samband fastställs.¹²⁰ Det bevismaterial som arbetstagare ska ha och vad det ska bestå i, för att bevisa att diskriminering ägt rum, är upp till medlemsstaterna själva att bestämma.¹²¹

2.4.3 Ogiltlighetsförklaring, sanktioner och skadestånd

EU-rätten fastställer att medlemsstaterna ska vidta alla möjliga åtgärder för att säkerställa att lagar och författningar som strider emot Recastdirektivets

¹¹⁵ Lundström, Karin *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten. En feministisk analys* 2000 s. 29.

¹¹⁶ Mål C-79/99 *Schnorbus*.

¹¹⁷ Nyström, Birgitta *EU och arbetsrätten* s 2011s. 172.

¹¹⁸ Proportionalitetsprincipen är stadfäst i Recastdirektivets preambel 19.

¹¹⁹ Mål C-170/84 *Hetz*.

¹²⁰ Lerwall, Lotta *Könsdiskrimineringen: En analys av nationell och internationell rätt* 2001 s. 135.

¹²¹ Recastdirektivets preambel 30.

bestämmelser upphävs. Vidare ska individuella avtal eller kollektivavtal som strider emot Recastdirektivets bestämmelser förklaras ogiltiga eller ändras.

Det är upp till medlemsstaterna själva att bestämma vilka sanktioner som ska appliceras vid överträdelse av de nationella bestämmelserna som medlemsstaterna antagit i enlighet med Recastdirektivet, samt att vidta åtgärder för att säkerställa att sanktionerna tillämpas, art 25 Recastdirektivet. Sanktionerna måste dock vara så pass effektiva och avskräckande att likabehandlingsprincipen verkligen efterföljs, samt att sanktionerna ska stå i proportion till den skadan som lidits.¹²²

Enligt Recastdirektivet 18 artikel ska medlemsstaterna införa de bestämmelser som de anser nödvändiga för att kunna säkerställa en faktisk och effektiv kompensation eller gottgörelse, vilken kan ta sig formen av skadestånd, för den förlust och skada som personen som utsatts för könsdiskriminering lidit. Kompensationen eller gottgörelsen ska vara avskräckande men stå i proportion till skadan.

Ellis, ställer sig dock lite frågande till att EU-domstolen lägger in det faktum att skadestånden ska ha en avskräckande effekt, då detta normalt inte betraktas som ett mål med skadestånd inom civilrätten. Skadeståndets syfte menar hon utgör endast kompensation till den skadade och har inte till syfte att försöka förändra framtida beteendemönster. Ellis menar att detta är ett sätt för EG-domstolen att understryka hur allvarligt de ser på könsdiskriminering, men att hon i framtiden hoppas få se andra tydligare uttryck för detta och att skadeståndet endast utgör det syfte som det ska göra.¹²³

Domstolen fastslog i praxis i målet *Marshall*¹²⁴ att det inte på förhand får fastställas någon övre gräns för skadeståndets storlek för en skada som en person lidit till följd av en diskriminerande handling eller underlåtenhet inom arbetsmarknaden. Dock med undantag av fall då arbetsgivaren kan bevisa att den enda skada som vållats är att vägra ta en sökandes ansökan om arbete under övervägande.¹²⁵ I *Marshall* fastslogs vidare att diskriminering ska ses som en allvarlig kränkning och därav dömas ut på högre nivå än i andra arbetsrättsliga tvister.¹²⁶ Ansvarsfrihetsgrunder från skadestånd som eventuellt kan finnas i den nationella rätten ska det inte tas någon hänsyn till.¹²⁷

¹²² Mål C-271/91 *Marshall*, Mål C-170/84 *Hertz & Recastdirektivet* art 25.

¹²³ Ellis, Evelyn *EC Sex Equality Law* 2005 s.225.

¹²⁴ Mål C-271/91 *Marshall*.

¹²⁵ Recastdirektivets preambel 33.

¹²⁶ Mål C-271/91 *Marshall*.

¹²⁷ Mål C-177/88 *Dekker* och Mål C-271/91 *Marshall*.

2.4.4 Jämställdhetsorgan

Alla människor som har blivit utsatta för diskriminering ska ha möjlighet att vid nationell domstol göra sina rättigheter gällande, detta har fastslagits i praxis som uttryck för en allmän rättsprincip.¹²⁸ För att säkerställa efterlevnaden av Recastdirektivets bestämmelser framgår denna allmänna rättsprincip nu av Recastdirektivets 17 artikel. Artikeln fastslår att medlemsstaterna ska säkerställa att alla som utsätts för behandling i strid med likabehandlingsprincipen ska ha tillgång till rättsliga förfaranden för att få igenom sina rättigheter.

I kommittédirektivet fastslogs att det i alla medlemsstater, i och med Recastdirektivet, skulle finnas ett organ som skulle främja likabehandlingen mellan kvinnor och män på alla sakområden som omfattas av Recastdirektivet.¹²⁹ Därav framgår det nu av Recastdirektivet utförligt hur medlemsstaterna ska gå till väga. Medlemsstaterna ska utse och utföra de förberedelser som behövs för ett eller flera organ som ska verka för stöd till, främjande, analys och kontroll av likabehandling av alla personer utan könsdiskriminering. Organens behörighet ska omfatta följande; Att på ett oberoende sätt bistå personer som utsätts för diskriminering. Detta genom att driva klagomål om diskriminering, utan att det påverkar rättigheterna för personer som har blivit diskriminerade eller för föreningar, organisationer och andra rättsliga enheter.

Organet ska vidare genomföra oberoende undersökningar gällande diskriminering, offentliggöra oberoende rapporter samt lämna rekommendationer i frågor som rör diskriminering. Organet skall även utbyta tillgänglig information med motsvarande organ på europeisk nivå, exempelvis ett framtida europeiskt jämställdhetsinstitut, Recastdirektivet 20 artikel.

Inom FN har man arbetat fram vissa principer som ska uppfyllas för att organ som jämställdhetsorgan ska kunna fullgöra sitt syfte fullt ut. Arbetet resulterade i *Principle Relating to the Status of National Institutions*, även kallade Parisprinciperna, vilka antogs av FN:s generalförsamling den 20 december 1993.¹³⁰ Resolutionen fastslår vilka övergripande principer som bör gälla för att öka effektiviteten rörande de nationella institutionernas arbete med att främja respekten angående mänskliga rättigheter. Mer specifikt innehåller *Parisprinciperna* krav på att de nationella institutionerna ska agera oberoende från staten samt företräda olika intressen vad gäller mänskliga rättigheter.¹³¹ För att medlemsstaterna ska anses uppfylla kraven i FN:s Parisprinciper ska organet följaktligen inrättats av staten men vara en

¹²⁸ Mål C-222/84 *Johnston*.

¹²⁹ Kommittédirektiv Dir. 2008:130.

¹³⁰ General Assembly resolution (48/134)

¹³¹ Regeringens webbplats om mänskliga rättigheter.

http://www.manskligarattigheter.gov.se/extra/faq/?module_instance=3&action=category_s how&id=3 2011-0514 kl. 14.38.

självständig aktör som har till syfte att främja de grundläggande och mänskliga rättigheterna i landet.¹³²

¹³² SOU 2006:22.

3. Svensk rätt

3.1 Inledning

I den svenska rätten, liksom EU-rätten, utgör inte graviditet i sig en diskrimineringsgrund utan betraktas i stället som en form av könsdiskriminering. Följaktligen har diskrimineringsskyddet för gravida arbetstagare varit beroende av utvecklingen av likabehandlingen av män och kvinnor på arbetsmarknaden. I nedanstående kapitel följer en redogörelse över Sveriges utveckling, som till stor del påverkats av EU-rätten, mot en mer jämställd arbetsmarknad och med det ett utvidgat diskrimineringsskydd för gravida arbetstagare.

3.2 Sverige och EU-rätten

Sedan 1995 har Sverige varit medlem i EU och således har EU-rätten under lika lång tid utgjort en integrerad del av det svenska rättssystemet och den svenska rätten.¹³³ EU-domstolen har genom avgörandet i *Costa mot E.N.E.L*¹³⁴ vidare fastslagit i praxis att EU-rätten har företräde framför nationell rätt. I senare antagen praxis har även klargjorts att EU-rätten har företräde framför den svenska grundlagen. Detta innebär att Sverige måste följa och leva upp till de regler och principer som EU-rätten fastställt.

Fördrag och förordningar från EU är direkt tillämpliga i Sverige¹³⁵ medan Sverige måste implementera direktiven för att de ska kunna åberopas då dessa som huvudregel inte har direkt effekt.¹³⁶ Det finns dock undantag vid specifika situationer då direktiven inte har implementerats i rätt tid eller på rätt sätt, samt att vissa förutsättningar är uppfyllda.¹³⁷ Det ska röra sig om bestämmelser som ger privata rättssubjekt rättigheter mot staten, eller organ som anses som ett statens närstående organ, samt att reglerna är ovillkorliga, klara och entydiga.¹³⁸

Implementeringen sker inte ordagrant utan direktiven uppger mål och syfte som sedan Sverige med egna medel ska överföra till svenska bestämmelser. De EU-rättsliga direktivet är endast minimilagstiftning och medlemsländerna får således gå utöver EU-rättens krav.¹³⁹ Implementeringen ska ske genom lag. Förarbeten, vilka i den svenska lagstiftningen är en

¹³³ I och med Lissabonfördragets ikraftträdande skedde omstruktureringar vilka ledde till att endast Europeiska unionen är kvar och således används inte den gamla beteckningen EG längre.

¹³⁴ Mål C-6/64 *Costa mot E.N.E.L.*

¹³⁵ Artikel 288 i FEUF-fördraget, fördraget om EU:s funktionssätt.

¹³⁶ Birgitta, Nyström *EU och arbetsrätten* 2010 s. 39 ff.

¹³⁷ Mål C-9/70 *Grand* var först med att fastslå denna princip.

¹³⁸ Birgitta, Nyström *EU och arbetsrätten* 2010 s. 40-41.

¹³⁹ *Ibid.* s. 40-41.

viktig rättskälla för tolkning av lagen, kan således inte jämföras med lagtext i implementeringsfall. EU-rätten motiverar detta förutsebarhetsprincipen ska vara uppfylld och att den enskilde tydligt ska kunna utläsa sina rättigheter.¹⁴⁰

Det är av högsta vikt att EU-rätten tolkas enhetligt i medlemsstaterna. EU-domstolen är därav behörig att med bindande verkan, i form av förhandsavgöranden, avgöra tolkningsfrågor av fördragen och övriga rättsakter utförda av unionens institutioner. I dessa fall dömer inte EU-domstolen i det specifika fallet utan uttalar sig endast om hur EU-rätten ska tolkas. Sveriges högsta instans är skyldig att skicka tolkningsfrågorna till EU-domstolen om tolkningen inte anses helt klar medan längre instanser har rätt, men är inte skyldiga att skicka tolkningsfrågor.¹⁴¹ Medlemsstaterna kan även finna mycket vägledning i hur EU-rätten ska tolkas genom att se till EU-domstolens rättspraxis och hur denna utvecklas. Rättspraxis är en del av EU-rätten och strider den svenska rätten emot vad rättspraxis fastslagit så ska denna inte tillämpas.

3.3 Utvecklingen mot en mer jämställd arbetsmarknad

Först under 1960-talet började jämställdhet bli en politisk fråga, men då en mycket omdiskuterad sådan. Men först på slutet av 1970-talet kom den första jämställdhetslagen på det arbetsrättsliga området, 1979 års jämställdhetslag.¹⁴² Jämställdhetslagen ansågs när den tillkom vara en speciallag i förhållande till andra mer allmänna arbetsrättsliga lagar,¹⁴³ detta var början på en utveckling mot en mer jämlik arbetsmarknad och ett mer jämställt samhälle.¹⁴⁴

1979 års jämställdhetslag hade två skilda syften, att förbjuda könsdiskriminering samt att reglera aktiva åtgärder mot könsdiskriminering. Förbudet mot könsdiskriminering hade till syfte att skydda den enskilde arbetstagaren, medan jämställdhetsåtgärderna hade till syfte att uppmärksamma behandlingen av kvinnor och män som grupper i samhället och arbeta för att bryta den könsuppdelade arbetsmarknaden.¹⁴⁵ Det gemensamma syftet var således att uppnå jämställdhet i arbetslivet, vilket framgick av jämställdhetslagens 1 §. Vidare framgick av lagen att en arbetsgivare inte fick missgynna en arbetstagare eller arbets sökande på grund av dennes kön. Missgynnande förelåg även i situationer av anställning, befordran samt vid utbildning för befordran, jämställdhetslagen 2, 3 § §. Missgynnandet förelåg vidare när arbetsgivaren tillämpade sämre

¹⁴⁰ Se exempelvis Mål C-339/87 *Kommissionen mot Nederländerna & Mål C-131/88 Kommissionen mot Tyskland*.

¹⁴¹ Nyström, Birgitta *EU och arbetsrätten* 2011 s. 43.

¹⁴² Lagen (1979:1888) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet.

¹⁴³ Prop. 1978/79:175 s. 111.

¹⁴⁴ Numhauser- Henning, Ann *En samlad diskrimineringslagstiftning* 2009 s. 495.

¹⁴⁵ Prop. 1978/79:175 s. 9 ff.

arbetsvillkor för arbetstagare av ett visst kön, eller att arbetsgivaren ledde och fördelade arbetet så att ena könet missgynnades. Slutligen förelåg missgynnande då arbetsgivaren sa upp anställningsavtal, omplacerade, permitterade eller uppenbart oförmånligt behandlade en arbetstagare på grund av dess kön, jämställdhetslagen 4 §.

Lagen möttes dock av kritik av både Arbetsdomstolen, Jämställdhetsombudsmannen (härefter Jämo) samt enskilda ledamöter från riksdagen, med hänvisning till dess bristande effektivitet. Kritiken grundade sig i att lagens bestämmelser var svåra att tillämpa i praktiken samt att det i vissa fall helt saknades bestämmelser. Ett tydligt exempel på detta var att den person som känt sig diskriminerad inte hade något lagligt stöd och således ingen möjlighet att kräva uppgifter av arbetsgivaren beträffande vilka meriter den person som istället fick arbetet hade haft. Utan dessa uppgifter var det självklart svårt att visa att missgynnande hade ägt rum. Den upprepande kritiken från olika håll resulterade till slut i att en utredning tillsattes för att ta fram ett underlag för eventuella ändringar.¹⁴⁶ Detta arbete innebar att 1979 års jämställdhetslag så småningom ersattes av 1991 års jämställdhetslag.¹⁴⁷

1991 års jämställdhetslag byggde på samma huvudprinciper som den äldre lagen och det huvudsakliga ändamålet med lagen var fortfarande att främja kvinnors och mäns lika rätt i arbete, anställnings- och andra arbetsvillkor samt utvecklingsmöjligheter i arbetslivet. Lagens bestämmelser utformades dock annorlunda i förhållande till sin gamla motsvarighet, detta för att skärpa till och precisera rättsområdet. Lagen ville verka för att hjälpa både kvinnliga och manliga arbetstagare att förena arbetsliv med föräldraskap, men siktade främst till att främja kvinnors villkor i arbetslivet för att uppnå detta.¹⁴⁸ Vidare förändringar var att förbudet mot könsdiskriminering utvidgades till att både innefatta direkt och indirekt könsdiskriminering¹⁴⁹ samt möjligheten att vid likvärdiga meriter angripa ett könsdiskriminerande syfte hos arbetsgivaren. Regler beträffande arbetsgivarens jämställdhetsarbete utvidgades samt att ett uttryckligt förbud mot trakasserier, med anledning av avvisade sexuella närmanden eller anmälan av könsdiskriminering, fastslogs.¹⁵⁰

År 1994 skärptes jämställdhetslagens regleringar ytterligare, då bestämmelser om att arbetsgivare skulle kartlägga löner inom företaget om dess arbetstagare översteg tio stycken, införlivades i lagtexten.¹⁵¹

I propositionen till 1994 års förnyelse av lagen hänvisas även till den utredning som haft i uppdrag att belysa *konsekvenserna för den sociala välfärden och jämställdheten i Sverige vid olika former av deltagande i den*

¹⁴⁶Votinius, Julén, Jenny *Föräldrar i arbete* 2007 s.78-79.

¹⁴⁷ Lagen (1991:433) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet.

¹⁴⁸ Prop. 1990/91:113 s. 71.

¹⁴⁹ Mer om detta i kapitel 3.4.1.1 & 3.4.1.2.

¹⁵⁰ Prop. 1990/91:113 s. 4.

¹⁵¹ Lag (1994:292) om ändring i jämställdhetslagen samt prop. 1993/94:147.

västeuropeiska integrationen. Utredningen kom i sitt slutbetänkande fram till att det kommande medlemskapet i EG kommer medföra stora krav på ett aktivt svensk medverkande beträffande jämställdhetsfrågor. Vidare anfördes att dessa krav kommer kunna uppnås. Argumenten bakom detta ställningstagande är att ett svenskt medlemskap i EG kommer medföra en stabil ekonomisk tillväxt, vilket i sig kommer medföra bra förutsättningar för en social välfärd. En social välfärd kommer vidare bidra till större möjligheter att öka jämställdheten mellan kvinnor och män. I slutbetänkande anfördes avslutningsvis det faktum att när medlemskapet är klart kommer Sverige få överta gemenskapsrättens regler och praxis. Framöver är det därför önskvärt att Sverige bedriver frågor om jämställdhet mellan kvinnor och män i ett mer europeiskt perspektiv.¹⁵²

År 1998 ändrades lagen igen,¹⁵³ men då enbart beträffande sexuella trakasserier på arbetsplatsen.¹⁵⁴

Med anledning av Sveriges medlemskap i EG år 1995 så kom EU-rätten att vara en integrerad del av den svenska rätten och således förelåg det en skyldighet för Sverige att implementera EU:s direktiv. Till syfte att implementera likabehandlingsdirektivet och bevisbördedirektivet kom 1991 års jämställdhetslag att ändras vid ytterligare två tillfällen under 2000-talet.¹⁵⁵ I och med implementeringen av likabehandlingsdirektivet försågs lagen med definitioner av direkt och indirekt diskriminering.¹⁵⁶ Förbudet mot könsdiskriminering kom att omfatta hela rekryteringsprocessen, vilket innebar att det kunde anses som att diskriminering ägt rum trots att beslut om anställning ännu inte tagits.¹⁵⁷ Förutsättningen att en faktisk jämförelseperson behövde existera för att arbetstagare skulle kunna visa missgynnande togs bort.¹⁵⁸ I och med implementeringen av bevisbördedirektivet anpassades kärandens bevisbörda till EU-rättens bestämmelser och blev därmed mer fördelaktiga för käranden.¹⁵⁹ Slutligen för att på alla områden leva upp till EU:s krav fastslogs det i förarbeten att jämställdhetslagens bestämmelser skulle få samma skyddsnivå, terminologi och struktur som de andra tre diskrimineringslagarna. Lagen (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.¹⁶⁰

År 2008 var det återigen tid för förändring och nu omfattande sådana. Diskrimineringslagen (2008:567) antogs. Diskrimineringslagen är en ny

¹⁵² SOU 1993:117.

¹⁵³ Lag (1998:208) om ändring i jämställdhetslagen.

¹⁵⁴ Se prop. 1997/98:55.

¹⁵⁵ Birgitta, Nyström *EU och arbetsrätten* 2010 s. 39 ff. Lag (2000:773) om ändring i jämställdhetslagen & Lag (2005:476) om ändring i jämställdhetslagen.

¹⁵⁶ Se vidare kapitel 3.5.11 & 3.5.1.2.

¹⁵⁷ Prop. 1999/2000:143 s. 45.

¹⁵⁸ Ibid. s.31 ff.

¹⁵⁹ Fransson, Susanne & Stuber, Eberhard *Diskrimineringslagen. En kommentar* 2010 s.39.

¹⁶⁰ Prop. 1999/2000:143 s. 27.

samlad diskrimineringslagstiftning vilken ersatte den då gällande jämställdhetslagen (1991:1118) och sex andra lagar på diskrimineringslagstiftningens område; lagen (1999:130) om diskriminering i arbetslivet pga. etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, lagen (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet pga. funktionshinder, lagen (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet pga. sexuell läggning, lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan, lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering samt lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering av elever. Lagen innehåller även två nya diskrimineringsgrunder; ålder och könsöverskridande identitet eller uttryck.

Diskrimineringslagen täcker arbetslivet och nio andra samhällsområden; utbildningsverksamhet, arbetsmarknadspolitiska verksamheter och arbetsförmedling, start eller bedrivande av yrkesverksamhet samt yrkesbehörighet, medlemskap i vissa organisationer, varor tjänster och bostäder mm, hälso- och sjukvård samt socialtjänsten, socialförsäkringssystemet, arbetslivsförsäkring och studiestöd samt värnplikt, civilplikt och offentlig anställning. De tre sist angivna samhällsområdena är nya i och med den nya diskrimineringslagen.¹⁶¹

Det övergripande syftet med omstruktureringen var att den nya lagen skulle bli så effektiv och så heltäckande som möjligt. Syftet var vidare att sträva efter att de olika diskrimineringslagarnas reglering och skyddsnivå skulle bli mer likställda, då utgångspunkten är att skyddet mot all diskriminering är ett värn för mänskliga rättigheter. Den nya strukturen skulle även verka för att diskrimineringskyddet skulle bli lättare att överblicka. Regeringen framhöll även att en samlad diskrimineringslag skulle underlätta för den person som missgynnats då den diskriminerande handlingen skulle kunna hänföras till flera av diskrimineringsgrunderna.¹⁶²

Sammanfattningsvis kan sägas att den svenska diskrimineringslagstiftningen från 1990-talet och fram till dagens diskrimineringslag är en konsekvens av tvingande regler i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och direktiv.¹⁶³

3.4 Diskrimineringskydd för gravida arbetstagare enligt jämställdhetslagen

3.4.1 Allmänt

Som en del av utvecklingen beträffande diskrimineringskydd med anledning av kön har diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare växt

¹⁶¹ Olaga diskriminering enligt Brottsbalken samt Lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning finns dock kvar som enskilda diskrimineringslagar.

¹⁶² Prop. 2007/08:95 s. 83 ff.

¹⁶³ Fransson, Susanne & Stuber, Eberhard *Diskrimineringslagen. En kommentar* 2010 s. 34.

fram och etablerat sig. Den svenska lag som varit av stor betydelse för utvecklingen av diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare är 1991 års jämställdhets med tillhörande praxis.

Sverige har likt EU-rätten två definitioner på diskriminering, direkt och indirekt. Principen om lika möjligheter och lika behandling ligger till grund för förbudet mot direkt diskriminering vilken innebär att om någon missgynnas med anledning av dess könstillhörighet och genom detta sin graviditet, så utgör detta direkt diskriminering. Indirekt diskriminering kom senare, till syfte att även uppnå ett jämlikt resultat. Förbudet utgör en möjlighet att slippa att indirekt missgynnas av en viss bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt med anledning av sin könstillhörighet och genom det sin graviditet.¹⁶⁴

3.4.2 Utvecklingen i rättspraxis

Vid tre tillfällen har talan väckts inför Arbetsdomstolen angående diskriminering på grund av graviditet i enlighet med jämställdhetslagen. Dock har diskrimineringsfrågan bara prövats fullt ut i ett av dessa mål då arbetstagaren i de två övriga inte lyckades visa att en missgynnande behandling ägt rum.¹⁶⁵

Det första uppmärksammade fallet var AD 2001 nr 61. Målet rörde en kvinna som efter en tre månader lång rekrytering fick intrycket av att hon erbjöds anställning. Kvinnan tackade efter två dagars betänketid ja till tjänsten. Vid samma tillfälle meddelade hon att hon var gravid. Hon fick några timmar senare besked om att hon inte var aktuell för tjänsten. Så som jämställdhetslagen innan 2001 års lagändring var utformad så hade lagen ett mer begränsat diskrimineringskydd. Diskrimineringskyddet berörde inte vid denna tidpunkt rekryteringsprocessen utan skyddet inföll först när ett anställningsbeslut hade fattats. Det krävdes även att en person av motsatt kön gynnats för att missgynnande av annan arbetstagare skulle anses ha ägt rum. Således tillhandahöll jämställdhetslagen vid denna tid inget diskrimineringskydd om en person av samma kön fick tjänsten, om det endast var en sökande eller om arbetsgivaren avbröt rekryteringsprocessen och ingen fick tjänsten.¹⁶⁶

Jämo gick på linjen att ett anställningsavtal hade ingåtts på morgonen och som sedan ogiltigt avslutats genom avskedande med graviditet som grund. Arbetsgivaren hävdade däremot att han vid den senare delen av rekryteringsprocessen valt att ta ut kvinnan ur processen med anledning av hennes bristande kvalifikationer och att någon anställning således aldrig ingåtts. Arbetsdomstolen ogillade Jämös talan med motiveringen att något anställningsavtal inte hade ingåtts. Domstolen fastslog vidare att arbetsgivarens skäl till att välja bort någon ur rekryteringsprocessen aldrig

¹⁶⁴ Se vidare kapitel 3.5.11 och 3.5.1.2.

¹⁶⁵ Julen Votinius Jenny *Föräldrar i arbete* 2007 s. 215.

¹⁶⁶ I och med 2001 års ändringar ändrades detta. Se 1999/200:143 s. 45 ff.

kan utgöra diskriminering då skyddet infaller först då anställningsavtal ingåtts mellan arbetsgivare och arbetstagare.

Varken Jämo eller Arbetsdomstolen fäste något avseende vid EU-rättens regler som i och med *Dekker* fastslagit att diskriminering av en gravid arbetstagare *alltid* utgör könsdiskriminering enligt likabehandlingsdirektivet om en gravid kvinna missgynnas. Detta gäller hela rekryteringsprocessen, oavsett om tjänsten går till en arbetstagare av samma kön eller om tjänsten inte går till någon alls med anledning av att arbetsgivaren avbryter rekryteringsprocessen.¹⁶⁷

Samma år som detta mål avgjordes i Arbetsdomstolen berördes frågan om graviditetsdiskriminering för första gången i den svenska lagstiftningsprocessen. Jämställdhetslagen har ändrats ett flertal gånger men det var först i förarbetena genom 2001 års lagändring av jämställdhetslagen som graviditetsdiskriminering berördes.¹⁶⁸ Detta genom en kort hänvisning till Likabehandlingsdirektivet och *Dekker*¹⁶⁹ samt ett kort konstaterande att missgynnande som har samband med graviditet utgör direkt könsdiskriminering.¹⁷⁰

År 2002 prövades målet AD 2002 nr 45, med precis samma rättsliga förutsättningar som det förra avgörandet från Arbetsdomstolen. Målet rörde en kvinna som sökte en anställning inom landstinget, men som med anledning av hennes graviditet gick till en annan, mindre meriterad kvinna. Men trots detta fick detta målet en motsatt utgång då arbetsgivaren ansågs ha diskriminerat den gravida kvinnan. Anledning till den annorlunda utgången var att domstolen använde sig av EU-rättens bestämmelse beträffande graviditetsdiskriminering. EU-rättens diskrimineringsskydd, till skillnad från den svenska rätten vid denna tidpunkt, sträckte sig utmed hela rekryteringsprocessen och det fanns inget krav på att en jämförelseperson av det motsatta könet skulle finnas för att det skulle kunna anses utgöra diskriminering.¹⁷¹ Vid Arbetsdomstolens prövning av fallet undersöktes om det genom konform tolkning skulle kunna anses framgå av jämställdhetslagen att diskrimineringsskyddet gällde hela rekryteringsprocessen samt att det inte behövdes en person av motsatt kön att utföra jämförelse med. Detta var dock inte möjligt då det skulle gå rakt emot lagens ordalydelse. Arbetsdomstolen hänvisade istället till att likabehandlingsdirektivet med dess tillhörande praxis skulle ha direkt vertikal effekt. EU-rättens bestämmelser blev således direkt tillämpliga mellan den gravida kvinnan och landstinget som ansågs som ett av statens närstående organ. Målet prövades med EU-rätten som grund och den gravida kvinnans ansågs ha blivit utsatt för diskriminering med anledning av hennes graviditet.

¹⁶⁷ Mål C-177/88 *Dekker*.

¹⁶⁸ Julen Votinius Jenny *Föräldrar i arbete* 2007 s. 314.

¹⁶⁹ Mål C-177/88 *Dekker*.

¹⁷⁰ Prop. 1999/2000:143 s. 35.

¹⁷¹ Jämställdhetslagen hade vid denna tidpunkt ändrats till att omfatta hela rekryteringsprocessen samt att kravet på faktisk jämförelseperson var borttaget. Men lagändringarna hade vid tidpunkten för händelserna som låg till grund för målet inte trätt i kraft. Således användes gamla bestämmelser, så rättsläget var precis det samma.

Således fastslår AD 2002 nr 45 för första gången i praxis att det utgör direkt diskriminering att missgynna en kvinna med anledning av hennes graviditet samt att EU-rättens bestämmelser beträffande graviditetsdiskriminering är direkt tillämpliga.

Julèn Votinus ifrågasätter starkt varför detta ställningstagande inte kunde skett två år tidigare. Hon anser att Arbetsdomstolen ex officio i det första målet borde ha agerat annorlunda. Arbetsdomstolen borde lagt omständigheterna i målet till grund för ett resonemang i enlighet med EU-rätten och således kommit fram till att det utgjorde könsdiskriminering även i det föregående fallet.¹⁷²

Beträffande nästkommande förändring av jämställdhetslagen, år 2005¹⁷³ berörde inte förarbetena graviditetsdiskriminering över huvud taget.¹⁷⁴ Detta trots det faktum att syftet med ändringen av lagen var att implementera likabehandlingsdirektivets bestämmelser.¹⁷⁵ Detta gick inte obemärkt förbi och år 2007 fick Sverige en underrättelse från Europeiska kommissionen vilken ifrågasatte Sveriges implementering av likabehandlingsdirektivet. Kritiken låg bland annat i att det inte tydligt framgår att missgynnande behandling i samband med graviditet utgör könsdiskriminering. Regeringen besvarade kritiken med att hänvisa till att likabehandlingsdirektivet var införlivat då missgynnande i samband med graviditet faller under jämställdhetslagens förbud mot könsdiskriminering.¹⁷⁶ Kommissionen gick inte vidare med sin kritik.

Julèn Votinius menar att det faktum att förarbetena till jämställdhetslagen inte behandlar graviditetsdiskriminering inte ska tolkas som att jämställdhetslagen på något sätt tillåter att ett missgynnande av kvinnor sker på arbetsmarknaden. Förbud mot graviditetsdiskriminering framgår av jämställdhetslagens förbud mot könsdiskriminering.¹⁷⁷ Hon menar vidare att anledningen till att detta inte diskuterades vidare genom förarbetena, har att göra med att vi i Sverige snarare anser missgynnande av gravida arbetstagare vara ett missgynnande i samband med föräldraskap, inte som en form av diskriminering på grund av kön.¹⁷⁸ Däremot anser Julèn Votinius att det, av tydlighetsskäl skulle underlätta för arbetsmarknaden om graviditetsdiskriminering klart och tydligt framgick och inte behövde tolkas fram ur lagen.¹⁷⁹

¹⁷²Julèn, Votinius, Jenny *Föräldrar i arbete* 2007 s. 313.

¹⁷³Lag (2005:476) om ändring i Jämställdhetslagen.

¹⁷⁴Se prop. 2004/05:147.

¹⁷⁵Mål C- 177/88 *Dekker* fastslår att diskriminering av gravida arbetstagare utgör direkt könsdiskriminering.

¹⁷⁶Julèn Votinius, Jenny *Bristande införlivande i svensk rätt av skyddet för gravida och mamalediga* 2008.

¹⁷⁷Julèn Votinius Jenny *Föräldrar i arbete* 2007 s. 215.

¹⁷⁸Ibid. s. 315.

¹⁷⁹Julèn Votinius, Jenny *Bristande införlivande i svensk rätt av skyddet för gravida och mamalediga* 2008.

År 2006 togs ett tredje fall upp till domstol, AD 2006 nr 79. Fallet rörde en gravid kvinna som blivit tillsvidareanställd efter avslutad provanställning. En vecka in i tillsvidareanställningen meddelade hon sin arbetsgivare att hon var gravid samt att hon skulle vara sjukskriven 25 % med anledning av graviditeten. Efter detta blev kvinnan uppsagd. Kvinnan hävdade att detta hade att göra med hennes graviditet men arbetsgivaren hävdade att kvinnan själv avslutat sin anställning, samt att arbetsgivaren vetat om arbetstagarens graviditet redan då hon erbjöds tillsvidareanställning. AD ansåg det inte ligga någon grund i påståendet om diskriminering då företaget låtit hennes provanställning övergå till en tillsvidareanställning och att det således inte fanns någon grund i påståendet att företaget skulle vilja göra sig av med henne.

3.5 Diskrimineringslagen (2008:567)

I och med att den nya diskrimineringslagen antogs år 2008 är nu jämställdhetslagen hopslagen med sex andra diskrimineringslagar. Diskrimineringslagens syfte är att motverka diskriminering samt att på andra sätt främja lika rättigheter och möjligheter, diskrimineringslagen 1 kapitel 1§. Lagen är tvingande till förmån för den eller de personer som omfattas av någon av lagens diskrimineringsgrunder, således är avtal som strider mot diskrimineringslagen utan rättslig verkan, diskrimineringslagen 1 kapitel 3§.

I samband med att en gemensam diskrimineringslag diskuterades fanns det förslag på att en speciell lagstiftning beträffande jämställdhet i arbetslivet skulle finnas kvar. Men regeringen tillbakavisade förslaget av en specifik jämställdhetslag. Detta med motiveringen att all diskriminering är lika oacceptabel och ska motverkas med samma kraft, således ska det inte finnas någon rangordning mellan diskrimineringsgrunder eller samhällsområden. Regeringens ställningstagande har fått motta mycket kritik från olika håll med anledning av detta ställningstagande.

Numhauser- Henning anser att den enhetliga lagstiftningen som nu bildats, endast berör den minsta gemensamma nämnaren av alla diskrimineringsskydd. Numhauser-Henning menar med detta att regeringen i sin strävan efter att skapa ett så likformigt skydd för alla skyddsvärda grupper som möjligt har, då de olika diskrimineringsskydden är mycket skilda i sin omfattning, bidragit till att skyddet för vissa av de enskilda grupperna blivit mindre omfattande. Numhauser-Henning menar vidare att den sammanslagna diskrimineringslagen kommer att utgå ifrån ett formellt likabehandlingsperspektiv, vilket kommer bidra till att den reella förbättringen för varje enskilt område kommer att komma i skymundan. Därav kommer de enskilda skyddsområdena hämmas i sin specifika utveckling. Hon anser vidare att jämställdhetslagen är en stor förlorare med anledning av detta då den särskilda utveckling och det långt gångna skyddet

som tidigare bildats nu hämmas av den nya sammanslagna lagstiftningen.

180

Även Claes Borgström, Jämo år 2000-2007, håller med om detta och anser att en samlad lagstiftning är ett nederlag för jämställdheten då fokus lämnar detta specifika och viktiga område. Detta framhöll han redan i anslutning till diskrimineringslagens betänkande, genom att påpeka ”att det fanns starka skäl att ha en särskild lagstiftning och särskild tillsyn över lagstiftningen vad gäller motverkande av könsdiskriminering och främjande av jämställdhet mellan kvinnor och män.”¹⁸¹ Hamskårs inställning till den sammanslagna diskrimineringslagen är inte heller positiv, då även han anser att den forna jämställdhetslagens bestämmelser i och med den nya lagen kommer tunnas ut. Jämställdhetsregleringarna kommer inte få lika mycket uppmärksamhet och således kommer kvinnorna förlora på att den nya könsneutrala lagen antas.¹⁸²

3.5.1 Diskrimineringslagens diskrimineringskydd för gravida arbetstagare

Det framgår av diskrimineringslagen att det utgör direkt könsdiskriminering då någon missgynnas genom att personen i fråga behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med kön, diskrimineringslagen 1 kapitel 4 §. Vidare framgår av doktrin att graviditet är ett uttryck för kvinnlig könstillhörighet och att graviditetsdiskriminering följaktligen utgör direkt diskriminering på grund av kön.¹⁸³ Det framgår även i praxis enligt AD 2002 nr 45, som jag ovan redovisat, att det utgör direkt könsdiskriminering att missgynna en kvinna med anledning av hennes graviditet.

Julén Votinius anser dock att diskrimineringskyddet inte är tillräckligt artikulerat då det framträder först efter att man tolkat ut det, genom att graviditetsdiskriminering har samband med kön och att könsdiskriminering är förbjudet. Med detta menar hon vidare att det uttryckliga förbud som finns i likabehandlingsdirektivet inte har något motsvarighet i den svenska lagtexten.¹⁸⁴

Av diskrimineringslagen framgår vidare att en arbetsgivare inte får diskriminera den som är arbetstagare, gör en ansökan eller söker arbete, söker eller fullgör praktik samt står till förfogande för att utföra arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft, diskrimineringslagen 2 kapitel 1 §. Diskrimineringsförbudet gäller i och med diskrimineringslagen utan

¹⁸⁰ Numhauser-Henning, Ann *En samlad diskrimineringslagstiftning* 2009 s. 497 & s. 510.

¹⁸¹ Numhauser-Henning, Ann *En samlad diskrimineringslagstiftning* 2009 s. 510 ff.

¹⁸² Hamskär, Ingemar *Kvinnorna förlorar på den nya lagen* 2008.

¹⁸³ Malmberg, Jonas se Karnov Internet, *Diskrimineringslagen* (2008:567) 1 kapitlet 4 §, not 9, den 3 maj 2011.

¹⁸⁴ Julén, Volinius, Jenny *Bristande införlivande i svensk rätt av skyddet för gravida och mamalediga* 2008.

begränsningar till angivna situationer,¹⁸⁵ då några typsituationer inte längre finns i uppräddade lagtexten.¹⁸⁶ Detta innebär att diskrimineringskyddet numera omfattar varje beslut arbetsgivaren tar. Den gravida kvinnan i fråga behöver följaktligen inte ha gjort någon formell ansökan angående ett visst arbete för att omfattas av diskrimineringskyddet då skyddet finns redan vid rekryterings början.¹⁸⁷

Det faktum att diskrimineringskyddet omfattar varje beslut som arbetsgivaren tar menade regeringen var till syfte att skapa ett mer heltäckande diskrimineringskydd, med detta sträcker sig den svenska lagstiftningen längre än vad EU-rätten förskriver.¹⁸⁸ Denna förändring har fått kritik i form av att skyddet anses otydligt och luddigt då det inte finns några klara definitioner att hänvisa till. Numhauser-Henning menar att det skydd som numera existerar endast består av luddiga definitioner och är således högst oklart, något som leder till att diskrimineringskyddet blir svagare.¹⁸⁹

3.5.1.1 Direkt diskriminering

Direkt diskriminering innebär att någon missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med kön, diskrimineringslagen 1 kapitlet 4 § 1 punkten.

Direkt diskriminering består av tre objektiva rekvisit, *missgynnade*, *jämförbar situation* och *orsakssamband*. Direkt diskriminering har dock inget subjektivt rekvisit och alltså utgör missgynnande situationer direkt diskriminering även om handlandet eller underlåtenheten till handlandet var av ren välvilja.¹⁹⁰ Dock ska påpekas att en arbetsgivare inte kan göra sig skyldig till diskriminering utan att känna till diskrimineringsgrunden. Arbetsgivaren måste vid fall av påstådd graviditetsdiskriminering ha haft insikt om graviditeten. Det räcker med att arbetsgivaren borde haft insikt om graviditeten för att det ska anses utgöra diskriminering.¹⁹¹

Missgynnade betyder att någon lider skada medan *jämförbar situation* innebär hur någon eller några andra skulle ha behandlats i en likartad situation som den missgynnande. Tidigare var det krav på att det var en jämförelseperson av motsatt kön, men då detta ansågs strida emot EU-rätten så tog man bort kravet på en faktisk jämförelseperson och man kan nu i de fall det behövs, utföra jämförelsen med hypotetisk jämförelseperson.¹⁹² För att jämförelsen ska bli rättvisande krävs det att jämförelsepersonen befinner sig i en situation där det är naturligt eller rimligt att en jämförelse äger

¹⁸⁵ Prop. 2007/08:95 s. 134.

¹⁸⁶ Typsituationer anges dock i författningskommentaren.

¹⁸⁷ Fransson, Susanne & Stuber, Eberhard *Diskrimineringslagen. En kommentar* 2010 s. 48.

¹⁸⁸ Prop. 2007/08:95 s. 135.

¹⁸⁹ Numhauser-Henning, Ann *En samlad diskrimineringslagstiftning* 2009 s. 501.

¹⁹⁰ Prop. 2007/08 s. 98 ff. & s. 486 ff.

¹⁹¹ Prop. 2005:06:38 s. 143.

¹⁹² Prop. 2007/08:95 s. 487.

rum.¹⁹³ *Orsakssambandet* innebär att det ska vara ett rakt samband mellan graviditeten, diskrimineringsgrunden och handlingen eller underlåtenheten.¹⁹⁴

AD 2009 nr 45 är exempel på ett fall av direkt diskriminering på grund av graviditet. En kvinnlig sjukgymnast ansökte om att få gå en kurs inom sitt arbete vilken skulle innebära en framtida löneförhöjning. Hon avböjdes dock av sin arbetsgivare att få gå kursen med anledning av att kursen var en vecka innan kvinnan beräknade förlossning. Arbetsdomstolen fastslår att missgynnade ägt rum då kvinnan inte fick möjligheten att gå kursen. Även om arbetsledningsrätten gäller och arbetstagare inte har någon självklar rätt till att få gå på alla kurser som erbjuds så framgick det av utredningen att kvinnan hade fått gå kursen om, i en jämförlig situation, hon inte hade varit gravid. Orsakssambandet fastslogs genom att arbetsgivaren själv utgav att det var kvinnans graviditet som var orsak till varför hon inte fick gå kursen. Detta med hänvisning till att arbetsgivaren ansåg kursen vara onödig för kvinnan att delta i då kunskaperna, med anledning av hennes graviditet och kommande ledighet, kunde vara svåra att förankra och få användning av. Arbetsdomstolen konstaterade att arbetsgivare aldrig får ha ekonomiska eller verksamhetsmässiga skäl till att utföra missgynnande handlingar och fastslog att arbetsgivaren hade utsatt kvinnan för könsdiskriminering.

I samma avgörande nämner Arbetsdomstolen, även om de inte utreder saken närmre, hur man ska se på sjukdomar som är orsakande av graviditeten men som visar sig först efter mammaledighetens slut. Arbetsdomstolen hänvisar här till EU-domstolens avgörande i *Hertz*,¹⁹⁵ att denna frånvaro ska jämföras med en mans sjukfrånvaro och således inte omfattas av diskrimineringskydd.

AD 2011 nr 23 är ett annat fall av direkt diskriminering. Fallet rörde en kvinna som sökte anställning som servitris men där arbetsgivaren avbröt rekryteringsförfarandet gentemot kvinnan när han fick veta att kvinnan var gravid. Arbetsdomstolen fastslår att missgynnande ägt rum genom att kvinnan förbigåtts i rekryteringsprocessen. Detta medan andra icke-gravida personer, vilka befann sig i en jämförlig situation, inte togs ur rekryteringsprocessen. Beträffande orsakssambandet lyckades arbetsgivaren inte visa att vetskapen om kvinnans graviditet och den avslutande rekryteringsprocessen inte hade något samband. Arbetsdomstolen ansåg således att detta agerande utgjorde direkt könsdiskriminering och gick emot missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen 16 §.¹⁹⁶

¹⁹³ Fransson, Susanne & Stuber, Eberhard *Diskrimineringslagen. En kommentar* 2010 s. 157.

¹⁹⁴ Malmberg, Jonas se Karnov Internet, *Diskrimineringslagen* (2008:567) 1 kapitlet 4 §, not 4, den 4 maj 2011.

¹⁹⁵ Mål C-179/88 *Hertz*.

¹⁹⁶ I många fall är det så att när arbetsgivaren utfört en diskriminerande handling i strid med diskrimineringslagens graviditetsdiskriminering så strider handlingen ofta också emot föräldralagens missgynnandeförbud då arbetsgivaren tar både perioden av graviditet och den efterkommande barnledigheten i beaktande.

Ytterligare ett fall av direkt diskriminering är AD 2011 nr 2. Målet rörde en kvinna som hade en praktiktjänstgöring som mjölkerska hos en lantbrukare. Enligt en överenskommelse mellan arbetstagaren och arbetsgivaren skulle praktiken senare övergå i anställning. Men innan kvinnan hunnit påbörja sin anställning fick hon missfall, vilket hon berättade för sin arbetsgivare. Efter detta nekades hon anställningen med motivering att arbetsgivaren inte ville anställa någon som hade planer på att skaffa barn. Han ville inte ha någon anställd som skulle vara borta från arbetet samt att det skulle bli för svårt att hitta en vikarie under föräldraledigheten. Arbetsgivaren uppgav vidare att han hellre ville anställa en manlig arbetstagare eller en kvinna som inte hade för avsikt att skaffa barn, vilket arbetsgivaren senare gjorde.

Arbetsdomstolen ansåg att missgynnande ägt rum då kvinnan inte fick den överenskomna anställningen, Det faktum att anställningen istället gavs till en annan kvinna som inte hade som avsikt att skaffa barn visar på hur arbetsgivaren agerat i en jämförlig situation. Då arbetsgivaren inte lyckades styrka att hans beslut saknade samband med det faktum att hon berättade om sitt missfall, och eventuella planer om att i framtiden bli gravid, så fälldes han för direkt diskriminering samt missgynnande enligt föräldraledighetslagen (1995:584).

Jag har avgränsat min uppsats till att behandla gravida kvinnors diskrimineringsskydd. Jag anser det dock vara av värde att ta upp försäkringskassans nekande av sjukpenning till gravida kvinnor, då detta är en form av direkt könsdiskriminering i samband med graviditeten.

Försäkringskassan nekade gravida kvinnor sjukpenning när kvinnorna kom med besvär som fog lossning, ryggsmärtor och bensmärter. Smärtorna var av den art att kvinnorna inte kunde utföra sina arbetsuppgifter fullständigt och fick sjukskriva sig. Försäkringskassan hänvisade till att de besvär de upplevde endast var en normal följd av graviditeten och livsprocessen och att de således inte kunde få någon sjukpenning. Trots att som män med symptom av samma art och omfattning fick sjukpenning.

Diskrimineringsombudsmannen (här efter DO) ansåg att försäkringskassan gjort sig skyldig till direkt könsdiskriminering och tog fallet till domstol.¹⁹⁷ I domen fastslog tingsrätten att Försäkringskassan hade tillämpat ett mer restriktivt synsätt vid bedömningen av kvinnornas rätt till sjukpenning än vad de skulle och detta med hänvisning till att besvären var relaterade till kvinnornas graviditeter. Försäkringskassan fälldes och fick betala ut 50 000 kr i ersättning vardera till kvinnorna.¹⁹⁸

¹⁹⁷ Se domar från Stockholms tingsrätt den 3 november 2009 Mål nr T10702-07, Mål nr T 10671-07, mål nr T 10670-07 och Mål nr T15410-07.

¹⁹⁸ Fallet överklagades till Hovrätten vilket gick på tingsrättens bedömning men sänkte skadestånden. Fallen är nu överklagade till Högsta Domstolen.

DO har drivit flera liknande fall till domstol och i samtliga fall som avgjorts har det fastslagits att det utgör direkt könsdiskriminering att inte utge sjukpenning för besvär som är graviditetsrelaterade.¹⁹⁹

3.5.1.2 Indirekt diskriminering

Indirekt diskriminering innebär att någon missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som kan komma att särskilt missgynna personer med ett visst kön. Såvida inte bestämmelsen har ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet, diskrimineringslagen 1 kap 4 § 2 punkten. Indirekt diskriminering består av tre rekvisit; *särskilt missgynnande*, *jämförelse* och *intresseavvägning*. *Särskilt missgynnande* innebär att någon lider skada medan *jämförelse* innebär att en jämförelse mellan den grupp som kan och den grupp som inte kan uppfylla det specifika kravet. Det måste finnas någon eller några att jämföra med. I fall av indirekt diskriminering går det inte att jämföra med en hypotetisk person eller grupp. Jämförelsen går ut på att se om bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet typiskt sätt missgynnar en person ur en speciell grupp. Skillnaden ska vara betydande och väsentlig, fler ska missgynnas i den utsatta gruppen än det antal som gynnas i den andra gruppen.²⁰⁰

Det sista rekvisitet är *intresseavvägning* mellan de negativa effekter som bestämmelsen, kriterier eller förfaringsättet har för arbetstagaren och det behov av särskilt missgynnanden som arbetsgivaren har.²⁰¹ Bedömningen görs utefter om bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet anses ha ett viktigt syfte och kan anses vara godtagbart,²⁰² samt om bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet kan anses vara nödvändigt och lämpligt i förhållande till sitt syfte. Denna bedömning görs utefter proportionalitetsprincipen²⁰³. I bedömningen ska icke-diskrimineringsprincipen ha första prioritet och i första hand ska arbetsgivare vidta minde missgynnande åtgärder. Sålunda skiljer sig indirekt diskriminering från direkt diskriminering genom att det inte krävs något orsakssamband mellan den handlingen som leder till missgynnande och själva diskrimineringsgrunden. Istället ligger fokus på de missgynnande effekter som uppstår när till synes neutrala kriterier eller bestämmelser tillämpas.²⁰⁴

¹⁹⁹ Se [http://www.do.se/sv/Om-DO/Stamningar-och-forlikningar/2011-08-05 kl 09.44](http://www.do.se/sv/Om-DO/Stamningar-och-forlikningar/2011-08-05_kl_09.44).

²⁰⁰ Prop. 2007/08:95 s.490.

²⁰¹ Fransson, Susanne & Stuber, Eberhard *Diskrimineringslagen. En kommentar* 2010 s. 85.f.

²⁰² Prop. 2007/08:95 s. 491.

²⁰³ Proportionalitetsprincipen består av en prövning av tre förutsättningar; om det finns ett berättigat syfte med bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet, samt om det kan anses som nödvändigt och lämpligt tillvägagångssätt.

²⁰⁴ Fransson, Susanne & Stuber, Eberhard *Diskrimineringslagen. En kommentar* 2010 s. 83 ff.

3.5.2 Bevisbördan

Bevisbördan regleras genom den EU-rättsbaserade bevisbörderegeln som tidigare fanns i Jämställdhetslagen och som nu överförs till den nya diskrimineringslagen. EU-rätten lägger inga hinder mot att den svenska lagstiftningen skapar ytterligare bevislättnader för käranden, men någon sådan avsikt finns inte beträffande diskrimineringslagens bevisbörderegeln.²⁰⁵

Bevisbördan i diskrimineringslagen innebär att om den som anser sig ha blivit diskriminerad visar omständigheter som ger anledning att anta att hon eller han blivit diskriminerad, är det svaranden som ska visa att diskriminering inte förekommit, diskrimineringslagen 6 kapitel 3 §.

Den person som anser sig ha blivit utsatt för diskriminering, och kan visa omständigheter som ger anledning att anta att detta ägt rum, skapar genom detta en presumtion.²⁰⁶ De omständigheter som behöver visas för att presumtionen ska skapas bestäms i varje enskilt fall. Exempelvis så är ett tydligt samband mellan att arbetsgivaren får insikt om den aktuella diskrimineringsgrunden och missgynnandet ett faktum som gör det antagligt att diskriminering föreligger.²⁰⁷ Om arbetstagaren inte lyckas göra det antagligt att diskriminering ägt rum så kan frågan inte prövas. Men om omständigheter till grund för diskriminering kan styrkas, så antas ett samband föreligga och bevisbördan går då över på svaranden.²⁰⁸ Den nya diskrimineringslagen skiljer sig från den tidigare jämställdhetslagen genom att ha ett klart lägre krav för vad arbetstagaren måste visa för att ett orsakssamband ska anses föreligga mellan den konkreta missgynnande handlingen och diskrimineringsgrunden, och således styrka ett antagligt diskriminerande.²⁰⁹

När bevisbördan gått över på arbetsgivaren ska denne bevisa att diskriminering av det påstådda slaget inte har förekommit och således bryta orsakssambandet samt presumtionen.²¹⁰ De omständigheter som arbetsgivaren åberopar måste framstå som sakliga och övertygande. Omständigheterna måste kunna övertyga en utomstående om att grunden för arbetsgivarens handlande inte haft samband med de berörda arbetstagarnas kön.²¹¹ Detta genom att exempelvis bevisa att agerandet inte har något samband med den åberopade diskrimineringsgrunden.²¹²

Beträffande direkt diskriminering skapas en presumtion att diskriminering föreligger om arbetstagaren lyckas styrka att han eller hon behandlats

²⁰⁵ Prop. 2007/08:95 s. 445.

²⁰⁶ NJA 2006 nr 170.

²⁰⁷ AD 2005 nr 32.

²⁰⁸ Malmberg, Jonas se Karnov Internet, Diskrimineringslagen (2008:567) 6 kapitlet 3§, not 117, den 4 april 2011.

²⁰⁹ Fransson, Susanne & Stuber, Eberhard *Diskrimineringslagen. En kommentar* 2010 s.537.

²¹⁰ *Ibid.* s. 536.

²¹¹ Se AD 2005 nr 69.

²¹² Se AD 2003 nr 55.

mindre förmånligt än en annan person i en jämförbar situation För att bryta presumtion måste arbetsgivaren visa att helt andra omständigheter än personens kön eller graviditet ligger bakom agerandet. Det är i övrigt lönlöst för arbetsgivaren att argumentera för anledningar till varför missgynnandet skett, då direkt diskriminering aldrig kan rättfärdigas.

Beträffande indirekt diskriminering gäller att om arbetstagaren lyckas styrka omständigheter till stöd för att ett, vad som kan verka neutralt, kriterium, bestämmelse eller tillvägagångssätt, medför diskriminerande effekter så bildas presumtion. Svaranden ska nu bevisa att kriteriet, tillvägagångssättet eller bestämmelsen kan motiveras av ett objektivet syfte. Vidare ska arbetsgivaren visa att de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå det objektiva syftet.²¹³

3.5.3 Ogiltighetsförklaring, sanktioner och skadestånd

Diskrimineringslagen är tvingande och således är avtal som strider emot lagens bestämmelser ogiltiga, diskrimineringslagen 1 kapitel 3 §. Det framgår vidare av diskrimineringslagen att om någon i ett individuellt avtal, i ett kollektivavtal, i ordningsregler m.m. diskrimineras enligt en handling eller underlåtenhet som inte tillåts enligt diskrimineringslagen, så ska denna bestämmelse jämkas eller förklaras ogiltig om den som diskrimineras begär det, diskrimineringslagen 5 kapitel 3 §. Det är således den person som själv utsatts för diskrimineringen som har möjlighet att få bestämmelsen ogiltigförklarad.²¹⁴

I de fall där den diskriminerande bestämmelsen har sådan betydelse för det resterande avtalet eller kollektivavtalet att detta inte i övrigt kan anses gälla med oförändrat innehåll så kan avtalet jämkas eller förklaras ogiltigt i sin helhet. Andra former av rättshandlingar, ordningsregler eller liknande ska jämkas eller förklaras ogiltiga under samma förutsättningar, diskrimineringslagen 5 kapitel, 3 §.

Rättsverkan av ogiltighetsförklaringen blir att avtalsvillkoret helt upphör att gälla eller så måste villkoret förändras för att leva upp till diskrimineringslagens diskrimineringskydd för att få kvarstå. Beträffande enskilda avtalsvillkor kan domstolen genom tolkning placera in icke diskriminerande villkor för att fylla ut avtalet.²¹⁵

Bestämmelserna om ogiltighet och jämkning m.m. kompletteras av annan lagstiftning och rättsliga principer. Detta genom exempel lagen (1982:80) om anställningsskydd och avtalslagen (1915:218) med dess regler om

²¹³ Fransson, Susanne & Stuber, Eberhard *Diskrimineringslagen. En kommentar* 2010 s. 537.

²¹⁴ Se Karnov Internet, *Diskrimineringslagen (2008:567) 5 kapitlet 3§*, not 111, den 2 maj 2011 Malmberg, Jonas.

²¹⁵ Numhauser-Henning, Ann *En samlad diskrimineringslagstiftning* 2009 s. 514.

ogiltighet och jämkning av oskäligen avtalsvillkor,²¹⁶ men även genom att arbetsmarknadens parter använder sig av god sed, ett begrepp vilket är ett vanligt förkommande argument i tvister på arbetsmarknaden.²¹⁷ Begreppet innebär att om det finns villkor i avtal som strider emot god sed eller på andra sätt är av otillbörlig natur så saknar avtalen rättslig verkan på arbetsmarknaden. Således kan dessa bestämmelser komplettera diskrimineringslagens diskrimineringskydd i situationer där detta är nödvändigt.²¹⁸

Den som bryter mot diskrimineringslagens diskrimineringsförbud ska betala diskrimineringsersättning till den som blivit utsatt för den diskriminerande handlingen. När ersättningen bestäms ska den motsvara den kränkning som handlingen innebar. När ersättningen bestäms ska särskilt syftet med att motverka att sådana överträdelser av lagen beaktas. En arbetsgivare som bryter mot diskrimineringsförbudet ska också betala ersättning för den förlust som uppkommer, 5 kapitlet, 1 §.

En av de viktigaste nyheterna med diskrimineringslagen är diskrimineringsersättningen, en ny särskild skadestandsform som har ersatt begreppet ideellt skadestånd.²¹⁹ Syfte med förändringen är att det ”ska kosta att diskriminera”. Förändringen förutsägs leda till att höge belopp kommer utbetalas,²²⁰ då diskriminering ska ses som en särskilt allvarligt företeelse som den diskriminerade parten ska få upprättelse för.²²¹ Diskrimineringsersättningen har två syften. Ersättningen ska främst kompensera för den kränkning som individen utsatts för. Då graden av kränkningen fastställs och med det beloppet på ersättningen, vägs den personliga upplevelsen av händelsen in.²²² Ersättningen har även till syfte att avhålla övriga arbetsgivare från att diskriminera.²²³ Ersättningens belopp ska därav anpassas till verksamhetens omsättning för att på detta sätt göra det kännbart för alla arbetsgivaren och genom detta verka preventivt mot diskriminering.²²⁴

Diskrimineringsersättningen kan kompletteras med ekonomisk ersättning vid förlust. Ekonomisk ersättning utgår dock inte vid tillfällena av anställning och befordran. Detta med anledning av den fria anställnings- och arbetsledningsrätten i vilken det ingår att arbetsgivaren aldrig är skyldig att anställa eller befordra någon. Sålunda kan det inte dras ekonomiska slutsatser om den eventuella förlust som personen gick miste om i anledning

²¹⁶Ibid. s. 511.

²¹⁷Se ex. AD 2002 nr 34.

²¹⁸Numhauser-Henning, Ann *En samlad diskrimineringslagstiftning 2009* s. 517.

²¹⁹Ibid. s.507.

²²⁰Prop. 2007/08:95 s. 390.

²²¹Fransson, Susanne & S tuber, Eberhard *Diskrimineringslagen. En kommentar 2010* s. 491.f.

²²²Prop. 2007/08:95 s.398.

²²³Se Karnov Internet, *Diskrimineringslagen (2008:567) 5 kapitlet 1 §*, not, den 4 april 2011 Malmberg, Jonas.

²²⁴Prop. 2007/08:95 s. 390.

av utebliven anställning eller befordran.²²⁵I den tidigare jämställdhetslagen fanns hänvisningarna till Lag (1982:80) om anställningsskydd 38 §, vilket innebar att det fanns en gräns på beloppet för den ekonomiska ersättningen. År 2007 riktade Europeiska Kommissionen ett motiverat yttrande till Sverige med anledning att de inte uppfyllt sina åtaganden. Det faktum att det fanns en gräns på beloppet för den ekonomiska ersättningen ansågs som en brist av EU-rättens implementering i den svenska lagstiftningen med hänvisning till EU-domstolens praxis,²²⁶ som har fastslagit att detta inte får förekomma.²²⁷ Regeringen valde då, trots uttalande om att de inte ansåg detta vara en brist, att år 2008 i och med den nya diskrimineringslagen ta bort regeln i syfte att tydligt markera att det handlar om ett brott mot mänskliga rättigheter som man ser allvarligt på.²²⁸ Kommissionen valde i och med detta att lägga ner fördragsbrottsärendet med hänvisningen till den nya lagen.²²⁹ Således har, på grund av diskrimineringslagen, denna gräns tagits bort och det finns inte längre några utstakade begränsningar för den ekonomiska ersättningen.

Nedan följer några rättsfall som exempel på vilka belopp diskrimineringsersättningen brukar ligga på.

AD 2011 nr 2 rörde ett fall där en kvinna hade en praktiktjänstgöring som senare enligt överenskommelser skulle övergå till anställning. Så blev dock inte fallet då arbetsgivaren nekade henne anställningen när han fått vetskap om att hon hade framtida planer på att bli gravid. Arbetsgivaren fälldes för könsdiskriminering samt förbud mot missgynnande enligt föräldraledighetslagen. DO hade yrkat på 100 000 kr i diskrimineringsersättning och 60 000 i skadestånd samt hänvisat till den nya diskrimineringslagens syfte att höja ersättningsnivåerna. Då det var samma händelse som låg bakom överträdelse av båda lagarna så fastslog Arbetsdomstolen ett gemensamt ersättningsbelopp.²³⁰ Arbetsdomstolen tog i sitt beslut beträffande beloppet på ersättningen hänsyn till att kvinnas graviditet och efterkommande föräldraledighet endast varit en av flera bidragande orsaker till att hon inte fick anställningen. Därav förpliktigade DO arbetsgivaren att utge ett ersättningsbelopp på 30 000 kr till kvinnan.

AD 2011 nr 23 rörde ett fall där en kvinna blir förbigången i rekryteringsprocessen med anledning av att sin graviditet. I fallet yrkade DO på 150 000 kr i diskrimineringsersättning och 60 000 kr i allmänt skadestånd. Arbetsdomstolen ansågs att arbetsgivarens handlande stred mot både diskrimineringslagen och föräldraledighetslagen. Arbetsdomstolen fastslog även i detta fall ett gemensamt belopp. Domstolen tog vid

²²⁵Numhauser-Henning, *Ann En samlad diskrimineringslagstiftning 2009* s. 507.

²²⁶Mål C-271/91 *Marshall 11* & Mål C-180/90 *Drahmphael*.

²²⁷Birgitta, Nyström *EU och arbetsrätten 2010* s. 208.

²²⁸Prop. 2007/08:95 s. 404-405.

²²⁹Birgitta, Nyström *EU och arbetsrätten 2010* s. 208.

²³⁰När det är med anledning av samma handling, som båda ersättningen enligt diskrimineringslagen och föräldraledighetslagen, grundar sig på så slår Arbetsdomstolen ofta samman ersättningssummorna.

fastställandet av ersättningen hänsyn till att kvinnas graviditet inte varit den enda anledningen till att rekryteringsprocessen avbröts. DO förpliktigade därav arbetsgivaren att utge ett ersättningsbelopp på 50 000 kr till kvinnan.

I många fall går diskrimineringsärenden inte så långt som till domstol då det nås förlikningar på vägen mellan arbetsgivaren och personen som utsatts för missgynnande. Detta med anledning av att arbetsgivaren vill få fallet avklarat utan domstolens hjälp. Ersättningen i dessa fall ligger mellan 25 000- 100 000 beroende på situationen och graden av kränkning. Nedan följer några exempel på förlikningar som ingåtts beträffande graviditetsdiskriminering.

DO har ingått förlikning i två likande fall vilka båda berörde gravida kvinnor som sållats bort i rekryteringsprocessen till de anställningar de sökt, en på migrationsverket och en i en skobutik. Det påvisades att det förekommit graviditetsdiskriminering och båda fallen avslutades senare i förlikning varav kvinnorna erhöll 50 000 kr vardera i ersättning.²³¹

Ett annat fall som avslutades i förlikning var gällande en kvinna som innehade en provanställning på elektronikbutiken Elgiganten när hon fick reda på att hon var gravid. Kvinnan blev efter ett tag, med anledning av sin graviditet, tvungen att sjukskriva sig i drygt två veckor då hon hade diabetes och var tvungen att kontrollera sina värden med hänsyn till sitt tillstånd som gravid. Arbetsgivaren avslutade då hennes provanställning. Det påvisades att det förekommit graviditetsdiskriminering och senare i och med förlikning erhöll kvinnan 65 000 kr i ersättning från arbetsgivaren.²³²

DO har vidare haft två fall som slutat i förlikning beträffande två gravida kvinnor som inte fick den anställning de sökte. Motivering till nekadet var att de uppgifter som tjänsten innebar var för farliga för gravida arbetstagare. Det påvisades att det förekommit diskriminering och de båda kvinnorna erhöll 100 000 kr respektive 80 000 kr vardera i ersättning.²³³

3.5.4 Jämställdhetsorgan

Nya diskrimineringslagen innebar även att en ny samlad ombudsmannaenhet tillsattes, DO (Diskrimineringsombudsmannen). DO ersatte i och med denna omstrukturering den dåvarande Jämo (Jämställdhetsombudsmannen), HO (Handikappombudsmannen), DO (Ombudsmannen för etnisk diskriminering) och HomO (Ombudsmannen mot diskriminering pga. Sexuell läggning).

²³¹ Jämo 1189/2008 P.G./, Migrationsverket JämL & JämO 2008/1036 Y.S./, Deichmann-Sko AB.

²³² HO 2008/1384 A.E. /, Elgiganten AB.

²³³ ANM 2009/1337 M.B./, Arboga kommun & ANM 2009/788 A.A./, Trehörna omsorger AB.

Ursprungsbestämmelserna till den nuvarande myndigheten finns i förarbetena till 1979 års jämställdhetslag. DO är en tillsynsverksamhet vilket innebär att DO både ska pröva överklaganden och på eget initiativ företa egna undersökningar.²³⁴ Av nu gällande diskrimineringslag framgår att DO ska utöva tillsyn över att diskrimineringslagen följs och ska i första hand försöka få dem som omfattas av lagen att frivilligt följa den. I strävan efter att få folk att frivilligt följa lagen ska DO verka för att det ska utges information, råd, överläggning eller liknande, för att på så sätt försöka påverka.²³⁵ Det finns även vidare bestämmelser i lagen (2008:568) om Diskrimineringsombudsmannen, vilka berör DO:s uppgifter och verksamhetsområden, diskrimineringslagen 4 kapitel 1 §. Vidare har DO rätt att föra talan i domstol för enskild kränkt individ som medger det, diskrimineringslagen 4 kapitlet 2 § samt 6 kapitlet 2 §. I praktiken innebär detta att DO utövar tillsyn både genom offentlighetsrättsliga och civilrättsliga regler.

Det faktum att DO numera har rätt att själv föra talan i domstol har inte bemötts av positiv kritik från alla håll. Svenaeus, chefsjurist Akademikerförbundet SSR och tidigare Jämo, anser att DO inte ska ta på sig rollen som statlig advokatbyrå. Istället anser hon att DO ska fokusera på rådgivning och medling, en del av DO:s tillsynsarbete som hon anser inte har utförts tillfredställande på sista tiden. Därmed har DO inte levt upp till de krav som finns enligt diskrimineringslagen. Hon påpekar att den svenska modellen för hur jämställdhets- och jämlikhetsarbetet ska bedrivas tidigare har varit ett föredöme för andra länder och anser det mycket olyckligt att 2008 års diskrimineringslag inte längre förespråkat detta tillvägagångssätt med mycket förebyggande arbete. Svenaeus anser att man borde hållit sig till vad den ursprungliga diskrimineringsutredningen kom fram till för att då kunna ha både en fungerande tillsynsverksamhet samt en professionell hantering av klagomålen.²³⁶ Likaså Hamskär, chefsjurist TCO, kritiserar diskrimineringslagens sätt att förskjuta DO:s arbetsuppgifter mot att mer fokusera på att pröva redan inträffade fall av diskriminering i domstol. Han anser istället att fokus ska ligga på att aktivt arbeta med arbetsplatsanknutet förebyggande arbete.²³⁷

Den 1 februari 2011 blev Katri Linna avsatt från sitt uppdrag som DO trots att hon hade fyra år kvar av sitt förordnande. Katri Linna blev efter avstättningen omplacerad till en tjänst som generaldirektör i regeringskansliet. Erik Ullenhag, integrationsminister, gav som argument till regeringens beslut att avsätta DO, följande kommentar; ”Kampen mot diskriminering är en central och viktig verksamhet, därför behövs en väl fungerande DO samt en stark diskrimineringslagstiftning.”²³⁸ Mer konkret menade Ullenhag att regeringen ansåg att det fanns brister i hur DO hade skött sina uppgifter. Det hade bland annat varit tagit för lång tid för DO att

²³⁴ Prop. 1978/79:175 s. 145 ff.

²³⁵Fransson, Susanne & Stuber, Eberhard *Diskrimineringslagen. En kommentar* 2010 s. 449.

²³⁶ Svenaeus, Lena *DO-lagen måste ändras nu!* 2011.

²³⁷Hamskär, Ingemar *Kvinnorna förlorar på den nya lagen* 2008.

²³⁸Örneborg, Elisabet *DO Katri Linna omplaceras* 2011.

avgöra ärenden. Det hade även riktats stark kritik mot Katrin Linna från hennes medarbetare. Hennes medarbetare ansåg att henne ledarskap inte varit tillfredställande vilket hade resulterat i en arbetsmiljö med stora brister. Något som bland annat resulterade i ett flertal sjukskrivningar bland personalen.²³⁹

Som nuvarande vikarierande DO har Håkan Sandesjö tillsats. Håkan Sandesjö har tidigare varit generaldirektör för Utlänningsnämnden och tidigare tillförordnad generaldirektör för Konsumentverket.²⁴⁰

Katri Linna vill inte uttala sig om att hon blivit avsatt men kommenterar att myndighetens arbete inte alls är i den fas som media framställer det. Hon anser sig ha förutsättningar att fortsätta utveckla tillsynsmyndigheten men konstaterar att regeringen har gjort en annan bedömning. Hon anser dock mediernas påhopp varit odemokratiskt och anser det mycket tråkigt att regeringen fallit för trycket från media och genom detta påverkats till att fatta detta beslut.²⁴¹

Alcala är starkt emot avsättandet av DO. Han menar vidare att DO inte har gjort några grova felsteg som skulle kunna rättfärdiga att regeringen sade upp henne. De långa handläggningstider och arbetsmiljöklimatet som DO kritiserar för är långt ifrån tillräckliga för att avsätta en ombudsman vars oberoende är folkrättsligt skyddat. Regeringens uppsägning av Katri Linna går utöver vad regeringen har rättigheter att göra.²⁴²

Det faktum att Katri Linna blir avsatt som DO menar Lena Svenaeus, Jämö år 1994-2000, ska ses som ett tillfälle att utöva översyn över diskrimineringslagen och dess tillsynsverksamhet. Anledningen till att situationen ser ut som den gör idag menar hon beror på att vi i Sverige, med anledning av att vi är rädda för att inte leva upp till Parisprinciperna, helt strukit styrningen av DO. I Sverige är alla myndigheter självständiga, men med DO har man gått till ytterligheter.²⁴³

Det faktum att styrningen helt har lämnats framgår av att DO numera har "blanka regleringsbrev" samt att DO inte längre har någon styrelse.²⁴⁴ Vidare har den lagregleringen som kräver att det ska föreligga prejudikatvärde i de mål DO tar upp, tagits bort. Det är nu upp till DO själv att bestämma vilka mål som ska drivas. Följaktligen har regeringen och riksdagen lagt all beslutanderätt för hur diskrimineringsarbetet ska skötas, hur resurserna ska användas samt hur lagen ska tolkas, på en enda person. Svenaeus anser detta vara anledningen till den bristande interna kompetensen samt oförmågan att se helheten som hitintills existerat. Med

²³⁹ Person, *Amma Katri Linna tvingas lämna DO* 2011.

²⁴⁰ Norrby, *Ann Anställningsintervju Håkan Sandesjö* 2011.

²⁴¹ Hallberg, *Linnëa DO får sparken* 2011.

²⁴² Alcala, *Jesùs Dolt under det svarta töcknet* 2011.

²⁴³ Se kapitel 2.2.5.

²⁴⁴ Istället finns det ett råd, men av prop. 2007/08: 95 s. 367 framgår att Rådet inte ska ha något avgörande inflytande över ombudsmannens verksamhet.

anledning av detta har DO haft svårt att se vilka mål som ska drivas vidare. Hon påpekar vidare att hon inte sett att något annat land tolkat *Parisprinciperna*²⁴⁵ på detta extrema sätt. Sammanfattningsvis anser Svenaeus att den nu gällande lagen om Diskrimineringsombudsman bör ändras för att komma till rätta med problemet.²⁴⁶

Alcala anser däremot att regeringens motivering med att de vill ha en ny DO för att få en nystart och genom det en bättre myndighetsverksamhet är felaktig. Den korta tiden som Katri Linna hann sitta innebar knappt att verksamheten hann starta. Att det krävs en nystart för att få en bättre DO verksamhet anser han inte vara den rätta lösningen då Katri Linna knappt hann påbörja sitt arbete.²⁴⁷

3.5.5 Informationsskyldighet beträffande graviditet vid anställningstillfället

Det föreligger enligt den svenska rätten inget uttryckligt *frågeförbud* mot att ställa vissa frågor vid anställningsförfarandet. Men trots det faktum att det inte föreligger något uttryckligt förbud så kan frågor rörande vissa ämnen, bland annat graviditet, resultera i rättsliga konsekvenser. För om en arbetsgivare ställer en fråga vilket berör ett skyddat intresse, så visar arbetsgivaren i och med detta att denne fäster vikt vid svaret. Något som i sin tur innebär att om arbetsgivaren sen skulle neka den person som utsattes för frågorna vid anställning, så skulle arbetsgivaren kunna komma att hamna i bevismässiga problem med den arbetsökande. Så sammanfattningsvis kan man säga att det gäller ett indirekt frågeförbud som en konsekvens av hur diskrimineringslagen är konstruerad.²⁴⁸ Det kan emellertid tilläggas att om arbetsgivaren har för avsikt att föra in uppgifterna i en sökbar struktur, så blir personuppgiftslagen (1998:204) tillämplig.²⁴⁹ Vid fall då denna lag är tillämplig får frågan om arbetsgivaren är gravid inte ställas med anledning av god sed. Dock har det inte prövats rättsligt utan bara beaktats i doktrin.²⁵⁰

Beträffande arbetsgivarens upplysningsskyldighet så framgår av Arbetsdomstolen praxis att det inte finns någon långtgående skyldigheten att uppges upplysning som kan påverka möjligheten att påverka anställningen i negativ riktning.²⁵¹ Vidare framgår av Avtalslagen (1915:218) att det inte finns någon allmän skyldighet att lämna vissa uppgifter vid ingående av ett anställningsavtal. Det finns dock två undantag. Upplysning ska ske beträffande personliga uppgifter av den karaktären att arbetsgivarens vetskap om detta skulle innebära uppsägning. Upplysningar ska även ske av sådan information som direkt inverkar på arbetstagarens möjligheter att utföra sina arbetsuppgifter. I detta undantagsfall sträcker sig skyldigheten

²⁴⁵ Se kapitel 2.2.5.

²⁴⁶ Svenaeus, Lena *DO-lagen måste ändras nu!* 2011.

²⁴⁷ Alcala, Jesús Dolt under det svarta töcknet 2011.

²⁴⁸ Danhard, Erik se *Ny Juridik* 2008:3 s. 34.

²⁴⁹ Personuppgiftslag (1998:204) 9,10§ §.

²⁵⁰ Danhard, Erik se *Ny Juridik* 2008:3 s. 34.

²⁵¹ Vilket framgår av AD 1985 nr 129, AD 1987 nr 57, AD 1997 nr 36 & AD 2000 nr 81.

längre genom att arbetstagaren har skyldighet att upplysa även om saker som inte är av den styrka att det utgör grund för uppsägning. Det faktum att den arbetssökande är gravid utgör dock inte något av undantagen, då graviditet inte är en skälig grund för uppsägning. Således kan fastslås att arbetstagare aldrig självmant är skyldig att *informera om sin graviditet* vid anställningsförfarandet. Arbetsgivaren kan således inte befrias från anställningsavtalet med hänvisning till den arbetssökande genom att inte berätta om sin graviditet, brutit mot avtalslagens bestämmelser.²⁵²

Den finns inte heller någon lagstadgad fullständig plikt vid anställningsförfarandet. Den arbetssökande har således rätt att ge vilseledande svar, även på direkta frågor samt att låta arbetsgivaren leva kvar i villfarelse om viss fakta. Följaktligen kan fastslås att arbetsgivaren inte kan befrias från anställningsavtalet med hänvisning till att den arbetssökande har ljugit om sin graviditet.²⁵³

3.6 Anställningsskyddslagen (1982:80)

Det föreligger ett generellt anställningsskydd för arbetstagare i Sverige genom lag (1982:80) om anställningsskydd. Detta anställningsskydd fastställer att en uppsägning alltid måste vara sakligt grundad. Något som indirekt verkar som ett diskrimineringskydd för gravida då graviditet aldrig kan utgöra en saklig grund för uppsägning. Flera mål i arbetsdomstolen har således haft en indirekt koppling till olika diskrimineringsgrunder.²⁵⁴

En uppsägning är sakligt grundad om anledning till uppsägningen är av personliga skäl eller av arbetsbrist, anställningsskyddslagen 7 §. Att bli uppsagd på grund av graviditet kan aldrig anses utgöra ett personligt skäl till uppsägning.²⁵⁵ Beträffande uppsägning på grund av arbetsbrist så är det upp till arbetsgivaren att besluta om hur verksamheten ska bedrivas. Arbetsgivarens motiv till uppsägningar på grund av arbetsbrist prövas vanligtvis inte av domstolen med det kan vid undantag göras. Detta vid fall då arbetstagaren som blev uppsagd hävdar att det inte råder arbetsbrist utan att det endast är en fingerad arbetsbrist som arbetsgivaren stödjer sitt beslut på.²⁵⁶

Anställningsskyddslagen och diskrimineringslagen är parallella regerverk, vilket innebär att en uppsägningssituation kan angripas med bestämmelser från båda lagarna. I synnerhet vid arbetsbristuppsägning utmärker sig detta

²⁵² Malmberg, Jonas *Arbetssökandes upplysningsplikt 2000-2001*.

²⁵³ Danhard, Erik se *Ny Juridik* 2008:3 s. 34.

²⁵⁴ Fransson, Susanne & S tuber, Eberhard *Diskrimineringslagen. En kommentar* 2010 s. 41 ff.

²⁵⁵ Julén, Volinius, Jenny *Föräldrar i arbete* 2007 s. 323.

²⁵⁶ Lunning, Lars och Toijer, Gundmund, *Anställningsskydd. Kommentarer till anställningsskyddslagen*. 2006 s. 452-453.

då diskrimineringslagen ger utrymme för en mer långtgående prövning av arbetsgivarens agerande än vad anställningsskyddslagen gör.²⁵⁷

Ett tydligt exempel på ovanstående kan inträffa vid provanställning. En arbetsgivare har möjligheten att själv besluta när han vill avsluta en provanställning. Arbetsgivaren har vid dessa fall ingen skyldighet att uppge någon motivering till sitt beslut. Det med anledning av att det anses ligga i provanställningarnas natur att arbetsgivaren, vid fall han finner olämpliga, inte behöver låta provanställningen övergå till en tillsvidareanställning.²⁵⁸ Med stöd av anställningsskyddslagen kan således en prövning av skälen bakom beslutet inte utföras. Men då diskrimineringslagen också är tillämplig på situationen kan istället en prövning av arbetsgivarens skäl och motivering till beslutet ske enligt denna lags diskrimineringsbestämmelser.²⁵⁹

Ett exempel när detta förfarande ägt rum är AD 2011 nr 22. Målet röde en kvinna som hade en provanställning i en affär, blev gravid och berättade detta för sin chef. Två månader senare avbröt arbetsgivaren hennes provanställning. Fallet kom till Arbetsdomstolen och DO visade att det fanns anledning att anta att könsdiskriminering ägt rum. Arbetsgivaren fick nu motivera sitt beslut och skälen bakom det. Detta fall avslutades dock med att DO:s talan ogillades då arbetsgivaren lyckades visa att arbetsbristen inte var fingerad utan att arbetsbrist förelåg och var grunden till uppsägningen.²⁶⁰

Julèn Votinius ställer sig kritiskt till förfarandet beträffande att gravida arbetstagare kan få sin provanställning avbruten utan motivering av arbetsgivaren. Julèn Votinius anser att det skydd som diskrimineringslagen i dessa fall kan bidra med i efterhand inte är tillräckliga. Istället anser hon att det ska vara lagstadgat att arbetsgivaren, i samband med upphörandet av en provanställning av en gravid arbetstagare ska motivera skälen bakom sitt beslut och utge detta skriftligen till arbetstagaren. Det faktum att arbetsgivaren senare i en eventuell rättsprocess, för att inte fällas för könsdiskriminering tvingas uppge skälen till sitt agerande anser hon således inte vara tillräckliga.²⁶¹

²⁵⁷ Rönmar, Mia *Diskriminering vid arbetsbristuppsägningar 2006-2007*.

²⁵⁸ Prop. 1981/82:71 s. 124 & AD 2002 nr 102.

²⁵⁹ Rönmar, Mia *Diskriminering vid arbetsbristuppsägningar 2006-2007*.

²⁶⁰ Se även AD 2004:49 där beslutet bakom provanställningen prövas enligt Medbestämmandelagen (1976:580) och dess förbud mot föreningsrättskränkning. & AD 2002 nr 102 där beslutet bakom provanställningen prövas enligt Jämställdhetslagen (1991:1118) och dess skyldighet att utreda sexuella trakasserier.

²⁶¹ Julèn Votinius, Jenny *Bristande införlivande i svensk rätt av skyddet för gravida och mammalediga* 2008.

3.7 Övriga skyddsbestämmelser beträffande gravida arbetstagare

Av föräldraledighetslagen (1995:584) 18 § framgår att en gravid kvinna som väntar barn, nyligen fött barn eller ammar har rätt att bli omplacerad till ett annat arbete med bibehållna anställningsförmåner. Bibehållna anställningsförmåner innebär att arbetstagaren får behålla de förmåner som skulle utgått om arbetstagaren inte hade behövt omplacerats.²⁶² Omplaceringen sker endast under förutsättning att kvinnan förbjudits att fortsätta sitt arbete enligt föreskrift som meddelas med stöd av arbetsmiljölagen (1977:1160) 4 kapitlet 6 §. I fall som här hänvisas till har arbetsmiljöverket meddelat särskilda föreskrifter om förbud, eller särskilda föreskrifter om villkor ska vara uppfyllda, i samband med att arbete utförs av arbetstagare som tillhör en särskild riskgrupp. I lagkommentaren hänvisas specifikt till att havandeskap är en riskfylld faktor som får arbetstagare att tillhöra en särskilt utsatt grupp.²⁶³

Det framgår vidare av föräldraledighetslagen att kvinnliga arbetstagare som väntar barn, från och med den sextionde dagen före den beräknade tidpunkten för förlossningen och med anledning av detta inte kan utföra fysisk påfrestande arbetsuppgifter, har rätt att bli omplacerad; föräldraledighetslagen 19 §. Rätten till omplacering gäller om detta skäligen kan krävas av arbetsgivaren.²⁶⁴ Om omplacering inte är möjlig har kvinnan istället rätt till ledighet så länge det krävs för att skydda hennes hälsa och säkerhet, dock utan bibehållna anställningsförmåner, föräldraledighetslagen 20 §. För att överhuvudtaget få utnyttja sin rätt till omplacering ska arbetstagaren anmäla sitt tillstånd till arbetsgivaren, föräldraledighetslagen 21 §. Bryter arbetsgivaren mot denna omplaceringsskyldighet är han skadeståndsskyldig gentemot sin arbetstagare.²⁶⁵

Beträffande Arbetsmiljölagen föreligger inga specifika särbestämmelser för gravida arbetstagare. Dock påpekas att speciella risker i arbetsmiljön kan föreligga i samband med havandeskap, varför gravida arbetstagare utgör en skyddsvärd grupp som omfattas av lagen.²⁶⁶ Exempelvis genom koppling mellan föräldraledighetslagens 18 § samt arbetsmiljölagens 4 kapitel 6 §.

Det är i anledning till mödravårdsdirektivet som dessa bestämmelser beträffande extra skyddsåtgärder för gravida arbetstagare implementerats i den svenska lagstiftningen. Inom doktrin ställer sig bland annat Ellis och Eklund kritiska till detta och menar att detta sätt att gå tillväga är en

²⁶² Malmberg, Jonas se Karnov Internet, Föräldraledighetslagen (1995:584) 18§, not 21, den 3 mars 2011.

²⁶³ Blyme, Hans se Karnov Internet, Arbetsmiljölagen (1977:1160) 4 kapitlet 6§, not 5, den 2 maj 2011

²⁶⁴ Nya arbetsuppgifter behöver inte skapas men arbetsgivaren ska utföra ordentliga ansträngningar för att försöka åstadkomma en omplacering se prop. 1984/85:78 s.85.

²⁶⁵ AD 1990 nr 51.

²⁶⁶ Blyme, Hans se Karnov Internet, Arbetsmiljölagen (1977:1160) 4 kapitlet 6§, not 5, den 2 maj 2011.

tillbakagång från den jämställdhetstanke som vi tidigare haft i Sverige. I och med dessa bestämmelser kommer snarare skyddsaspekten för gravida kvinnor i fokus är de mer rättighetsbaserade och icke-diskriminerade regler som vi länge arbetat för.²⁶⁷

²⁶⁷ Eklund, Ronnie *Obligatorisk mammaledighet- nytt vin i gamla läglar* 2000 s. 78-79 & Ellis, Evelyn *EC Sex Equity Law* 2005 s. 241.

4. Analys

4.1 Diskrimineringskydd för gravida arbetstagare

4.1.1 EU-rätt

Sedan år 1958 när EG-fördraget trädde i kraft har EU-rättens utveckling av arbetsrätten genomgått en utveckling i olika faser. I inledningsskedet betraktades de arbetsrättsliga regleringarna främst som ett sätt att undvika konkurrenshinder och att säkra den fria rörligheten. Med tiden utvecklades arbetsrätten till att lägga större fokus på det sociala området, sociala handlingsprogram antogs och att uppnå jämlikhet mellan könen blev med tiden något eftersträvansvärt. Direktivet om lika lön för män och kvinnor (74/117/EG) antogs och blev ett av de första uttrycken för att EU ville arbeta mot en union där kvinnor och män skulle leva under jämställda förhållanden. Detta direktiv följdes sedan av likabehandlingsdirektivet (76/207/EG) där likabehandlingsprincipen mellan män och kvinnor på arbetsmarknaden fastslogs.

Genom EU-domstolens avgörande i Mål C-177/88 *Dekker* år 1990 fastslogs att nekande av anställning på grund av graviditet utgör direkt könsdiskriminering och således omfattades, från denna stund graviditetsdiskriminering av likabehandlingsdirektivets diskrimineringskydd.

År 1992 antogs Mödravårdsdirektivet (92/85/EEG) vilket hade till syfte att förbättra säkerheten på arbetsplatser för arbetstagare som är gravida, nyligen fött barn eller ammar. Diskrimineringskyddet för gravida utvidgades två år senare, genom Mål C-32/92 *Webb* till att gälla alla arbetsvillkor och anställningsformer.

I samband med att Amsterdamfördraget antogs år 1997 skedde ytterligare utveckling då *gender mainstreaming* infördes och likabehandlingsprincipen inom alla verksamheter därmed blev fastslagen i ett fördrag. I Nicefördraget år 2003 samlades de rättigheter och principer som EU erkänt i EU-stadgan om grundläggande rättigheter, varav en av principerna var att jämställdhet mellan män och kvinnor skulle säkerställas på alla områden. I och med att Lissabonfördraget år 2009 antogs blev EU stadgan om grundläggande rättigheter rättsligt bindande.

År 2006 antogs Recastdirektivet (2006/54/EG) och det är detta direktiv som idag reglerar likabehandling på arbetsmarknaden och således diskriminering av kvinnliga arbetstagare med anledning av graviditet. Skydd för graviditetsdiskriminering definieras i Recastdirektivets artikel 2 punkt 2.c och avser varje form av mindre förmånlig behandling av en kvinna som har

samband med hennes graviditet. Vidare framgår av Recastdirektivets 14 artikel ett förbud mot alla de former av diskriminering som framgår av direktivet.

Det finns två lagstadvande definitioner av diskriminering i Recastdirektivets artikel 2.1, direkt och indirekt diskriminering. Det framgår av EU-rättens praxis att det alltid utgör direkt diskriminering att missgynna en kvinnlig arbetstagare med anledning av hennes graviditet. Direkt diskriminering definieras som situationer då en person som en direkt följd av sitt kön missgynnas i förhållande till en annan person i en jämförbar situation. Direkt diskriminering med anledning av kön, vilket då innefattar graviditet, kan aldrig rättfärdigas.

Vidare framgår av praxis att diskrimineringskyddet omfattar hela rekryteringsprocessen och följaktligen behöver inte ett beslut om anställning fattas för att den gravida kvinnan ska omfattas av skyddet.

Diskrimineringskyddet omfattar vidare alla arbetsvillkor och alla anställningsformer. Det faktum att en kvinna med anledning av sin graviditet kommer vara borta från arbetet eller inte kommer kunna utföra vissa arbetsuppgifter, får således inte utgöra anledningar till att arbetsgivaren missgynnar den gravida kvinnan i förhållande till andra icke gravida arbetstagare.

Diskrimineringskyddet omfattar även kvinnor som drabbas av graviditetskomplikationer vilka på olika sätt kan leda till att arbetsförmågan hos kvinnan sänks genom att kvinnan måste gå ner i arbetstid eller helt lämna arbetet. Dock sträcker sig diskrimineringskyddet bara till mammaledighetens slut, komplikationer med anledning av graviditeten som visar sig efter denna tidpunkt behandlas som vanlig frånvaro utefter allmänna regler.

Av Mödravårdsdirektivet framgår en skyldighet för arbetsgivaren att säkerställa moderns fysiska tillstånd under den tid som följer under och efter graviditeten. Arbetsgivaren utför denna skyldighet genom att på olika sätt underlätta gravida kvinnors arbetsuppgifter eller vid behov byta ut dem. Det framgår vidare av direktivet, ett klart uttalat uppsägningsförbud av kvinnor under och efter deras graviditet. Även denna skyddsperiod sträcker sig från graviditetens början och till och med mammaledighetens slut. Undantag får ske, om arbetsgivaren visar att detta inte har något med arbetstagarens graviditet att göra samt att arbetsgivaren motiverar sitt beslut skriftligen. Detta skydd omfattar dock inte förbud mot underlåtenheten att förnya en visstidsanställning.

Det framgår vidare av EU-domstolens praxis att det inte råder någon upplysningsskyldighet beträffande graviditet vid anställningsförfarandet. Med anledning av att arbetsgivaren inte får lägga någon vikt vid svaret så ska arbetsgivaren inte heller ställa frågan. Om arbetsgivaren ändå ställer frågan finns det enligt doktrin en principiell rätt för den arbetssökande att ljuga angående sin graviditet.

EU-rätten har vidare fastslagit vissa bevislättnader för käranden i diskrimineringsmål. I dessa mål räcker det att käranden lägger fram fakta till den nivån att domstolen *kan anta* att diskriminering ägt rum, för att bevisbördan sedan istället ska förflyttas till svaranden. Sedan är det upp till svaranden att motbevisa att missgynnandet inte ägt rum. För att ytterligare underlätta för käranden kan vid bedömningen av om missgynnande ägt rum, i fall där ingen faktisk jämförelseperson finns, jämförelsen göras med en hypotetisk person.

EU-rätten har enligt Recastdirektivets 3 kapitel 23 artikel fastslagit att medlemsstaterna ska vidta alla möjliga åtgärder för att säkerställa att lagar och författningar som strider emot graviditetsdiskriminering upphävs. Individuella avtal och kollektivavtal ska förklaras ogiltiga eller ändras om dessa går emot EU-rättens bestämmelser. Det är helt upp till medlemsstaterna själva att bestämma vilka sanktioner som ska appliceras vid situationer av graviditetsdiskriminering. Det finns dock krav att personen som utsatts för diskrimineringen erhåller en faktisk och effektiv kompensation som står i proportion till skadan men som samtidigt fungerar avskräckande för andra arbetsgivare.

För att säkerställa att bestämmelser beträffande diskrimineringsförbud verkligen efterföljs i praktiken ska det i varje medlemsstat finnas ett organ som ska främja detta ändamål. FN har arbetat fram *Parisprinciperna*, vilka innebär att det organ som ska främja jämlikhet ska agera oberoende från staten. Organet som ska främja jämlikhet ska följaktligen på ett oberoende sätt bistå personer som utsatts för diskriminering. Organet ska arbeta mot diskriminering genom att driva klagomål, utföra och rapportera oberoende undersökningar samt lämna rekommendationer i frågor som rör diskriminering.

4.1.2 Svensk rätt

Jämställdheten på arbetsmarknaden börjande bli en omdiskuterad fråga under 1960-talet men det var först år 1979 som den första jämställdhetslagen antogs. Detta var början på en utveckling mot en mer jämställd arbetsmarknad. 1979 års jämställdhetslag hade två syften. Lagen skulle förbjuda könsdiskriminering samt arbeta förebyggande genom att utföra jämställdhetsåtgärder. Lagen ersattes så småningom av 1991 års jämställdhetslag med anledning av att lagen behövde anpassas efter EU-rätten men även som en följd av den kritik lagens bestämmelser fick med anledning av att lagens bestämmelser var svåra att tillämpa i praktiken. 1991 års lag byggde på samma huvudprinciper som den gamla lagen, men större fokus låg på att förbättra kvinnornas situation och på det sättet nå mer jämlika förhållanden.

Lagen ändrades sammanlagt fyra gånger under de kommande 14 åren, alla ändringar var till syfte att skärpa rätten och utvidga skyddet för kvinnorna på arbetsmarknaden samt för att nå en bättre överenskommelse med EU-

rätten. Bland annat antogs definitioner av direkt och indirekt diskriminering, diskrimineringskyddet kom att omfatta hela rekryteringsprocessen, förutsättningen av en faktisk jämförelseperson togs bort samt att bevisbördereglererna blev mer fördelaktiga för käranden.

År 2008 var det dags för stora omstruktureringar på diskrimineringsområdet då diskrimineringslagen (2008:567), en ny samlad diskrimineringslag antogs. Diskrimineringslagen ersatte 1991 års jämställdhetslag samt sex andra lagar på diskrimineringslagstiftningens område. Det övergripande syftet med omstruktureringen var att diskrimineringskyddet skulle bli så effektivt och heltäckande som möjligt.

Könsdiskriminering definieras i diskrimineringslagen 1 kapitel 4 §, som situationer då en person missgynnas i förhållande till annan person med anledning av sitt kön. I diskrimineringslagen 1 kapitel 1 § fastslås vidare att all form av diskriminering ska motverkas. Det faktum att det utgör könsdiskriminering att missgynna en kvinna med anledning av hennes graviditet framgår inte direkt ur lagtexten, utan får istället utläsas av tidigare förarbeten samt i praxis, AD 2002 nr 45.

Det finns två lagstadgande definitioner av diskriminering, direkt och indirekt diskriminering vilka framgår av diskrimineringslagen, 1 kapitel 4 §. Det framgår av praxis att det alltid utgör direkt diskriminering att missgynna en kvinna med anledning av hennes graviditet. Direkt diskriminering definierar situationer då en person som en direkt följd av sin könstillhörighet missgynnas i förhållande till en annan person i en jämförbar situation. Direkt diskriminering med anledning av kön, vilket innefattar graviditet, kan aldrig rättfärdigas.

Vidare framgår av diskrimineringslagen att diskrimineringskyddet omfattar alla beslut arbetsgivaren tar. Följaktligen behöver ingen formell ansökan gjorts av någon arbetssökande då diskrimineringskyddet inträder redan vid rekryteringsens början. Vidare omfattar diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare alla anställningsformer.

Dock ska angående anställningsformer påpekas att en arbetsgivare alltid, enligt anställningsskyddslagen, får avbryta en provanställning utan att behöva uppge skäl till sitt agerande. Detta hindrar dock inte att en bedömning av motivet till uppsägningen görs enligt diskrimineringslagen då anställningsskyddslagen och diskrimineringslagen är parallella regelverk.

Beträffande om det föreligger ett frågeförbud att ställa vissa frågor vid anställningsprocessen hänvisas till det faktum att EU-rätten och dess praxis har företrädare framför den svenska lagen, vilket innebär att det frågeförbudet som finns i enlighet med EU-rätten gäller i Sverige. Av den svenska lagstiftningen framgår däremot inget uttryckligt frågeförbud mot att ställa vissa frågor vid anställningsprocessen. Men med anledning av hur diskrimineringslagen är formulerad kan det fastslås att det föreligger ett indirekt frågeförbud, med anledning av att arbetstagares graviditet aldrig får

ligga till grund för ett beslut av arbetsgivaren. Om arbetsgivaren ändå ställer frågan visar denne genom detta att vikt läggs vid svaret. Blir kvinnan sedan nekad anställning kan hon hänvisa till att frågan ställdes och att det var med anledning av hennes svar som hon inte fick anställningen.

Beträffande arbetstagarens egen upplysningsskyldighet så finns det inte någon skyldighet att själv informera om sin graviditet vid anställningsprocessen. Det råder inte heller någon plikt för arbetsgivaren att vara helt fullständigt sanningsenlig i sina svar, vilket innebär att arbetstagaren även på direkta frågor får låta arbetsgivaren leva kvar i villfarelser eller ge vilseledande svar.

Av lag (1995:584) om föräldraledighet framgår att en kvinna som väntar barn, vid behov som baseras på säkerhetsrisker i enlighet med arbetsmiljölagen (1977:1160), har rätt att bli omplacerad med bibehållna arbetsförmåner om detta kan anses skäligt i förhållande till arbetsgivaren. Det framgår vidare att en kvinna även har rätt att bli omplacerad om arbetsuppgifterna anses för fysiskt ansträngande, dock utan anställningsförmåner. Beträffande komplikationer med anledning av graviditeten men som först visar sig efter mammaledighetens utgång så hänvisar Arbetsdomstolen till EU-domstolens praxis. Den frånvaro som blir till följd av dessa komplikationer omfattas således inte av diskrimineringskyddet.

För att gravida kvinnor ska ha en reell chans att även i praktiken få genomslag för sina rättigheter använder sig Sverige av en presumtionsregel beträffande bevisbördan i diskrimineringsmål. Bevisbördereglerna grundar sig på den EU-rättsliga bevisbördan. I stunden som käranden lyckas visa omständigheter som ger anledning att anta att det förekommit diskriminering så föreligger en presumtion om att diskriminering ägt rum. Det är sedan upp till svaranden att bryta denna presumtion genom att visa att diskriminering inte förekommit. I fall där en faktisk jämförelseperson inte existerar kan vid behov bedömningen ske med en hypotetisk jämförelseperson.

Diskrimineringslagen är tvingande, vilket innebär att individuella avtal, kollektivavtal, ordningsregler m.m. som strider emot denna lagens bestämmelser blir ogiltiga, diskrimineringslagen 1 kapitel 3 §. För att dessa bestämmelser ska bli ogiltiga krävs det att den person som utsatts för kränkning, med anledning av stridande bestämmelser, påvisar detta.

I samband med den nya diskrimineringslagen har den särskilda diskrimineringspåföljden diskrimineringsersättning tillkommit vilken har två syften. Ersättningen ska kompensera för den kränkning som individen utsatts för och följaktligen sättas i förhållande till den upplevda kränkningen samt verka preventivt i förhållande till andra arbetsgivare. Diskrimineringsersättningen kompletteras med ekonomisk ersättning vid fall av förlust i samband med den missgynnande handlingen.

För att utöva tillsyn över att diskrimineringsförbudet mot gravida arbetstagare verkligen efterföljs i praktiken har Sverige en tillsynsverksamhet i form av DO. Denna tillsynsverksamhet utövas genom offentlighetsrättsliga regler samt genom civilrättsliga regler då DO har rätt att föra talan i domstol. Vid många fall kommer inte diskrimineringsfallen så långt som till domstol utan parterna möter istället en förlikning. DO ska vara ett självständigt och oberoende organ. Katrin Linna avsattes som DO den 1 februari 2011 av regeringen, innan hennes tid som förordnande löpt ut. Ett beslut som bemötts av kritik då beslutet ansåg ha tagits på grunder som var långt ifrån tillräckliga för att kunna avsätta en ombudsman vars oberoende är folkrättsligt skyddat.

Sammanfattningsvis kan fastslås att det är ett omfattande skydd som gravida arbetstagare har, då graviditetsdiskriminering omfattar alla arbetsgivarens beslut och aldrig kan rättfärdigas. Om en missgynnande handling ägt rum i samband med att arbetsgivaren fått vetskap om arbetstagarens graviditet är det relativt lätt för kvinnan att visa omständigheter som ger anledning att anta att en graviditetsdiskriminering förekommit. Då arbetsgivarens argument bakom agerandet är irrelevanta, är det relativt svårt för arbetsgivaren att motbevisa den påstådda diskrimineringen. Dock har jag utläst av praxis, AD 2011 & AD 2011 nr 23, att arbetsgivaren ofta hävdar och även lyckas bevisa, att arbetstagarens graviditet bara var en av orsakerna till det aktuella beslutet. Detta innebär fortfarande att arbetsgivaren fälls för diskriminering med anledning av graviditet då arbetsgivarens graviditet inte behöver vara den enda anledningen till beslutet. Men diskrimineringsersättningen blir med anledning av detta mycket lägre än om det endast skulle vara graviditeten som låg bakom den missgynnande handlingen.

Det faktum att det är ett högt antal förlikningar som Jämo och DO ingått med olika företag och dess arbetsgivare skulle man kunna spekulera vidare i. Kanske betyder detta att arbetsgivaren medveten om att risken är stor att dess agerande kommer anses utgöra graviditetsdiskriminering vid en prövning i domstol. Där väljer de istället att förlikas genom att utge relativt höga belopp till kvinnan som ansett sig bli diskriminerad för att hon inte ska föra saken vidare. En annan trolig förklaring till varför arbetsgivaren väljer att ingå förlikning är med anledning av den dåliga publicitet som följer om situationen blir offentlig genom en domstolsförhandling. Detta visar att diskriminering med anledning av graviditet i dagens samhälle är något som företag inte vill förknippas med. Något som i sig visar att skyddet för gravida arbetstagare är relativt starkt på arbetsmarknaden.

De fall där försäkringskassan fällts för diskriminering med anledning av att de inte beaktat graviditetsrelaterade besvär som grund för sjukpenning, visar på att det innan problematiken uppmärksammades fanns en tydlig diskriminerande struktur inom sjukförsäkringen. Gravida kvinnor som drabbades av graviditetsrelaterade besvär hade inte samma självklara tillgång till sjukförsäkringsförmån i form av sjukpenning, som män med symptom av samma art och omfattning. Dock kan nu fastställas att genom

DO:s agerad så är det numera fastslaget att kvinnor har rätt till sjukpenning med anledning av graviditetsrelaterade besvär. Något som ytterligare vidgar diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare.

4.2 Lever svensk rätt upp till EU-rätten och dess krav?

Diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare har utvecklats som en form av könsdiskriminering inom EU-rätten varav Sveriges lagstiftning har gått i samma spår. Det faktum att diskrimineringskyddet mot gravida arbetstagare är en form av könsdiskriminering fastslogs första gången genom EU-domstolens praxis men är numera även fastslaget i artikelform genom Recastdirektivet.

Förbudet mot graviditetsdiskriminering framgår inte direkt av den svenska diskrimineringslagen, skyddet får istället tolkas fram ur lagen genom att graviditet är kopplat till kön och att all form av könsdiskriminering är förbjuden. Det faktum att graviditetsdiskriminering utgör en form av könsdiskriminering framgår av tidigare förarbeten och arbetsdomstolens praxis.

Implementering av EU:s direktiv ska ske enligt lag. EU-rätten har som argument bakom detta att förutsebarhetsprincipen ska uppfyllas samt att den enskilde ska kunna utläsa sina rättigheter ur lagen.²⁶⁸ Frågan är om den svenska lagstiftningen kan anses ha implementerat skyddet i lag, då det endast kan tolkas fram genom diskrimineringsgrunden kön.

Julèn Volinius²⁶⁹ anser att diskrimineringskyddet inte är tillräckligt artikulerat då det framträder först efter en tolkning av lagtexten. Hon anser vidare att diskrimineringsförbudet mot gravida arbetstagare istället av tydlighetsskäl borde framgå av lagtexten. Hon anför vidare att det faktum att regeringen inte behandlat graviditetsdiskriminering närmare i diskrimineringslagen inte är ett uttryck för att regeringen är för missgynnande av gravida arbetstagare. Istället menar hon att vi i Sverige snarare anser att missgynnande av gravida arbetstagare är ett missgynnande i samband med föräldraskap och inte i samband med kön. Detta till skillnad från många andra medlemsländer vilka anser föräldraskapet främst vara kopplat till kvinnan. Med detta argument som bakgrund kan man till viss del förstå regeringens ståndpunkt, att diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare idag anses vara fullt tillräckligt, då det finns missgynnandeförbud mot föräldraledighet i föräldraledighetslagen samt att

²⁶⁸ Se exempelvis Mål C-339/87 Kommissionen mot Nederländerna & Mål C-131/88 Kommissionen mot Tyskland. Se vidare kapitel 3.2.

²⁶⁹ Julèn Volinius *Jenny Föräldrar i arbete* 2007 s. 215 ff. & Julèn, Volinius, Jenny *Bristande införlivande i svensk rätt av skyddet för gravida och mammalediga* 2008. Se vidare avsnitt 3.4.2 & 3.5.1.

det framgår ett graviditetsförbud i diskrimineringslagens könsdiskrimineringsförbud beträffande andra situationer.

EU-kommissionen uppmärksammade år 2007 Sveriges agerande och ifrågasatte Sveriges implementering av likabehandlingsdirektivet i dåvarande jämställdhetslag. Kritiken låg bland annat i att det inte tydligt framgick att missgynnande behandling i samband med graviditet eller mammaledighet utgör könsdiskriminering. Sveriges regering besvarade endast kritiken beträffande implementering av graviditetsdiskrimineringsförbudet och menade att likabehandlingsdirektivet var införlivat, även till denna del, då missgynnande i samband med graviditet faller under jämställdhetslagens förbud mot könsdiskriminering. Regeringen höll fast vid sitt ställningstagande då kommissionens kritik inte heller togs vidare i beaktning när den nya diskrimineringslagen bearbetades fram.

Kommissionen har inte kommit med vidare kritik beträffande implementeringen av skyddet för graviditetsdiskriminering. Följaktligen torde skyddet för gravida arbetstagare anses framgå tillräckligt i dagens diskrimineringslag genom att det kan tolkas fram ur lagens förbud mot könsdiskriminering. Men jag, liksom Julèn Votinius anser att lagen trots detta, med anledning av tydlighetsskäl och med hänsyn till arbetsmarknadens arbetsgivare och arbetstagare borde ändras. Diskrimineringskyddet med anledning av graviditet borde tydligt skrivas ut i lagen då arbetsmarknaden och dess parter har rätt att på ett klart sätt kunna utläsa sina rättigheter och inte behöva tolka fram dem.

Den svenska lagstiftningen har implementerat EU-rättens definitioner av direkt och indirekt diskriminering korrekt och med det fastslagit att direkt diskriminering aldrig kan rättfärdigas. Det faktum att missgynnande med anledning av graviditet utgör direkt könsdiskriminering, vilket framgår av praxis i EU-rätten, har även sin motsvarighet i svensk praxis.

Beträffande omfattningen av diskrimineringskyddet så täcker EU-rättens diskrimineringskydd alla anställningsformer, vilket även är fallet gällande den svenska diskrimineringslagen. Recastdirektivet innehar vidare en uppräkningslista av vilka arbetsrättsliga situationer som innefattas av diskrimineringskyddet. Sverige har i detta avseende gått utöver de krav EU-rätten ställt då Sveriges diskrimineringskydd är utan begränsningar till angivna situationer. Sveriges diskrimineringskydd omfattar i och med diskrimineringslagen *alla beslut* som arbetsgivaren tar.

Numhauser-Henning är kritisk mot denna lagändring då hon anser att ändringen kan få konsekvenser av ett svagare diskrimineringskydd. Detta med anledning av att diskrimineringskyddet numera, på grund av sin breda definition framstår som otydligt, då det inte finns några klara definitioner att hänvisa till. Hon anser vidare att detta inte går i linje med EU-rättens krav. Mot denna kritik och som argument för att den nya definitionen inte är bristfällig, kan påpekas att typsituationer som innan framgick av lagen

numera finns angivna i författningskommentaren. Således finns fortfarande det forna definierade skyddet kvar, vilket kan användas vid fall av otydligheter, samtidigt som det med en öppnare definition finns möjlighet att ta in oväntade situationer av missgynnande som kan tänkas inträffa i framtiden. Följaktligen lever den svenska lagstiftningen beträffande tillämpningsområde upp till EU-rättens krav.

I EU-rättens mödravårdsdirektiv finns bestämmelser till syfte att arbetsgivaren ska säkerställa det fysiska tillståndet hos den arbetande kvinnan under tiden före och efter förlossningen. Sverige har motsvarande bestämmelser; om arbetstagaren med anledning av sin graviditet inte längre kan utföra sina arbetsuppgifter med anledning av säkerhetsrisker eller av fysiska skäl så har arbetsgivaren rätt att bli omplacerad. Dock kvarstår rätten till arbetsförmåner bara vid omplacering med anledning av säkerhetsrisk.

Man kan här ställa sig frågan om det faktum att arbetsförmånerna försvinner i samband med en omplacering är i enlighet med det absoluta förbudet mot diskriminering i samband med graviditet. Endast kvinnor kan bli gravida, således utgör det ett missgynnande om kvinnor blir av med sina arbetsförmåner med anledning av sin graviditet. Här borde en bedömning ske i varje enskilt fall genom att undersöka om kvinnan skulle få behålla anställningsförmånerna om hon omplacerades på grund av någon annan anledning än sin graviditet.

Det finns vidare enligt mödravårdsdirektivet ett fastställt uppsägningsförbud av kvinnor från graviditetens början till mammaledighetens slut. För att få undgå uppsägningsförbudet måste arbetsgivaren uppge skäl som inte är kopplade till kvinnans graviditet samt motivera dessa skriftligen. I Sverige finns ingen direkt motsvarighet till detta uppsägningsförbud men Sverige uppnår ändå direktivets krav. Svensk rättspraxis samt allmänna anställningsskyddsregler fastslår att ingen arbetstagare får sägas upp från sin anställning utan saklig grund och att graviditet aldrig kan anses utgöra detta. Dock finner jag vissa oklarheter kring provanställningar. En arbetsgivare har alltid rätt att avsluta en provanställning utan att behöva uppge skäl enligt lagen om anställningsskydd. Frågan är om detta är i strid med EU-rättens krav. Enligt EU-rätten ska arbetsgivaren själv motivera alla avslutade anställningar skriftligen. Så är inte fallet i Sverige, där en gravid arbetstagare vid avslutad provanställning inte har någon rätt till skriftlig motivering av sin arbetsgivare. Jag anser här, i likhet med Julèn Votinius att det är en annan sak att arbetsgivaren kanske senare, i en eventuell process, för att inte fällas för könsdiskriminering enligt diskrimineringslagen tvingas uppge skälen till sitt agerande.

För att EU-rättens diskrimineringsskydd för gravida arbetstagare fullt ut även ska omfatta provanställningar så borde lagen ändras. I samband med avslutad provanställning borde det fastslås lagreglerade krav vilka arbetsgivaren skulle vara tvungen att uppfylla. Krav vilka skulle fastslå att arbetsgivaren på eget initiativ skulle motivera sina argument bakom beslutet att avsluta provanställningen skriftligen och utge dessa till arbetstagaren.

Denna vetenskap skulle kanske i praktiken leda till att arbetsgivaren tänkte igenom sitt beslut ännu en gång att avbryta en provanställning med en gravid arbetstagare.

Inom EU-rätten finns det ingen upplysningsskyldighet beträffande graviditet vid anställningsintervjun och det finns även en principiell lögnrätt hos kvinnan beträffande hennes graviditet, om frågan ställs av arbetsgivaren. Inom den svenska lagstiftningen framgår att det inte föreligger någon uppgiftsskyldighet vid anställningsintervjun beträffande eventuell graviditet. Det finns inte heller något som förbjuder utgivandet av vilseledande svar på direkta frågor.

Den svenska bevisbörderegeln, även om den tar sig formen av en presumtionsregel, baseras på den EU-rättsliga regeln om bevisbördan vid diskrimineringsmål. Således råder samma lagreglerande krav på bevisbördans utformning inom den svenska lagstiftningen som inom den EU-rätten.

Det är fastslaget i EU-rätten att lagar och olika former av avtal som strider emot Recastdirektivets bestämmelser ska ogiltigförklaras. Den svenska diskrimineringslagen uppfyller detta krav genom att diskrimineringslagen är tvingande samt att detta förtydligas i lagtexten genom att precisera att avtal, ordningsregler m.m. som går emot diskrimineringslagens bestämmelser, ska ändras eller ogiltigförklaras.

EU-rätten lämnar till medlemsstaterna själva att bestämma hur sanktioner vid överträdelser av diskrimineringsförbudet ska se ut. Dock har EU-rätten som krav att compensationen eller gottgörelsen ska vara avskräckande men samtidigt stå i proportion till skadan. Den svenska lagstiftningen uppfyller dessa krav då diskrimineringsersättningslagens lagstadgade syfte är att ersätta missgynnade personer i proportion till skadan och samtidigt verka avskräckande gentemot andra arbetstagare.

Enligt EU-rätten och FN:s *Parisprinciper* ska det finnas ett oberoende organ som ska utöva tillsyn över att diskrimineringsförbuden efterlevs och detta enligt vissa särskilda tillvägagångssätt. I den svenska lagstiftningen har dessa bestämmelser implementerats genom diskrimineringslagen samt lag om diskrimineringsombudsman. Dock kan man fråga sig hur väl Sverige följer EU-rättens krav på att använda sig av, ett från staten, *oberoende organ*.

Den 1 februari 2011 blev svenska DO avsatt av regeringen med motivering av att hon inte utförde sitt arbete ordentligt. På denna punkt anser jag att det råder stora brister i regeringens agerandes beträffande det stående kravet på att leva upp till EU-rättens och FN:s principer. Den svenska regeringen ska inte kunna påverka ett från staten fristående organ, i det fall att detta är möjligt så har inte den svenska regeringen lyckats med det inledande åtagandet, att skapa ett oberoende organ. DO:s avsättning har kritiserats av bland annat Alcalá som anser att regeringens beslut inte kan rättfärdigas då

regeringen gått över sina befogenheter och brutit emot det oberoende som myndigheten ska ha jämte mot staten. Långa handläggningstider och ett dåligt arbetsklimat är långt ifrån tillräckligt för att avskeda en ombudsman vars oberoende är folkrättsligt skyddat.

Jag har, vilket var lite förvånande, funnit kritik mot det faktum att regeringen i sitt skapande av DO har tolkat Parisprinciperna för extremt och att detta är en bidragande orsak till att DO var tvungen att avgå. Sålunda är inte kritiken riktad mot att Sverige agerat i strid med Parisprinciperna. Ur doktrin anser Svenaeus att regeringens agerade var inkorrekt då de fullkomligt lämnade styrningen av DO, vilket inte är syftet med FN:s principer. Följaktligen föreligger det en diskussion om hur Parisprinciperna ska tolkas. Det kan dock konstateras att lagstiftningen beträffande ett organ som ska utöva tillsyn har implementerats i den svenska lagstiftningen. Hur väl Sverige sedan lever upp till sina egna lagar är en annan diskussion.

Avslutningsvis ska sägas att diskrimineringskyddet för gravida arbetstagaren borde vara utskrivet klart och tydligt i lagen för att undvika alla former av missförstånd beträffande vilka som ska omfattas av diskrimineringslagens diskrimineringskydd med anledning av kön. Men annars lever diskrimineringskyddet i sig, förutom angående arbetsgivaren skyldighet att motivera avslutande provanställning, upp till de krav EU-rätten förespråkar.

4.3 Bidrar diskrimineringskyddet för gravida arbetstagare till en mer jämställd arbetsmarknad? En liberalfeministisk analys

I en liberalfeministisk vision spelar de biologiska skillnaderna mellan män och kvinnor ingen roll beträffande hur samhället är organiserat. Alla människor har istället ett värde som individer, ett värde vilket inte ska påverkas av vilket kön man tillhör. Således är en del av vision en jämställd arbetsmarknad där alla arbetstagare har samma möjligheter som individer, oavsett biologiska förutsättningar. Dessvärre fungerar inte dagens arbetsmarknad och dess förutsättningar helt i enlighet med dessa tankegångar. De strukturer och inpräntade könsroller som idag styr arbetsmarknaden hindrar kvinnan, med anledning av den biologiska skillnaden att hon har möjlighet att bli gravid och föda barn, från att komma upp i jämlik status med mannen och bidrar således till en arbetsmarknad med ojämna förutsättningar för män och kvinnor.

Anhängare av liberalfeminismen är av den åsikt att kvinnor ska göra anspråk på sina rättigheter som individer och inte genom sin särart från

männen. Således eftersträvar liberalfeministisk teori att Julèn Votinius föräldraskapsnorm ska råda vilket innebär att en fördelning mellan omsorg för barnen och försörjning ska ske, oavsett kön. Båda könen ska ha rätt att vara arbetstagare och föräldrar som de individer med lika förutsättningar och möjligheter som de är.

Vad behövs då enligt liberalfeministisk teori, göras för att uppnå en jämlik arbetsmarknad? Är diskrimineringslagen med dess diskrimineringsförbud gällande graviditet ett sätt att bidra till möjligheten att uppnå det liberalfeministiska idealsamhället eller har lagen med dess diskrimineringsförbud motsatt effekt?

Diskrimineringslagen och dess graviditetsskydd går helt i enlighet med liberalfeministisk teori då lagen förbjuder diskriminering med anledning av könstillhörighet. Diskrimineringskyddet motverkar eventuella missgynnanden och ger genom detta alla individer lika möjligheter på arbetsmarknaden.

Liberalfeminismen vill vidare öppna upp arbetsmarknaden för kvinnor. Även om kvinnor numera är välkomna på arbetsmarknaden så anser de att kvinnor fortfarande har en underordnad plats jämte män och således inte ges tillträde på samma villkor. För att ge kvinnor fullt tillträde med samma förutsättningar som män menar liberalfeministerna att *den manliga norm som genomsyrar arbetsmarknaden måste arbetas bort*. Arbetsmarknaden kan inte leva kvar enligt gamla strukturer, dessa måste arbetas bort och arbetsmarknaden måste acceptera att kvinnor i lika stor utsträckning som män, har rätt att finnas där och med det acceptera deras biologiska förutsättningar. Detta betyder inte att de biologiska skillnaderna mellan könen ska förnekas. Istället vill liberalfeminismen uppnå ett androgynt människoideal där biologiska förutsättningar inte ska ha någon betydelse.

Ett sätt att få bort den manliga norm som genomsyrar arbetsmarknaden är således få bort normen att kvinnan ska vara hemma med barnen. Dessa normer ska istället ersättas av andra normer. Normer som Julèn Votinius föräldraskapsnormen, vilken innebär att mannen och kvinnan inte har några självklara platser utan att försörjning och vård av barnen delas upp mellan föräldrarna utan att kön ligger till grund för uppdelningen. Följaktligen ska det faktum att en kvinnlig arbetstagare blir gravid inte vara något hinder för hennes förutsättningar på arbetsmarknaden så föräldraskapet delas lika mellan könen. Målet är således en jämställd arbetsmarknad där *könet på arbetstagaren och med detta tillhörande biologiska förutsättningar inte spelar någon roll* utan varje person behandlas utefter den individ de är.

Diskrimineringslagen med dess graviditetsförbud är ett utmärkt sätt att skapa de lika möjligheter som krävs för en jämlik arbetsmarknad. Diskrimineringskyddet gäller alla anställningsformer och alla beslut som arbetsgivaren tar, både i anställningsprocessen och inom anställningen. Diskrimineringskyddet omfattar således alla situationer, både på väg in i och på arbetsmarknaden. Det faktum att diskriminering med anledning av

graviditet aldrig kan rättfärdigas fastslår att gravida arbetstagare, helt utan undantag, inte får missgynnas. Diskrimineringskyddet tvingar vidare arbetsgivaren att fatta alla sina beslut på andra grunder än det faktum att kvinnan är gravid. Detta påverkar arbetsgivaren i riktning mot att se till individen och dess egenskaper. Således kan båda könen utgå ifrån samma jämlika utgångspunkter och således bedömas utefter sina individuella förutsättningar, vilket är målet för liberalfeminismen.

Vidare anser liberalfeminismen att det behöver ske en revidering av ”sanna” utgångspunkter för att uppnå ett jämlikt samhälle och med det en jämlik arbetsmarknad. Det faktum att kvinnan blir gravid och föder barn ska inte per automatik innebära att hon ensam ska ta ut hela föräldraledigheten samt ha huvudansvaret under småbarnsåren och sålunda inte vara lika tillgänglig på arbetsmarknaden. Denna ”sanna” utgångspunkt måste arbetas bort. Återigen kan man hänvisa till att den föräldraskapsnorm som Julèn Votinius skriver om. Den ”sanna” utgångspunkten om att någon slags moderskapsnorm existerar måste arbetas bort och ersättas med föräldraskapsnormen. Föräldraskapsnormen innebär det faktum att föräldraskapet tillhör båda könen, vilket kommer bidra till att arbetsmarknaden även till lika stor del kommer tillhöra båda könen.

Beträffande revideringen av dessa felaktiga ”sanna” utgångspunkter kan diskrimineringslagens diskrimineringsförbud på sikt bidra till. Diskrimineringsförbudet medverkar till att tankar och synsätt, om att det ska ske likabehandling av arbetstagare som är gravida kommer in i arbetsgivarnas medvetna. Förhoppningsvis kommer detta någon gång i framtiden innebära att skyddet är så pass självklart att det inte längre behöver vara lagstadgat, då det är en naturlig del av en jämställd arbetsmarknad. Diskrimineringsförbudet bidrar således till att implementera de liberalfeministiska tankarna angående det faktum att biologiska egenskaper i form av kön inte automatiskt ska innebära att individen tillskrivs vissa speciella egenskaper. Arbetsmarknaden kommer förhoppningsvis att förändras i denna riktning, vilket kommer leda till att gamla strukturer luckras upp. Detta leder i sin tur till att ”sanna” utgångspunkter med anknytning till kön, med tiden kommer blekna bort och bytas ut mot mer jämställda tankegångar.

Överlag anser jag att diskrimineringslagen med dess graviditetsförbud är ett bra medel i liberalfeminismens kamp mot ett jämlikt samhället. Självfallet så hade det bästa scenariot varit om diskrimineringslagstiftningen inte hade behövts och att kvinnan bedömdes som individ och att biologiska skillnader var allmänt accepterade och inte påverkade bedömningen. Men då vårt samhälle idag inte ser ut på detta sätt så anser jag att diskrimineringslagen, med dess graviditetsförbud är ett bra medel för att nå ett jämlikt samhälle.

Det måste dock hållas i åtanke att även om diskrimineringslagen med dess diskrimineringsförbud verkar i linje med liberalfeminismen så får det inte gå för långt. Nyström anser likabehandlingsprincipen mellan män och kvinnor i vissa situationer dragits så långt att balansen mellan arbetsgivarens

ekonomiska intresse och gravida kvinnors rättigheter rubbas. Till viss del kan jag hålla med om detta faktum, det är nog en stor del av arbetsmarknadens arbetsgivare som grämer sig över alla bestämmelser de måste följa i anknytning till gravida arbetstagare. Men i förhållande till liberalfeministisk teori anser jag dock inte att diskrimineringskyddet i dagsläget vara så pass långdraget att det skulle motverka utvecklingen av det eftersträvansvärda jämlika samhället. Än så länge är skyddet på en sådan nivå att det i längden i alla fall bidrar till en positiv utveckling, samt att skyddet hjälp åt av lagar som föräldraledighetsdagens m.m.

Dock anser jag att detta är värt att ha i åtanke inför framtiden och att ha uppsikt över om det blir tendenser av att diskrimineringsförbudet dras så långt att det stjälper kvinnors rätt till att behandlas likvärdigt med män. Skyddet ska som sagt bidra till alla individer får samma rättigheter, inte att något kön med anledning av biologiska egenskaper får mer rättigheter. Exempelvis får det inte bildas ett så hårt diskrimineringsförbud att det innebära konsekvenser av att arbetsgivare helt och hållet försöker undvika att anställa kvinnor i fertil ålder. Då detta är helt emot liberalfeministisk teori. Men skyddet ska dras så långt att det så småningom anses vara en självklarhet på arbetsmarknaden.

Vidare anser jag att Sveriges skyddsbestämmelser beträffande gravida inte helt går i enlighet med liberalfeministisk teori. EU-rättens mödraskyddsdirektiv, som Sveriges lagstiftning har skyldighet att leva upp till, går inte i linje med teorin. Detta då detta direktiv förespråkar mödraskyddsdirektivet moderskapsnormen framför föräldraskapsnormen. Detta med anledning av att Mödraskyddsdirektivets bestämmelser förespråkar att ett visst kön ska särbehandlas, vilket innebär att arbetstagarna behandlas efter kön och inte efter individ. Med detta menar jag självfallet inte att gravida kvinnor, enligt liberalfeministisk teori, inte ska ha rätt till de omstruktureringar av arbetet som krävs för att kvinnan ska kunna må bra under sin graviditet. Men kvinnan ska inte, som moderskapsnormen förespråkar, eftersträva rättigheter med anledning av sin särart från mannen. Den hjälp som varje individ enligt liberalfeministisk teori ska få, ska istället baseras på den personens individuella rätt till förmåner och inte som en åtgärd kvinnan får med anledning av sitt kön.

Ellis och Eklund håller med om det faktum att dessa bestämmelser hämmar den likabehandlings- och icke-diskrimineringstanke som vi så länge arbetat för att uppnå i Sverige då dessa bestämmelser mer är till syfte att skydda kvinnan. De anser vidare att bestämmelserna framställer kvinnor som svagare vilket legitimerar en särbehandling av dem. Detta är helt emot teorins syfte då de inte vill ha några rättighetsbestämmelser som särskiljer könen.

Det faktum att mödravårdsdirektivet just nu håller på att utvidgas till att utöka mammaledigheten är ett agerande helt i strid mot liberalfeministisk teori. Denna rättighet grundar sig på kön och inte på individer, ändringarna understryker de "sanna" utgångspunkterna att det är kvinnan som ska ta

huvudansvaret för barnet. Om en lagändring skulle göras i enlighet med liberalfeministisk teori skulle istället föräldraledighetslagens ledighet utökas vilken riktar sig till båda könen. Dock berör jag nu inte detta vidare då denna lagändring till största del rör mammaledighet och mitt syfte är begränsat till graviditetsperioden.

Avslutningsvis ska sägas att diskrimineringslagen, i enlighet med liberalfeministisk teori, verkar för en mer jämställd arbetsmarknad. Dock räcker inte detta då ett förbud mot diskriminering av arbetstagare självfallet inte kommer ändra en hel arbetsmarknad. Men det är ett steg på vägen.

Litteratur- och källförteckning

Svenska offentliga tryck:

SFS

(1915:218) Avtalslagen

(1915:218) Arbetsmiljölagen

(1979:1888) Lagen om jämställdhet mellan män och kvinnor

(1980:82) Lagen om anställningsskydd

(1999:130) Lagen om diskriminering i arbetslivet pga. etnisk tillhörighet religion eller annan trosuppfattning

(1991:433) Lagen om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet

(1994:292) Lagen om ändring i jämställdhetslagen

(1995:584) Föräldraledighetslagen

(1998:204) Personuppgiftslagen

(1998:208) Lagen om ändring i jämställdhetslagen

(1999:132) Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet pga. Funktionshinder

(1999:133) Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet pga. sexuell läggning

(2000:773) Lagen om ändring i jämställdhetslagen

(2001:1286) Lagen om likabehandling av studenter i högskolan

(2003:307) Lagen om förbud mot diskriminering och lagen

(2005:476) Lagen om ändring i jämställdhetslagen

(2006:67) Lagen om förbud mot diskriminering av elever

(2008:567) Diskrimineringslagen

(2008:568) Lag om Diskrimineringsombudsmannen

Direktiv

2008:130 *Aktiva åtgärder för att främja lika rättigheter och möjligheter.*

SOU

1993:117. *EG, kvinnorna och välfärden.*

2006:22 *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning.*

Propositioner

Prop.1978/79:175 *Förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet m.m.*

Prop. 1981/82:71 *Om ny anställningsskyddslag m.m.*

Prop.1990/91:113 *Olika på lika villkor.*

Prop. 1997/98:55. *Kvinnofrid.*

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

Prop. 2004/05:147 *Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering.*

Prop. 2005/06:38 *Trygghet, respekt och ansvar- om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling för barn och elever.*

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

EU-rättsliga rättsakter

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

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

Rådets direktiv 92/85/EEG om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa för arbetare som är gravida, nyligen fött barn eller ammar

Rådets direktiv 96/97/EG om ändring av direktiv 86/378/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av män och kvinnor i företagsbaserade system för social trygghet.

Rådets direktiv 97/80/EG om bevisbördan vid mål om könsdiskriminering.

Rådets direktiv 98/52/EG om att utvidga bevisbördedirektiv 97/80/EG till att omfatta Storbritannien och Nordirland.

Europaparlamentet och rådets direktiv 2002/73/EEG 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.

Europaparlamentet och rådets direktiv 2006/54/EG om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet.

Internetkällor

<https://e-justice.europa.eu/content> 2011-03-07 kl. 08.45.

http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking 2011-03-07 Hämtad kl. 2011-03-07 kl. 09.27.

http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/index Hämtad 2011-03-23 kl. 09.37.

<http://www.do.se/sv/Om-DO/Stamningar-och-forlikningar/> Hämtad 2011-05-08 kl.09.46.

<http://www.manskligarattigheter.gov.se/extra/faq/> Hämtad 2011-05-14 kl. 14.38.

FN resolution

United Nation, General assembly resolution (48/134) *National institutions for the promotion and protection of human rights.*

Litteratur

Ahlberg, Kerstin *Förslag till direktiv med ändringar i direktivet om säkerhet och hälsa EU & Arbetsrätt nr 4* år 2008.

Andersson, Ulrika *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp* Bokbox Förlag Malmö år 2004.

Barnard, Catherine *EC Employment Law* 3 upplagan Oxford University press Oxford år 2006.

Bergh Lise m.fl. *Arbetsrätten och det nya Europa* ScandBook AB Falun år 1995.

de Beauvoir, Simone *Det andra könet* Nordstedts förlag AB Stockholm år 1945.

Blanpain, Roger., *European Labour Law* 11 upplagan Kluwer Law International BV Amsterdam år 2008.

- Blyme, Hans Karnovkommentar år 2011.
- Danhard, Erik *Juridiken vid rekryteringen* Ny Juridik 2008:3 (s.34) år 2008.
- Ehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod* 5 upplagan Institutet för Bank- och Affärsjuridik Warsawa år 2006.
- Eklund, Ronnie *Obligatorisk mammaledighet- nytt vin i gamla läglar, Normativa perspektiv* Festskrift till Anna Christensen Juristförlaget Lund år 2000.
- Ellis, Evelyn *EC Law Library* 2 upplagan Oxford University Press Oxford år 1998.
- Ellis, Evelyn *EU Anti-Discrimination Law* Oxford University Press Oxford år 2005.
- Florin, Christina, Sommestad, Lena & Wikander, Ulla *Kvinnor mot kvinnor. Om systerskapets svårigheter* Nordstedts Förlag Stockholm år 1999.
- Freedman, Jane *Feminism- en introduktion* Wallin & Dalholm Boktryckeri AB Lund år 2003.
- Glavå, Mats, *Arbetsrätt* Studentlitteratur Lund år 2001.
- Gemzöe, Lena *Feminism* Bilda förlag Stockholm år 2002.
- Hamskär, Ingemar *Kvinnorna förlorar på den nya lagen* Lag & Avtal 28 april år 2008.
- Hanson, Bo *Dogmatisk metod inom teologi och juridik* Retfoerd Nordic Journal of Law and Justice nr 44 år 1989.
- Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap* Svensk Juristtidning (s.4-10) år 2005.
- Larsson, Lisbeth *Feminismer* Studentlitteratur Lund år 1996.
- Lejonborg, Lars *Liberal feminism* Ai T Falun år 2001.
- Lerwall, Lotta *Könsdiskriminering: En analys av nationell och internationell rätt* Itius Förlag Uppsala år 2001.
- Lundström, Karin *Indirekt könsdiskriminering i EG-domstolens tappning* Jurist förlaget i Lund år 2000.
- Numhauser-Henning, Ann *Perspektiv på Likabehandling* Juristförlaget i Lund år 2000.

Lundström, Karin *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten. En feministisk analys* Itius Förlag Göteborg år 1999.

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

Malmberg, Claes Karnovkommentar år 2010.

Malmberg, Jonas *Arbetssökandes upplysningsplikt* Juridisk tidskrift (s.638-647) år 2000-2001.

Mulinari, Diana & Sandell, Kerstin & Eva Schömer *Mer än bara kvinnor och män. Feministiska perspektiv på genus* Studentlitteratur Lund år 2003.

Nielsen, Ruth & Szyscak, Erika *The social Dimension of the European Union* Handelshøjskolens Forlag Köpenhamn år 1997.

Norrby, Ann *Anställningsintervju* Håkan Sandesjö Lag & Avtal 24 februari år 2011.

Norrby, Ann *Dos styrformer behöver ses över* Lag & Avtal 3 februari år 2011.

Numhauser- Henning, *En samlad diskrimineringslagstiftning Festskrift till Henning Jakhellns 70 års dag* Cappelen Akademisk Forlag Oslo år 2009.

Nussbaum, Martha C. *Sex & Social Justice* Oxford University Press New York år 1999.

Nyström, Birgitta *EU och arbetsrätten* 4 upplagan Nordstedts Juridik AB Stockholm år 2010.

Peczenik, Aleksander *Juridikens teori och metod* Fritzes Förlag AB Göteborg år 1995.

Person, Amma *Katri Linna tvingas lämna DO* Dagens Juridik 1 februari år 2011.

Rönmar, Mia *Diskriminering vid arbetsbristuppsägningar* Juridisk Tidskrift nr 3 (s.630-645) år 2006-2007.

Sandgren, Claes *Är rättsdogmatiken dogmatisk?* Tidskrift för Rettsvitenskapen (s.648- 656) år 2005.

Sandgren, Claes *Om teoribildning och rättsvetenskap* Svenska Juristtidning (s.297-333) år 2004-2005.

Svenaesus, Lena *DO- lagen måste ändras nu!* Lag & Avtal 24 februari år 2011.

Tollin, Katharina, Törnqvist, Maria *Feministisk teori i rörliga bilder* Liber Lund år 2005.

Örneborg, Elisabet *DO Katri Linna omplaceras* Lag & Avtal 1 februari år 2011.

Dagspress

Jesùs, Alcala *Dolt under det svarta töcknet* Svenska Dagbladet 18 februari år 2011.

Hallberg, Linnèa *DO får sparken* Dagens Nyheter 15 maj år 2011.

Rättsfallsförteckning

Avgöranden från Arbetsdomstolen

AD 1985 nr 129
AD 1987 nr 57
AD 1990 nr 51
AD 1991 nr 36
AD 2000 nr 81
AD 2001 nr 61
AD 2002 nr 34
AD 2002 nr 45
AD 2002 nr 102
AD 2003 nr 55
AD 2005 nr 32
AD 2005 nr 69
AD 2006 nr 79
AD 2006 nr 170
AD 2009 nr 45
AD 2011 nr 2
AD 2011 nr 22

Avgöranden från Högsta domstolen

NJA 2006 s.170

Avgörande från Stockholms tingsrätten

Mål nr T 10702-07
Mål nr T 10671-07
mål nr T 10670-07
Mål nr T15410-07

Förlikningar

2008/1189 P.G./. Migrationsverket
2008/1036 Y.S./. Deichmann-Sko AB
2008/1384 A.E ./ . Elgiganten AB
2009/1337 M.B./. Arboga kommun
2009/788 A.A./. Trehörna omsorger AB

Avgöranden från EU-domstolen

Mål C-411/96 *Margaret Boyle mot Equal Opportunities Commission* (1998) ECR I-6401.

Mål C-394/96 *Mary Brown mot Rentokil* (1998) ECR I-4185.

Mål C-320/01 *Busch mot Klinikum Neustadt GmbH & Co.* (2003) ECR I-2041.

Mål C-6/64 *Costa mot E.N.E.L.* (1964) ECR I- 1141.

Mål C-109/88 *Handels- og Kontorsfunktionsaeremes Förbund i Danmark mot Danske Arbetsförmedlingen, som för talan för Danfors* (1989) ECR 3199.

MÅL C-43/75 *Deferenne mot Sabena II* (1976) ECR 445.

Mål C.177/88 *Dekker mot Stichting Vormingscentrum* (1990) ECR I-3941.

Mål C-180/95 *Nils Draehmpaehl mot Urania Immobilienservice* (1997) ECR I- 2757.

Mål C-127/92 *Dr.Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority* (1993) ECR I-5535.

Mål C-1/95 *Gester mot Freistaat Bayern* (1998) ECR 327.

Mål C-9/70 *Franz Grad mot Finanzamt Traunstein* (1970) ECR 825.

Mål C-421/92 *Habermann mot Beltermann* (1994) ECR I-1657.

Mål C-179/88 *Handels- og Kontorfunktionaerernes Förbund för Hertz mot Danske Arbetsförmedlingen för Marked* (1990) ECR I-03979.

Mål C-184/83 *Ulrich Hofman mot Barmer Ersatzkasse* (1984) ECR 3047.

Mål C-222/84 *Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (1986) ECR 1651.

Mål C- 400/95 *Larsson mot Fotex Supermarked* (1997) ECR I-2757.

Mål C-129/79 *Macartys mot Smith* (1980) ECR 1275.

Mål C-207/98 *Mahlburg mot Land Mecklenburg* (2000) ECR I-549.

Mål C-506/06 *Mayr mot Konditorei Gerhard Flöckner* (2008) ECR 387.

Mål C-271/91 *Marshall mot Southampton* (1986) ECR 723.

Mål C-438/99 *Melgar mot Ayuntamiento de Los Barrios* (2001) ECR I-6915.

Mål C-167/97 *Regina mot Secretary of State for Employment* (1999) ECR I-623.

Mål nr C-79/99 *Schnorbus mot Hessen* (2000) ECR I-10997.

Mål C-109/2000 *Tele Danmark A/S mot Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund, som företräder Brandt-Nielsen* (2001) ECR I-6993.

Mål C-32/93 *Webb mot EMO Air Cargo* (1994) ECR I-3567.

Mål C-69/80 *Worringham mot Lloyd's Bank* (1981) ECR 767.

Mål C-143/83 *Kommissionen mot Danmark*. (1985) ECR 427.

Mål C-519/03 *Kommissionen mot Luxemburg* (2005) ECR I-000.

Mål C-339/87 *Kommissionen mot Nederländerna* (1990) ECR I-851

Mål C-131/88 *Kommissionen mot Tyskland* (1991) ECR I-825