

**Kvinnors rätt att förena
förvärvsarbete med graviditet och
föräldraskap
- en intresse motsättning i förhållande till
arbetsgivaren**

Madeleine Abrahamsson

Lisa Gäfvert

Kandidatuppsats i arbetsrätt

HARH16

HT 2013

Handledare

Anneli Carlsson



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Förkortningar.....	6
1. Inledning.....	7
1.1 Bakgrund och ämne.....	7
1.2 Syfte och frågeställningar	9
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	10
1.5 Disposition	11
2. Intresse motsättning mellan arbetstagaren och arbetsgivaren.....	13
2.1 Rätten att skyddas	13
2.1.1 Förbud mot missgynnande och diskriminering	13
2.1.2 Betydelsen av jämförelseperson	13
2.2 Arbetsgivarens ekonomiska argument	15
2.2.1 Arbetsledningsrättens möjligheter och begränsningar.....	15
2.2.2 Problematik kring provanställning.....	15
2.3 Upplyningsplikt vid graviditet.....	16
2.3.1 Frågerätt och upplysningsskyldighet	16
2.3.2 Upplyst om graviditet i praxis	17
2.3.3 Inte upplyst om graviditet	17
2.4 Anställningsformens betydelse	18
2.4.1 EU-praxis påverkan	18
2.4.2 Olika aspekter på skyddsnivån	19
2.5 Bevisbördan.....	19
2.5.1 Lika fall ska behandlas lika	19

2.5.2	Tekniska hjälpmedel som bevisning.....	20
3.	Arbetsrättsliga följder av föräldraskapet.....	22
3.1	Ledighet från förvärvsarbete	22
3.1.1	Föräldraledighetens fördelning	22
3.1.2	En nödvändig följd av föräldraledigheten	22
3.2	Syftet är likabehandling	24
3.2.1	Strukturella mönster och föräldraskapets inverkan	24
3.2.2	En samlad diskrimineringslag.....	25
3.2.3	Aktiva åtgärder	26
4.	Analys och slutsats.....	27
4.1	Skyddad av rätten men ändå inte	27
4.1.1	En kritisk reflektion angående intressebegränsningen	27
4.1.2	Betydelse av motsatt kön som jämförelseperson	27
4.1.3	Arbetsledningsrätt från två sidor.....	28
4.1.4	Upplysningsplikt.....	28
4.2	Anställningsformers problematik.....	29
4.2.1	Provanställning är till för båda parter	29
4.2.2	Det råder olika uppfattningar	30
4.3	Bevisbördan.....	31
4.3.1	Tekniska hjälpmedel kan ha avgörande betydelse.....	31
4.4	Växelverkan mellan föreställningar och verkligheten	31
4.4.1	Strukturen eller individen	31
4.4.2	Aktiva åtgärder i fokus	32
4.5	Slutsats	33
	Käll- och litteraturförteckning	35
	Rättsfallsförteckning	39

Summary

The society has legislated to protect women against unfair treatment and sex discrimination in working life, in connection with pregnancy and parenthood. It is more common for women to be on parental leave. They use 76 percent of the total number of days and they have traditionally taken more responsibility for children. The high absence in connection with parenthood can be problematic for the employer. It is in the interest of the employer to avoid financial loss. On the other hand, it is in the interest of the employee to be able to combine parenthood and work in an as good way as possible. The woman's right to be protected is put in relation to the employer's right to manage his own business. The purpose of this paper is to investigate and analyze how the employment rights relate to our assumed conflict of interests.

In principle, the employer has a free right to direct work and a free right of employment. These rights are, however, limited by the discrimination legislation. Women have no statutory duty to provide information about a pregnancy. Furthermore, upon a direct question during the recruitment process, they can give a negative answer as to whether or not they are pregnant. The judicial inquiry, in this paper, also seeks to determine what labour legislative protection an employed woman in parenthood has and the possible implications of parenthood with respect to the labour law.

It is important that the legal rule takes both the employee's and the employer's interests into account. The assumed conflict of interests may not exist in all situations at an individual level. The conflict of interest is on the other hand likely to have a structural explanation. This structural pattern needs to be changed in order for women to be able to combine parenthood and work in a better way. We consider it essential to do something about the problems through preventive actions and to not just focus on bans.

Sammanfattning

Samhället har stiftat lagar för att skydda kvinnor mot missgynnande och könsdiskriminering i arbetslivet, i samband med graviditet och föräldraskap. Kvinnor tar ut merparten av föräldraledigheten, 76 procent av ersatta dagar, och har traditionellt sett tagit större ansvar för barn. Arbetsgivare kan se det problematiskt när arbetstagare har hög frånvaro i samband med föräldraskap. Arbetsgivaren har ett marknadsorienterat intresse och vill undvika ekonomisk förlust. Arbetstagarens intresse däremot är att kunna förena förvärvsarbete och föräldraskap utan att hindras av sin arbetssituation eller bli missgynnad till följd av sitt föräldraskap. Kvinnans rätt att skyddas ställs i förhållande till arbetsgivarens rätt att bestämma över sin verksamhet. Syftet är att utreda, belysa och analysera hur de arbetsrättsliga reglerna förhåller sig till vår antagna intressekonflikt.

Arbetsgivarens i princip fria arbetsledningsrätt och anställningsrätt inskränks av diskrimineringslagstiftningen. Det finns ingen lagstadgad upplysningsplikt för kvinnor att upplysa om graviditet och de kan tillåtas att på en direkt fråga ge nekande svar under rekryteringsprocessen. Rättsutredningen söker även svar på vilket arbetsrättsligt skydd en anställd kvinna i föräldraskap har och vilka arbetsrättsliga följder föräldraskapet kan få.

Det är betydelsefullt att rättsreglerna tillmötesgår både arbetssökandes/arbetstagares och arbetsgivares intressen. Intressekonflikten kan förmodas finna stöd i strukturella mönster. För att kvinnor bättre ska kunna förena förvärvsarbete och föräldraskap bör strukturella mönster brytas. Vi anser att det är väsentligt att göra något åt problemen genom förebyggande aktiva åtgärder och inte bara fokusera på förbud.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
DiskrL	Diskrimineringslagen (2008:567)
DO	Diskrimineringsombudsmannen
Ds	Departementsserien av offentliga utredningar
EU	Europeiska unionen
FFL	Föräldraledighetslagen (1995:584)
JämL	Jämställdhetslagen (1991:433)
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv I
Prop.	Regeringens proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
SCB	Statistiska centralbyrån
SFB	Socialförsäkringsbalken (2010:110)

1. Inledning

1.1 Bakgrund och ämne

Strävan att förena föräldraskap och förvärvsarbete regleras både i nationell rätt och på EU-rättslig nivå.¹ Diskriminering av gravida kvinnor har uppmärksammats av både EU-domstolen och Arbetsdomstolen.² Det intressanta med diskriminering av gravida är att det handlar om ett område där män och kvinnor inte är jämlika, då det enbart är kvinnor som kan bli gravida. Graviditet kan påverka synen på kvinnliga arbetstagare och kan bli en del av den verklighet som kvinnor i fertil ålder lever i. Två tredjedelar av svenska förvärvsaktiva kvinnor befinner sig i fertil ålder³. Uppsatsen behandlar frågor som kan uppkomma för en anställd kvinna eller vid anställningsförfarandet av en kvinna som är gravid, eller som av arbetsgivaren förmodas vara eller bli gravid. Uppsatsen kommer även beröra arbetssökande och förvärvsarbetande småbarnsföräldrars arbetsrättsliga ställning och det rättsliga skydd som finns för dem.

Arbetsgivare i Sverige har i princip fri anställningsrätt, vilket innebär att arbetsgivaren fritt får välja vilka arbetstagare som ska anställas. Det får dock inte föreligga någon diskriminering.⁴ En trolig anledning till att arbetsgivare kan undvika att anställa kvinnor i fertil ålder är föreställningen om att de kommer att ha hög frånvaro på grund av föräldraskap. Den höga frånvaron kan leda till ekonomiska konsekvenser som vikarier, produktionsbortfall och omorganisering medför.⁵ Under anställningen kan arbetsgivaren se problematiskt på graviditet och föräldraskap. Det kan ta sig uttryck i att kvinnor blir missgynnade och diskriminerade på arbetsplatsen. Diskrimineringsombudsmannen (DO)⁶ belyser att kvinnor som är gravida eller föräldralediga systematiskt blir diskriminerade i arbetslivet.⁷

Samhället har stiftat lagar för att skydda kvinnor mot missgynnande och könsdiskriminering i arbetslivet, i samband med graviditet och föräldraskap⁸. Att förena

¹ Roth, A., 2011, s. 106.

² Göransson, H., m.fl., 2011, s.72.

³ <http://www.scb.se/> SCB:s befolkningsstatistik. Tabell ”Sveriges befolkning efter kön och ålder 31 december 2012”, med fertil ålder avser vi 16 till 45 år och med förvärvsaktiv ålder avser vi 16 till 65 år.

⁴ Julén, J., 2000, s. 117.

⁵ Julén, J., 2000, s. 127.

⁶ Diskrimineringsombudsmannen är en statlig myndighet som ska se till att diskrimineringslagen och föräldraledighetslagen följs, se vidare information på www.do.se.

⁷ www.do.se 2013. *Pressmeddelanden: DO stämmer Borås Stad för könsdiskriminering och missgynnande enligt föräldraledighetslagen & Pressmeddelanden: DO driver fler ärenden från kvinnor.*

⁸ Julén, J., 2007, s.28, & Göransson, H., m.fl., 2011, s. 36.

förvärvsarbete och föräldraskap betraktas som ett problem som i huvudsak berör kvinnor. Kvinnor är de som tar ut merparten av föräldraledigheten, 76 procent⁹ av ersatta dagar, och har traditionellt sett tagit större ansvar för barn.¹⁰ I anställningssituationer har arbetsgivaren ett marknadsorienterat intresse som innebär att maximera verksamhetens konkurrenskraft och effektivitet.¹¹ Arbetstagarens intresse däremot är att kunna förena förvärvsarbete och föräldraskap utan att hindras av sin arbetssituation eller bli missgynnad till följd av sitt föräldraskap. Denna antagna intressemotstånd mellan arbetsgivare och arbetssökande/arbetstagare är uppsatsens utgångspunkt.

Diskrimineringsrätten har en längre tradition i Nordamerika än i Europa när det gäller nationell diskrimineringslagstiftning och har influerat Europas diskrimineringslagstiftning.¹² EU-rätten är en av de största påverkningsfaktorerna på svensk diskrimineringsrätt.¹³ EU har en omfattande lagstiftning på området jämställdhet mellan könen.¹⁴ I Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt fastställs principen om likabehandling utifrån kön. Regler om jämställdhet regleras i likabehandlingsdirektivet¹⁵ som numera återfinns i recastdirektivet¹⁶. Recastdirektivet omfattar regler om likabehandling och en del av EU-domstolens rättspraxis på området.¹⁷

Nationella diskrimineringsbestämmelser regleras i flera rättskällor.¹⁸ Den bakomliggande tanken med det svenska diskrimineringskyddet är att värna om principen om alla människors lika värde och rätten att bli behandlad lika enligt 1 kap 2 § regeringsformen (RF). Principen förstärks genom 2 kap. 13 § RF där det anges att lag eller annan föreskrift inte får missgynna någon på grund av kön. Det finns ett utformat diskrimineringskydd i diskrimineringslagen (DiskrL) och föräldraledighetslagen (FFL) för både arbetstagare och arbetssökande i samband med graviditet och föräldraskap.

⁹ www.forsakringskassan.se/statistik 2012. *Barn och familj; föräldrapenning*. 75,6 procent ≈ 76 procent.

¹⁰ Roth, A., 2011, s.109.

¹¹ Rönmar, M., 2000, s. 286f.

¹² Fransson, S., Stüber, E., 2010, s. 32 & Numhauser-Henning, A., 2000, s.13. Bakgrunds information: Det första amerikanska diskrimineringskyddet kom år 1941 och gällde förbud mot rasdiskriminering.

¹³ Fransson, S., Stüber, E., 2010, s. 34.

¹⁴ Nyström, B., 2011, s. 169.

¹⁵ Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor. Europeiska gemenskapens officiella tidning. 14.2.1976. L 39/40.

¹⁶ Europaparlamentet och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet. Europeiska unionens officiella tidning. 26.7.2006. L 204/23.

¹⁷ Göransson, H., m.fl., 2011 s. 27. & Nyström, B., 2011, s.169.

¹⁸ Fransson, S., Stüber, E., 2010, s. 37f.

1.2 Syfte och frågeställningar

Vår utgångspunkt är att det finns en intressekonflikt, som redogjorts ovan, mellan arbetssökande/arbetstagare och arbetsgivare. Intressekonflikten berör kvinnors arbetsrättsliga ställning att kunna förena graviditet och föräldraskap med förvärvsarbete. Arbetsgivare vill däremot undvika ekonomisk förlust och begränsa sina kostnader. Kvinnors rätt till diskrimineringskydd ställs i förhållande till arbetsgivares intresse att leda och fördela arbete. Syftet är att utreda, belysa och analysera hur de arbetsrättsliga reglerna förhåller sig till vår antagna intressekonflikt.

Utifrån vårt syfte har vi valt följande frågeställningar:

- Hur tar den arbetsrättsliga intressekonflikten mellan arbetssökande/arbetstagare och arbetsgivare sig uttryck inför och i anställningsförhållanden?
- Vilken betydelse får skyddet för kvinnor i samband med graviditet och föräldraskap i förhållande till den allmänna arbetsrättsliga principen om arbetsgivares fria anställningsrätt?
- Vilka arbetsrättsliga följder kan föräldraskapet få för arbetssökande/arbetstagare och deras arbetsgivare?

För att besvara våra frågeställningar kommer vi att utreda hur det arbetsrättsliga diskrimineringskyddet är uppbyggt för kvinnor i samband med graviditet och föräldraskap i anställningssituationer.

1.3 Avgränsningar

Det finns i anslutning till ämnesvalet många arbetsrättsliga situationer som är intressanta att utreda, problematisera och analysera kring. Vi har valt att begränsa oss till när kvinnor blir diskriminerade och missgynnade vid anställningsförfarandet och under anställningen. Vi kommer inte att beröra missgynnande i samband med avsked, uppsägning och omplacering. Vi kommer inte belysa män, trots att de också kan bli missgynnade i samband med deras föräldraskap. Vi har valt att göra denna avgränsning för att kvinnor traditionellt sett har tagit ett större ansvar för omsorg av barn. En annan aspekt som påverkat avgränsningen är det faktum att diskriminering på grund av graviditet enbart berör kvinnor. Detta ställs i relation till arbetsgivarens ekonomiska intresse. Vi kommer inte i detalj att redogöra för § 32-befogenheterna, utan har valt att begränsa oss till arbetsledningsrätten och den fria anställningsrätten. Vi kommer att rikta in oss på diskrimineringskyddet i Sverige, men även belysa EU-rättens påverkan. EU-praxis på området är vägledande för nationell rätt, därmed har vi valt att granska några särskilt viktiga mål från EU-domstolen. Vårt syfte är inte att göra en komparativ studie. I diskri-

mineringslagen har vi valt direkt diskriminering i samband med diskrimineringsgrunden kön. Uppsatsen kommer inte att beröra indirekt diskriminering. Vi kommer belysa föräldraledighetslagens förbud mot missgynnade för att det är aktuellt för den valda gruppen. Vi har valt att inte gå in närmare på likalön för lika och likvärdigt arbete mellan män och kvinnor.

1.4 Metod och material

Metod i uppsats används för att kunna tolka och systematisera materialet för att söka svar på frågeställningar.¹⁹ Juridisk rättsdogmatisk metod söker svar på innehållet i gällande rätt.²⁰ Rättsdogmatiken använder sig i stor utsträckning av analys och systematik av juridiska begrepp.²¹ Vi har använt metoden för att tolka rättsreglerna och deras innebörd. Med detta som utgångspunkt har vi problematiserat och analyserat rättsreglerna utifrån våra frågeställningar. Att tillämpa en juridisk rättsdogmatisk metod innebär att försöka fastslå och granska gällande rätt²². Rättsdogmatisk metod tar sin utgångspunkt i de befintliga rättskällorna. *De lege lata*, är att fastställa vilka rättsregler som finns, *de lege ferenda* vilka som borde finnas.²³ Vi har granskat den lagstiftning som finns. I analysen har vi sedan diskuterat brister och tänkbara förbättringar. Med vårt val av metod vill vi ge en tydlig bild av rättsläget för de frågor som uppsatsen avser att besvara. Rättsdogmatiken använder sig av traditionella rättskällor²⁴. Vi har granskat och bearbetat traditionella rättskällor såsom EU:s rättsakter, nationell lagstiftning, rättspraxis och förarbeten. Vi har använt oss av aktuell doktrin på området.

Sandgren diskuterar om rättsdogmatisk metod är dogmatisk, innebörden av ordet dogmatisk kan ifrågasättas. Det finns en uppfattning att rättsdogmatisk metod handlar om gällande rätt. Han menar att det inte är självklart att gällande rätt sätter gränser för rättsdogmatiken. Rättsvetenskapliga arbeten handlar inte enbart om att fastställa gällande rätt utan om att systematisera materialet, göra en kritisk granskning av rättsläget, analysera argument och tänkbara lösningar.²⁵

Det är intressant att redogöra för de urval som ligger till grund för uppsatsen och inte enbart beskriva innehållet i gällande rätt. När vi har sökt material för studien har vi främst utgått från systematisk sökning²⁶, som innebär att utgå från ämnesord. Det är vidare viktigt att värdera materialets kvalitet innan det används²⁷. Vi har kombinerat den systematiska sökning med kedjesökning²⁸ som innebär att

¹⁹ Sandgren, C., 2007, s. 35.

²⁰ Lehrberg, B., 2010, s. 26f.

²¹ Peczenik, A., 2005, s. 249.

²² Lehrberg, B., 2010, s. 26f.

²³ Lehrberg, B., 2010, s. 167.

²⁴ Peczenik, A., 2005, s. 249.

²⁵ Sandgren, C., 2005, s. 650, s. 652.

²⁶ Sandgren, C., 2007, s. 32.

²⁷ Sandgren, C., 2007, s. 31.

²⁸ Sandgren, C., 2007, s. 32f.

referenserna i en text leder till ytterligare referenser. I vårt urval av doktrin har vår strävan varit att hitta så objektiv och saklig litteratur som möjligt. Vår bakomliggande tanke har varit att lyfta fram olika synvinklar på området. Jenny Julén Votinius²⁹ sätt att strukturera och analysera sitt material har inspirerat oss.

Mål från EU-domstolen som har skapat viktig EU-praxis på området är de som frekvent förekommer i doktrin. Därmed uppfattade vi således dem som mest relevanta att belysa och analysera i uppsatsen. När det gäller AD-domar har vi i huvudsak använt oss av en systematisk sökning för att själva kunna göra urvalet. Det finns ett begränsat antal prövade mål angående könsdiskriminering i samband med graviditet. Urvalet utgår från vårt syfte och avgränsning på området. För att få bättre förståelse för lagens uppbyggnad och funktion har vi betraktat utredningar och förarbeten. Lagstiftningen på området har ändrats de senaste åren, därför har vi varit noggranna med att tydliggöra vad som är tidigare lagstiftning och vad som är nu gällande.

EU:s rättskällor ser annorlunda ut i förhållande till nationella rättskällor.³⁰ För att kunna förstå hur det svenska diskrimineringskyddet fungerar är det betydelsefullt att läsa mål från EU-domstolen.³¹ EU:s rättsakter saknar i stor utsträckning förarbeten, för att hämta vägledning om rättsaktens syfte kan lagstiftningshistoriken och ingressen till rättsakten betraktas.³² Svenska förarbeten är utförliga och ger vägledning för hur lagens uttryck bör tolkas, där presenteras syftet och bakgrunden till lagen.³³ Svenska förarbeten har dock fått en minskad betydelse efter inkorporeringen av EU-rätten, men är fortfarande viktiga för Arbetsdomstolens avgöranden.³⁴

1.5 Disposition

Uppsatsen är uppdelad i fyra kapitel för att skapa en tydlig struktur och för att systematisera materialet. I första kapitlet introduceras ämnet och dess bakgrund. Vi redogör för vår antagna intresseavsättning. I kapitlet presenterar vi syfte och frågeställningar. Vi gör en avgränsning där vi tydliggör motiven till vad uppsatsen kommer att beröra och vad vi har valt att inte belysa. Vidare beskrivs den metod och det material som vi har använt för att svara på frågeställningarna.

Kapitel två berör den rättsliga intresseavsättningen mellan arbetssökande/arbetstagare och arbetsgivare. I detta kapitel presenterar vi i huvudsak våra rättsfall. Vi utreder rätten att skyddas i förhållande till arbetsgivarens ekonomiska argument. I kapitel tre redogör vi för vilka arbetsrättsliga följder som föräldraskapet

²⁹ Jenny Julén Votinius är juris doktor & bitr. universitetslektor vid Lunds Universitet.

³⁰ För vidare läsning om EU-rättslig metod se Hettne, J., Otken, Eriksson, I., 2012.

³¹ Hettne, J., Otken, Eriksson, I., 2011, s. 238ff.

³² Lehrberg, 2010, s. 119f.

³³ Lehrberg, 2010, s. 121.

³⁴ Lehrberg, 2010, s. 121, & Hettne, J., Otken, Eriksson, I., 2011, s. 115f.

kan få för arbetssökande/arbetstagare och deras arbetsgivare. Vi belyser strukturella mönster i samband med föräldraskap. I kapitel fyra analyserar vi materialet som kommit fram i kapitel två och tre av vår rättsutredning. Vi inleder kapitlet med en kritisk reflektion av vår antagna intressekonfliktsåttning och avslutar med en slutsats som innehåller egna reflektioner.

2. Intresseemotsättning mellan arbetstagaren och arbetsgivaren

2.1 Rätten att skyddas

2.1.1 Förbud mot missgynnande och diskriminering

Jämställdhetslagen (JämL) var den första svenska diskrimineringslagen som förbjöd könsdiskriminering. Efter Sveriges anslutning till EU 1995, ändrades jämställdhetslagen vid ett flertal tillfällen för att anpassas till den Europeiska gemenskapsrätten.³⁵ En anledning till att DiskrL tillkom var för att förenkla och göra diskrimineringsskyddet mer enhetlig. En annan orsak var att harmonisera med EU-rättens direktiv om likabehandling och diskriminering.³⁶ Det är direkt könsdiskriminerande att inte anställa någon på grund av graviditet enligt tidigare likabehandlingsdirektiv. Principen har befasts och stärkts genom domar angående missgynnande av gravida i anställningssituationer.³⁷

Det arbetsrättsliga skyddet för arbetstagare i FFL var innan 2006 års lag svagt. Ett förbud mot missgynnande i samband med föräldraledigheten stärktes genom införandet av 16 § FFL.³⁸ Förändringen bidrog till att göra skyddet mer likvärdigt för gravida och för föräldralediga.³⁹ I vissa situationer kan både könsdiskriminering och missgynnande i samband med föräldraledighet vara aktuella samtidigt, och gravida kan komma att åberopa båda.⁴⁰ Gravida och föräldralediga kan möta svåra situationer i arbetslivet. Skyddets funktion är att motverka att arbetsgivaren missgynnar dem. Förbudet i tidigare JämL var utformat som ett könsneutralt diskrimineringskydd som omfattade både män och kvinnor. JämL ändrades genom implementering av EU-rätten som uttryckligen förbjuder diskriminering av gravida arbetstagare.⁴¹ Idag är skyddet fortfarande könsneutralt i sin utformning.⁴²

2.1.2 Betydelsen av jämförelseperson

EU-praxis som har fått stor betydelse är Dekker- målet⁴³. EU-domstolen fastslog att det inte behöver finnas en manlig jämförelseperson, trots att det inte fanns nå-

³⁵ Göransson, H., m.fl., 2011, s. 21.

³⁶ Göransson, H., m.fl., 2011, s. 28f. & Prop. 2007/08:95 s. 2.

³⁷ Julén, J., 2007, s. 186.

³⁸ Julén, J., 2010/11, s. 621.

³⁹ Ds 2005:15 s. 91.

⁴⁰ Prop. 2005/06:185, s. 77.

⁴¹ Julén, J., 2007, s. 308ff.

⁴² Prop. 2007/08:95, s. 476.

⁴³ Mål C-177/88 Dekker mot Stichting Vormingcentrum REG 1990 1-3941.

gon avsikt att diskriminera på grund av kön. EU-domstolen kom fram till att arbetsgivaren bröt mot dåvarande likabehandlingsdirektiv genom att inte anställa en gravid arbetssökande, trots att hon var lämpligast för arbetet. Arbetsgivarens beslut grundade sig på en bedömning av ekonomiska konsekvenser som var förknippade med den arbetssökandes kommande föräldraledighet. Domstolen konstaterade att direkt diskriminering på grund av kön förelåg, då enbart kvinnor kan bli gravida.

I AD 2001 nr 61 kunde inte en kvinna åberopa diskriminering för att det inte fanns någon person av motsatt kön som blivit gynnad. I situationer där arbetsgivaren anställde någon av samma kön eller inte valde att anställa någon alls fanns inget svenskt diskrimineringskydd i tidigare jämställdhetslag. Skyddet mot könsdiskriminering gällde först när ett anställningsbeslut fattades som gynnade en person av motsatt kön. I det aktuella målet hade arbetsgivaren inte anställt någon och könsdiskriminering kunde således inte föreligga. EU-rätt vägdes inte in i avgörandet, trots att utvecklad EU-praxis⁴⁴ fanns på området som hade kunnat användas i målet.⁴⁵ Arbetsgivarens beslut låg inom ramen för den fria anställningsrätten.

I målet AD 2002 nr 45 var rättsläget samma som i AD 2001 nr 61, men i målet vägde Arbetsdomstolen in EU-rättens regler om diskriminering på grund av graviditet. Målet handlade om en gravid kvinna som blev diskriminerad då arbetsgivaren anställde en annan kvinna med sämre meriter. Arbetsdomstolen konstaterade med stöd av EU-rätten att könsdiskriminering av den gravida kvinnan förelåg. Arbetsdomstolen grundade delvis sitt avgörande på Dekker-målet. EU-domstolen konstaterade att en jämförelseperson inte behöver vara av motsatt kön för att könsdiskriminering ska föreligga. Arbetsdomstolens avgörande grundade sig även på bestämmelserna i tidigare likabehandlingsdirektivet, som tydliggjorde graviditetsskyddet. Direktivet hade dock inte implementerats i svensk rätt.⁴⁶ Arbetsdomstolen konstaterade att EU:s direktiv fick direkt vertikal effekt⁴⁷ för att svarande, landstinget, ingick som ett statligt organ. EU-rättens regler blev därmed gällande i det aktuella målet.⁴⁸

Julén gör en jämförelse av de båda AD-målen. EU-praxis utelämnades i AD 2001 nr 61 men var däremot avgörande för AD 2002 nr 45. Om Arbetsdomstolen hade beaktat Dekker-målet angående könsdiskriminering hade utfallet kunnat bli ett annat. EU-rätten gör en tydlig koppling mellan graviditet och kvinnlig könstillhörighet. De svenska reglerna är däremot könsneutrala till sin utformning, och det kan vara en anledning till att implementeringen av direktivet dröjde.⁴⁹

⁴⁴ Mål C-177/88 Dekker mot Stichting Vormingcentrum REG 1990 I-3941.

⁴⁵ Julén J, 2007, s. 310f.

⁴⁶ Julén, J., 2007, s. 312f, & <http://www.arbetsgivarverket.se/nyheter-press/> 2002.

⁴⁷ För vidare läsning angående direkt vertikal effekt se Nyström, B., 2011, s. 39ff.

⁴⁸ Nyström, B., 2011, s. 207.

⁴⁹ Julén, J., 2007, s. 313ff.

2.2 Arbetsgivarens ekonomiska argument

2.2.1 Arbetsledningsrättens möjligheter och begränsningar

Arbetsgivarens § 32-befogenheter om beslutanderätt ska ses i förhållande till arbetstagarens intresse av en rättvis och trygg behandling i anställningssituationer.⁵⁰ Det finns en allmän arbetsrättslig princip om arbetsgivarens fria anställningsrätt. Den fria anställningsrätten inskränks av diskrimineringslagstiftningen, som försvårar för arbetsgivaren att fatta beslut på godtyckliga grunder gällande anställningsförfarandet.⁵¹

En tillsvidareanställd kvinna i AD 2010 nr 14 var föräldraledig och ansåg sig missgynnad enligt 16 § FFL. Hon sökte en tjänst inom verksamheten där hon var anställd, men arbetsgivaren tillsatte istället en befintlig vikare. Arbetsdomstolen konstaterade att kvinnan hade blivit missgynnad, dock fanns det inget orsakssamband mellan missgynnandet och föräldraledigheten. Den föräldralediga kvinnan hade inte bättre kvalifikationer än vikaren. Föräldraledigheten var således inte avgörande.⁵² Arbetsgivaren använde sin fria anställningsrätt och anställde den som ansågs lämpligast för tjänsten.

Arbetsgivarens § 32-befogenheter är ett uttryck för marknadsfunktionella mönster som har sin grund i äganderätten och föränderliga aspekter. Huvudregeln är att arbetsgivaren har en fri och ensidig arbetsledningsrätt som inskränks av olika begränsningar, däribland diskrimineringsförbud. Det är arbetsledningsrätten som möjliggör för arbetsgivaren att omsätta företagsledningsbeslut i praktiken.⁵³

I AD 2009 nr 45 inskränktes arbetsgivarens arbetsledningsrätt. En kvinna blev uppmanad av sin arbetsgivare att söka en kompetensutvecklande kurs. Efter att kvinnan upplyste att hon var gravid blev hon nekad att få gå kursen. Arbetsgivarens motivering var att hennes kommande ledighet skulle medföra att det dröjde för länge innan hon kunde tillgodogöra sig kunskaperna. Arbetsgivarens nekande var ett missgynnande som hade ett tydligt samband med kvinnans planerade föräldraledighet. Hon blev missgynnad enligt 16 § FFL. Arbetstagaren har inte ovillkorlig rätt att få kompetensutveckling eftersom det faller inom arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Arbetstagaren får däremot inte bli missgynnad i samband med föräldraledighet.⁵⁴ Arbetstagarens skydd väge tyngre än arbetsgivarens ekonomiska intresse i målet.

2.2.2 Problematik kring provanställning

I AD 2011 nr 22 framförde arbetsgivaren godtagbara ekonomiska argument bakom avbrytandet av en kvinnas provanställning. Kvinnan hävdade däremot att av-

⁵⁰ Julén, J., 2007, s. 307f.

⁵¹ Källström, K., Malmberg, J., 2013, s. 104ff.

⁵² AD 2010 nr 14 & Norrby, A., Lag & Avtal, 2010, nr 3, s. 12.

⁵³ Rönnmar, M., 2000, s. 285.

⁵⁴ AD 2009 nr 45 & Norrby, A., 2009, nr 7/8, s. 14.

brytandet berodde på att hon upplyst om sin graviditet. Tvisten handlade om huruvida arbetsgivaren hade gjort sig skyldig till direkt könsdiskriminering, enligt 1 kap. 4 § DiskrL. Kvinnan påvisade omständigheter som gjorde det sannolikt att ett orsakssamband mellan missgynnade och graviditet hade förekommit. I diskrimineringsmål är bevisbördan delad enligt 6 kap 3 § DiskrL. Arbetsgivaren kunde däremot visa att verksamheten hade likviditetsproblem, eftersom det var ekonomiska beslut som låg till grund för personalminskningen. Arbetsdomstolen ifrågasatte inte arbetsgivarens ekonomiska argument.

När det gäller provanställning finns det en särskild problematik. Arbetsgivare har ingen skyldighet att motivera sitt beslut att avbryta en provanställning och behöver inte uppge några skäl. Arbetsgivarens rätt att avbryta en provanställning inskränks inte av att arbetstagaren är gravid.⁵⁵ Däremot kan arbetsgivare i en rättsprocess bli tvungen att visa att agerandet inte har något samband med könsdiskriminering. I AD 2011 nr 22 förekom inte könsdiskriminering då de ekonomiska argumenten vägde tyngre.

2.3 Upplyningsplikt vid graviditet

2.3.1 Frågerätt och upplysningsskyldighet

Svensk rätt saknar bestämmelser om frågerätt, dock torde det strida mot god sed av arbetsgivare att fråga om sådant som arbetssökande normalt anses ha rätt att dölja.⁵⁶ Den arbetssökande kan ge vilseledande svar och har ingen skyldighet att på en direkt fråga upplysa om graviditet.⁵⁷ Om arbetsgivare ställer frågor om arbetssökande är gravid kan det användas som bevisning i en eventuell diskrimineringsvist.⁵⁸ Arbetsgivare kan inte befrias från ett ingått anställningsavtal med hänvisning till att en kvinna inte har upplyst om sin graviditet.⁵⁹

Det finns inga uttryckliga regler om arbetssökandes upplysningsplikt i arbetsrättslig lagstiftning.⁶⁰ I avtalslagen (1915:218) finns det dock två situationer enligt 30 och 33 §§ då arbetssökande är skyldig att självmant lämna upplysningar. Arbetssökande är enbart skyldig att upplysa om personliga uppgifter om informationen skulle kunna leda till uppsägning. Upplysningsskyldigheten är även aktuell om informationen direkt påverkar arbetstagarens möjlighet att utföra arbetet.⁶¹ Kvinnor är således inte skyldiga att upplysa om sin graviditet för arbetsgivaren då graviditet inte utgör en saklig grund för uppsägning.⁶²

⁵⁵ <http://arbetsratt.juridicum.su.se/> Julén, J., 2008 nr 1 & 6§ LAS.

⁵⁶ Källström, K., Malmberg, J., 2013 s. 111.

⁵⁷ Danhard, E., 2008:3, s. 72ff.

⁵⁸ Källström, K., Malmberg, J., 2013, s. 111.

⁵⁹ Danhard, E., 2008:3 s. 71ff.

⁶⁰ Malmberg, J., 2001/2000, s. 638.

⁶¹ Malmberg, J., 2001/2000, s. 638, s. 643f.

⁶² 7§ LAS & Julén, J., 2000, s.125.

2.3.2 Upplyst om graviditet i praxis

Diskrimineringslagen omfattar även de som gör en förfrågan om arbete och skyddet gäller under hela anställningsförfarandet.⁶³ I AD 2011 nr 2 övergick inte en kvinnas praktik i en tänkt anställning efter att hon gjorde en förfrågan om anställning. Kvinnan upplyste arbetsgivaren att hon fått missfall. Arbetsgivaren uttalade sig att han hellre ville anställa en man av ekonomiska skäl då en man inte kan bli gravid. Eftersom bara kvinnor kan bli gravida hade missgynnandet ett direkt samband med kön, enligt 1 kap. 4 § p.1 DiskrL. En hypotetisk jämförelseperson användes, då kvinnan var ensam arbetssökande⁶⁴. Diskriminering kan föreligga även om det inte finns någon faktiskt jämförelseperson. Arbetsgivaren nekade kvinnan anställning för att han misstänkte förväntad framtida graviditet med påföljande föräldraledighet. Den uteblivna anställningen stred även mot missgynnandeförbudet i 16 § FFL. Kvinnans talan bifölls. Kvinnan spelade in samtalet med arbetsgivaren och kunde påvisa missgynnande. Arbetsgivaren kunde inte motbevisa att missgynnandet inte hade samband med framtida graviditet.

I AD 2011 nr 23, upplyste en kvinna under arbetsintervjun att hon var gravid, vilket resulterade i att rekryteringsprocessen avbröts. Arbetsgivarens beslut var ett missgynnande som hade ett orsakssamband med kvinnans graviditet och var direkt diskriminerande på grund av kön. EU-praxis⁶⁵ har fastslagit att det inte behöver göras någon jämförelse med en person av motsatt kön, då det endast var kvinnliga arbetssökande. Avbrytandet av anställningsförfarandet var även ett missgynnande enligt 16 § FFL. I FFL ställs det däremot inget krav på jämförbar situation⁶⁶. Bevisbördan är utformad på samma sätt i 6 kap. 3 § DiskrL och i 24 § FFL. Arbetstagsarsidan gjorde det sannolikt att missgynnande hade förekommit genom att spela in ett telefonsamtal med arbetsgivaren. Bevisbördan är delad och gick därmed över till arbetsgivaren, som inte kunde motbevisa situationen. I både AD 2011 nr 2 och AD 2011 nr 23 kontaktade kvinnorna arbetsgivarna igen för att spela in samtalen.

2.3.3 Inte upplyst om graviditet

Ett betydelsefullt EU-mål är *Tele Danmark*⁶⁷, där en kvinna inte upplyste om sin graviditet vid anställningsintervjun. Arbetsgivaren sade upp kvinnan med motiveringen att hon brutit mot sin lojalitetsplikt när hon undanhöll information om sin graviditet.⁶⁸ EU-domstolen utredde om det var otillåtet av kvinnan att inte upplysa arbetsgivaren om sin graviditet. Hon var medveten om graviditeten när

⁶³ Fransson, S., Stüber, E., 2010, s. 78.

⁶⁴ Prop. 2007/08:95 s. 499.

⁶⁵ Mål C-177/88 Dekker mot Stichting Vormingcentrum REG 1990 1-3941.

⁶⁶ Prop.2005/06:185 s. 82.

⁶⁷ Mål C-109/00 *Tele Danmark A/S mot Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, REG 2001 1-6993.

⁶⁸ Mål C-109/00 *Tele Danmark A/S mot Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK)*, REG 2001 p. 20.

anställningsavtalet ingicks.⁶⁹ EU-domstolen konstaterade att hon inte var skyldig att upplysa arbetsgivaren om graviditeten.⁷⁰ Skyldighet att upplysa om graviditet strider mot skyddet för gravida arbetstagare enligt artikel 10 i mödraskyddsdirektivet.⁷¹ Arbetsgivare har inte rätt att beakta graviditet vid anställningen.⁷² Arbetsgivare har inte rätt att säga upp gravida kvinnor för att de har undanhållit sin graviditet. Gravida kvinnor har en ”principiell lögnrätt”, de behöver inte berätta om sin graviditet och kan ge nekande svar på en direkt fråga under en anställningsintervju.⁷³

2.4 Anställningsformens betydelse

2.4.1 EU-praxis påverkan

I Mahlburg-målet⁷⁴ konstaterade EU-domstolen att nationell lagstiftning stred mot likabehandlingsdirektivet genom otillåten könsdiskriminering. Arbetsgivaren valde att inte anställa en gravid arbetssökande för att hon inte kunde tillträda tillsvidareanställningen omedelbart, vilket var en otillåten motivering enligt likabehandlingsdirektivet.

I Tele Danmark-målet konstaterade EU-domstolen att arbetsgivarens agerande att säga upp kvinnan stred mot likabehandlingsdirektivet och mödraskyddsdirektivet.⁷⁵ Kvinnan hade anställts för en tidsbegränsad anställning. En av anledningarna till att hon blev uppsagd var att hon inte skulle kunna utföra arbete under hela den avtalade perioden på grund av sin graviditet.⁷⁶ När kvinnan ingick anställningen var hon medveten om sin graviditet men använde sin ”principiella lögnrätt”.⁷⁷ EU-domstolen anförde att det var uppenbart att skälet till uppsägningen var kvinnans graviditet. Enligt EU-praxis är arbetsgivarens ekonomiska nackdelar i samband med gravida arbetstagare inte en godtagbar motivering för uppsägning.⁷⁸ I Dekker-målet konstaterades att det är otillåtet att neka någon anställning på grund av de ekonomiska nackdelar som kan uppstå i samband med graviditet. Slutsatsen ifrån Mahlburg-målet var att det är otillåtet att beakta de ekonomiska

⁶⁹ Mål C-109/00 Tele Danmark A/S mot Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), REG 2001 p. 19.

⁷⁰ Mål C-109/00 Tele Danmark A/S mot Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), REG 2001 p. 24.

⁷¹ Rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa för arbetare som är gravida, nyligen fött barn eller ammar. Europeiska gemenskapens officiella tidning. 28.12.1992. L 348/1.

⁷² Mål C-109/00 Tele Danmark A/S mot Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), REG 2001 p. 24.

⁷³ Göransson, H., m.fl., 2011, s. 73 & Danhard, E., 2008:3 s. 72ff.

⁷⁴ Mål C-207/98 Silke-Karin Mahlburg mot Land Mecklenburg-Vorpommern, REG 2000 1-549.

⁷⁵ Mål C-109/00 Tele Danmark A/S mot Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), REG 2001 1-6993.

⁷⁶ Mål C-109/00 Tele Danmark A/S mot Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), REG 2001s. 1-6993.

⁷⁷ Se avsnitt 2.3.3 ovan.

⁷⁸ Mål C-109/00 Tele Danmark A/S mot Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), REG 2001 p. 23.

nackdelarna som följer av att den anställda kvinnan inte kan inneha sin aktuella tjänst under graviditeten.⁷⁹ Om den anställda inte kan fullgöra anställningsavtalet för att hon är gravid skyddas hon mot otillåten könsdiskriminering. EU-domstolen konstaterade att varken likabehandlingsdirektivet eller mödraskyddsdirektivet gör skillnad mellan tidsbegränsad- eller tillsvidareanställningar.⁸⁰

2.4.2 Olika aspekter på skyddsnivån

Julén menar att Tele Danmark-målet har klargjort diskrimineringskyddet för gravida vid tidsbegränsade anställningar. I både en tidsbegränsad anställning och vid en tillsvidareanställning ska skyddet mot uppsägning och skyddet för tillgång till anställning vara lika starkt.⁸¹

Nyström argumenterar att domstolen i Tele Danmark-målet har fört likabehandlingsprincipen så långt att balansen mellan arbetsgivarens ekonomiska intressen och den gravida kvinnans rättigheter rubbas. Vidare menar Nyström att en följd kan bli att arbetsgivare undviker att anställa kvinnor i fertil ålder på tidsbegränsade anställningar.⁸²

Glavå uttrycker att det inte finns något mål som har berört frågan om utrymmet att neka en gravid kvinna en kortare tidsbegränsad anställning, då Tele Danmark-målet inte prövar anställningsförfarandet. Mahlburg-målet däremot prövar anställningsförfarandet, men vid tillsvidareanställning. Glavå anser att det inte tydliggörs i EU-domstolens uttalanden om ekonomiska nackdelar gäller tidsbegränsade anställningar. Det går således inte med hjälp av Tele Danmark att dra slutsatsen att inga gränser finns för arbetsgivarens ekonomiska nackdelar för att skydda en gravid arbetssökande. En intressant aspekt i motiven⁸³ till 16 § FFL är undantagsregeln som ”tillåter” missgynnade om anställningen avser en kortare tid och den arbetssökande ska vara ledig en stor del eller hela anställningen. Glavås slutsats är således att det finns utrymme att neka en gravid kvinna en kortare tidsbegränsad anställning om hon avser att vara föräldraledig.⁸⁴

2.5 Bevisbördan

2.5.1 Lika fall ska behandlas lika

”Alla rättsordningar bygger på principen att ”lika fall ska behandlas lika”. Detta krav finns inbyggt i själva begreppet rättsordning.”⁸⁵

⁷⁹ Mål C-109/00 Tele Danmark A/S mot Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), REG 2001 p. 28.

⁸⁰ Julén, J., 2007, s. 205ff.

⁸¹ Julén, J., 2007, s. 205ff.

⁸² Nyström, B., 2011, s. 193f.

⁸³ Prop. 2005/06:185, s. 87.

⁸⁴ Glavå, M., 2011, s. 380ff.

⁸⁵ Christensen, A., 2000, s. 36 & 1 kap. 9§ RF.

För att avgöra att lika fall ska behandlas lika är det viktigt med ett tillförlitligt bevisförfarande. Om hela bevisbördan skulle läggas på kändesidan i diskrimineringsmål skulle ytterst få mål bifallas⁸⁶. I EU-rätten har det länge funnits en regel om uppdelning av bevisbördan. Syftet är att ge kärke i diskrimineringsmål en bevislättning jämfört med bevisregler i allmänhet.⁸⁷ Bevisregeln i diskrimineringslagen är därmed delad enligt 6 kap. 3 § DiskrL. Bevisbördan är delad i två led, det innebär inte att den är delad för samma rättsfaktum.⁸⁸ Det första leDET kan benämnas som en presumptionsregel, vilket innebär att kärke ska göra det antagligt att diskriminering har förekommit. Svarande måste motbevisa presumptionen, genom att styrka att omständigheter inte har något samband med diskriminering.⁸⁹ Bevisbördan i 24 § FFL är utformad i likhet med diskrimineringslagens regel om bevisbördan vid direkt diskriminering.⁹⁰

2.5.2 Tekniska hjälpmedel som bevisning

AD 2013 nr 74 är ett mål där tekniken hade betydelse för bevisningen. Arbetsgivaren i målet avbröt rekryteringsprocessen men inget missgynnade förkom. En kvinna erbjöds en anställning som hon aldrig tilltråde. Kvinnan hävdade att arbetsgivaren återtog anställningserbjudandet efter att hon meddelat om sin graviditet. Arbetsgivarsidan menade däremot att kvinnan själv valde att inte tillträda anställningen. Arbetsdomstolen prövade om arbetsgivaren hade gjort sig skyldig till könsdiskriminering enligt 1 kap. 4 § p.1 DiskrL och stridit mot missgynnandeförbudet enligt 16 § FFL. Arbetstagsidan kunde inte påvisa att arbetsgivaren hade återtagit anställningserbjudandet och därmed kunde de inte visa på missgynnande. Arbetsgivaren kunde nämligen uppvisa ett sms från kvinnan som gjorde det sannolikt att hon själv valde att inte tillträda tjänsten. Den delade bevisbördan, enligt 6 kap. 3 § DiskrL och 24 § FFL, gick sålDES aldrig över till arbetsgivarsidan.

Tidskriften Lag & Avtal belyser bevisbördan i AD 2011 nr 2. Arbetsgivaren meddelade kvinnan att hon inte skulle bli anställd på grund av graviditet. Kvinnan spelade in samtalet och kunde därmed påvisa missgynnande. DO uttalar sig i artikeln att tekniska hjälpmedel är betydelsefulla för bevisningen i diskrimineringsmål. Under de senaste åren har tekniska hjälpmedel blivit vanligare som bevisning i Arbetsdomstolen.⁹¹ Betydelsen av tekniska hjälpmedel vid bevisfrågan berörs även i målet AD 2011 nr 23. Kvinnan spelade in samtalet med arbetsgivaren och med hjälp av inspelningen gjorde hon det sannolikt att missgynnade hade förekommit.⁹²

⁸⁶ Gellner, L., Sydolf, L., 2005, s. 201.

⁸⁷ Art. 19 Recastdirektivet 2006/54/EG & Göransson, H., m.fl., 2011, s. 48.

⁸⁸ Glavå, M., 2011, s.366.

⁸⁹ Göransson, H., m.fl., 2011, s.49 & NJA 2006 s. 170.

⁹⁰ Prop. 2005/06:185 s. 92.

⁹¹ Gunnars, L., 2011, nr 2, s. 8f.

⁹² AD 2011 nr 23 & Gunnars, L., 2011, nr 4, s. 24.

Arbetsdomstolen har fått en del kritik för sin tillämpning av bevisbörderegeln. Kritiken innebär att både kändes och svarandes bevisbörda relateras till existerande respektive icke-existerande bevis av händelseförloppet.⁹³ Kärande ska göra det sannolikt att diskriminering förekommit och svarande ska visa att diskriminering inte existerat. För att bevisningen ska vara betydelsefull måste den avse händelseförlopp av olika slag.⁹⁴ I AD 2013 nr 74 kunde inte arbetstagaren visa att hon blev missgynnad. Arbetsgivaren däremot, styrkte ett icke-existerande missgynnande med hjälp av sms av händelseförloppet.

⁹³ Fransson, S., Stüber, E., 2010, s. 536 & Wilhelmsson, A., 2013, nr 10, s. 40f.

⁹⁴ Fransson, S., Stüber, E., 2010, s. 536.

3. Arbetsrättsliga följder av föräldraskapet

3.1 Ledighet från förvärvsarbete

3.1.1 Föräldraledighetens fördelning

Under graviditetsfasen har kvinnor rätt till ledighet i olika former. Tjänstledighet med graviditetspenning gäller för kvinnor som har fysiskt påfrestande arbete eller arbetar i en riskfylld arbetsmiljö. Föräldraledighet eller mammaledighet med föräldrapenning är andra möjligheter till ledighet under graviditetsfasen.⁹⁵ Om arbetsgivaren antar att arbetstagaren ska vara föräldraledig, kan det vara en tillräcklig grund för missgynnande enligt 16 § FFL.⁹⁶

Fram till att barnet fyller åtta år kan föräldrar ta ut sin föräldraledighet.⁹⁷ Fördelningen av den betalda ledigheten får lämnas i högst 480 dagar. Föräldrarna får själva fördela ledigheten sinsemellan, förutom två månader som inte kan överlåtas. Dessa två månader brukar benämnas som pappamånader.⁹⁸ Utöver ledighet i början av föräldraskapet kan föräldrar ta ut ledighet för vård av sjukt barn.⁹⁹ När det gäller vård av sjukt barn är det en sned fördelning. Männen är hemma 35 procent av dagarna, medan kvinnorna är hemma 65 procent.¹⁰⁰

Roth menar att föräldraledighetens längd och fördelning mellan könen är avgörande faktorer för att kvinnor ska kunna kombinera förvärvsarbete och barn. Roth diskuterar två aspekter gällande uppdelningen av föräldraledigheten. Diskussionen förs om föräldraförsäkringen helt ska regleras av staten, för att öka jämställdheten. Motståndare mot detta menar att staten inte ska lägga sig i familjers angelägenheter. Det skulle till och med kunna utgöra ett hinder för jämställdheten att föräldrarna inte får fördela ledigheten själva.¹⁰¹

3.1.2 En nödvändig följd av föräldraledigheten

I 16 § FFL är förbudet konstruerat som ett förbud mot missgynnande och inte som ett förbud mot diskriminering. En bakomliggande orsak till det är att lagstiftaren

⁹⁵ www.forsakringskassan.se 2013. *Förälder: Vänta barn: Graviditetspenning*.

⁹⁶ Prop. 2005/06:185, s. 85.

⁹⁷ Föräldraledighet enligt 7 § FFL.

⁹⁸ Föräldraledighet enligt 5 § FFL och föräldrapenning enligt 12 kap. 12 § SFB, pappamånader enligt 12 kap. 17 § SFB.

⁹⁹ Föräldraledighet 8 § FFL och Föräldrapenning 13 kap. 16 § SFB.

¹⁰⁰ www.forsakringskassan.se/statistik 2012. *Barn och familj; föräldrapenning*.

¹⁰¹ Roth, A., 2011 s. 106, s. 109.

vill ge arbetsgivaren större utrymme att göra undantag från skyddsregeln. Det hade inte varit möjligt om förbudet hade sin utgångspunkt i diskrimineringsreglerna.¹⁰² Arbetsdomstolen prövade två mål som handlar om missgynnande av föräldralediga enligt 16 § FFL. Det fanns inte rättspraxis på området innan de här två avgörandena kom.¹⁰³ I AD 2009 nr 13 delades en bonus ut till de anställda, kriteriet för att ta del av bonusen var att vara anställd. De som var föräldralediga fick en mindre summa som motsvarade deras arbetstid under året. Arbetsdomstolen bedömde rättsfrågan på följande sätt; bonus är en ersättning för utfört arbete och blir därmed en retroaktiv lön. Detta ska inte ses som en gåva. Arbetsgivarens agerande att reducera bonusen för de tre kvinnorna som var föräldralediga var en nödvändig följd av deras ledighet. Arbetsgivaren bröt inte mot föräldraledighetslagen, således avslog arbetsdomstolen kärandes talan.¹⁰⁴

I AD 2009 nr 15 kom Arbetsdomstolen återigen fram till att missgynnandet var en nödvändig följd av föräldraledigheten, enligt 16 § FFL. Det var inte heller fråga om könsdiskriminering. En kvinna hade inte fått pensionspremier under hennes föräldraledighet. Arbetsdomstolen utredde rättsläget och kom fram till att eftersom avsättning till pension är en form av lön, är det en nödvändig följd för den föräldralediga att inte bara mista lönen utan även förmåner i form av avsättningar till pension. Lön betalas inte ut under föräldraledigheten.¹⁰⁵

Arbetsgivare kan tillåtas missgynna arbetstagare genom att dra in en förmån om förmånen ses som lön. Kategoriserar förmånen däremot som en annan ekonomisk förmån är det inte tillåtet för arbetsgivaren att missgynna arbetstagaren. Arbetsdomstolen kategoriserade bonus och pensionspremie som lön och inte som en ekonomisk förmån som arbetstagsidan hävdade i AD 2009 nr 13 och i AD 2009 nr 15.¹⁰⁶

Julén framför att Arbetsdomstolen har gjort en konservativ tolkning av reglerna, vilket gör att skyddsregeln tappar sin betydelse. Föräldralediga ska ha rätt till samma löneutveckling som innan deras föräldraledighet¹⁰⁷. Det finns en undantagsregel som tillåter sämre behandling, om det är en nödvändig följd av ledigheten. Det kan exempelvis vara situationer där den föräldralediga gynnas på ett sätt som är orättvist gentemot andra arbetstagare. Domarna är motsägelsefulla menar Julén men det beror på att lagen är motsägelsefull, det finns ett starkt skydd men samtidigt en vag undantagsregel.¹⁰⁸

¹⁰² Prop. 2005/06:185 s. 79.

¹⁰³ Torp, E., 2008, nr 10, s. 9 & Torp, E., 2009, nr 2, s.12f.

¹⁰⁴ AD 2009 nr 13, Torp, E., 2008, nr 10, s. 9 & Torp, E., 2009, nr 2, s.12f.

¹⁰⁵ AD 2009 nr 15 & Torp, E., 2009, nr 2, s.12.

¹⁰⁶ Julén, J., 2010/11, s. 620f, s. 638.

¹⁰⁷ Prop. 2005/06:185 s. 88f.

¹⁰⁸ Torp, E., 2009, nr 2, s.12 & Julén, J., 2010/11, s. 620f, s. 626, s. 637.

3.2 Syftet är likabehandling

3.2.1 Strukturella mönster och föräldraskapets inverkan

Arbetsgivarens ekonomiska argument bygger på att det kostar att lära upp någon ny. I små företag blir frånvaron särskilt problematisk, det är svårt att hitta ersättare. Anställningsintervjuer kan vara dyra och tidskrävande. Småbarnsföräldrar är ofta hemma med vård av sjukt barn. De ekonomiska argumenten är kopplade till omsorg av barn och därmed följande frånvaro. Arbetstagares graviditet medför inte några dolda kostnader utöver de som arbetsgivare normalt kan räkna med. Arbetsgivare kan ha negativ attityd mot kvinnor för att de förväntas ha hög frånvaro från arbetsplatsen i samband med föräldraskap. Om män är de som i huvudsak tar ansvar för barn, är det istället de som förväntas frånvara från arbetsplatsen. Arbetsgivarens ekonomiska argument grundar sig på att föräldraskapet inskränker på arbetslivet.¹⁰⁹

Ett mål som belyser den problematik en kvinnlig arbetstagare kan möta är AD 2013 nr 18. När en kvinnas graviditet blev känd nekades hon avtalad löneförhöjning. I en mejlkonversation framträdde både arbetsgivarens ekonomiska intresse och arbetstagarens skydd mot könsdiskriminering samt missgynnade. Mejlen styrkte missgynnandet i samband med graviditeten och hade betydelse för bevisningen. Den delade bevisbördan enligt 6 kap. 3 § DiskrL och enligt 24 § FFL gick över till arbetsgivaren. Arbetsdomstolen ansåg att arbetsgivaren inte lyckats motbevisa att det enbart berodde på bolagets ekonomiska situation. Arbetsgivaren gjorde sig skyldig till direkt könsdiskriminering enligt DiskrL samt missgynnande enligt FFL.

Skillnaden mellan män och kvinnor är att kvinnor är de som föder barn, efter det är könet inte direkt avgörande för vem av föräldern som tar ansvar för barnet.¹¹⁰ Det betyder inte att kvinnor och män tar lika stort ansvar för barnen, utan kvinnor tar i större utsträckning huvudansvaret. En förklaring till varför kvinnan tar ut mer föräldraledighet är för att män generellt sett tjänar mer. Argumentet är således att familjen skulle förlora ekonomiskt på att mannen var hemma.¹¹¹

Föräldraskapets inverkan på den enskilda arbetstagarens situation kan medföra negativa följder. Det kan ta sig uttryck i sämre arbetsvillkor.¹¹² En erfarenhet från verkligheten är att kvinnor i större grad än män utnyttjar sin föräldraledighet.¹¹³ Arbetsledningsbeslut fattas genom erfarenhet och föreställningar om verkligheten. Verklighet formas genom en växelverkan mellan erfarenhet och föreställningar

¹⁰⁹ Julén, J., 2000, s. 134.

¹¹⁰ Julén, J., 2000, s. 113.

¹¹¹ Roth, A., 2011, s. 111ff.

¹¹² AD 2009 nr 13 & AD 2009 nr 15.

¹¹³ www.forsakringskassan.se/statistik 2012. *Barn och familj; föräldrapenning*. 75,6 procent ≈ 76 procent.

om systemet med föräldraledighet. I lagstiftningen är det betydelsefullt att kunna belysa könsdiskriminering av kvinnor och bakomliggande orsaker.¹¹⁴

3.2.2 En samlad diskrimineringslag

Diskrimineringskyddet i Sverige har fått utvidgad betydelse sedan 2000-talet genom påverkan från EU.¹¹⁵ Diskrimineringslagens syfte utgår från likabehandling. Ändamålet med lagen är att motverka diskriminering, vilket tar sin utgångspunkt i mänskliga rättigheter.¹¹⁶ Lagstiftningen angående föräldraledighet är uppbyggd på en likhetssyn där mannen och kvinnan förutsätts ha ett gemensamt och delat ansvar för barnen samt familjens försörjning. Arbetslivet förutsätts vara organiserat så att det går att förena med föräldraskap.¹¹⁷ Likhetssynen är inte alltid utgångspunkten i de arbetsrättsliga sammanhang där dessa regler tolkas och tillämpas. Det kan finnas ett strukturellt motstånd mot att föräldraskapet ska omfatta både kvinnan och mannen i lika stor utsträckning.¹¹⁸

I propositionen till DiskrL står det att en samlad lag ger ett starkare skydd och skapar en tydligare överblick över rättsläget.¹¹⁹ En samlad diskrimineringslag har dock ifrågasattas ur jämställdhetssynpunkt.¹²⁰ Det kan vara svårt att uppnå förbättrade villkor för kvinnor i arbetslivet i en lag som är gemensam för alla grunder. Den bakomliggande tanken med lagen är att alla diskrimineringsgrunder i största möjliga mån ska behandlas likvärdigt.¹²¹ Diskrimineringslagens ändamål är neutral i sin utformning, den är könsneutral i förhållande till alla grunder.¹²² I den tidigare JämL var ändamålsparagrafen utformad på ett könsneutralt sätt, men det stod uttryckligen att lagen siktade till att förbättra kvinnors villkor i arbetslivet.¹²³

Numhauser-Henning anser att det finns en risk att en samlad diskrimineringslag enbart förstärker det formella likabehandlingsperspektivet. Reella förbättringar för specifika grupper får mindre fokus, exempelvis könsdiskriminering av kvinnor. Om det hade räckt med formell likabehandling hade principen om allas likhet inför lagen varit tillräcklig. Behoven hos de olika grupperna skiljer sig däremot åt och är inte likartade. När det gäller diskrimineringsgrunden kön är det i huvudsak kvinnors villkor som behöver förbättras, därför är formell likabehandling inte tillräcklig utan det behövs aktiva åtgärder.¹²⁴

¹¹⁴ Julén, J., 2000, s.114ff.

¹¹⁵ Fransson, S., Stüber, E., 2010, s. 37f.

¹¹⁶ Prop. 2007/08:95 s. 79.

¹¹⁷ Prop 2005/06:185 s. 74 & Julén., J, 2007, s. 19.

¹¹⁸ Julén, J., 2007, s. 19.

¹¹⁹ Prop. 2007/08:95 s. 83.

¹²⁰ Numhauser-Henning, A., 2009, s. 496.

¹²¹ Numhauser-Henning, A., 2009, s. 510ff.

¹²² Fransson, S., Stüber, E., 2010, s. 55f.

¹²³ 1 § JämL.

¹²⁴ Numhauser-Henning, A., 2009, s. 513.

3.2.3 Aktiva åtgärder

Fransson anser att aktiva åtgärder behövs. I och med den samlade diskrimineringslagen har fokus flyttats från struktur till individ. De aktiva åtgärderna har inte samma framträdande roll som förut.¹²⁵ Kraven på jämställdhetsplan har sänkts och omfattar inte längre alla företag. Jämställdhetsplanerna behöver inte heller genomföras lika ofta.¹²⁶ Aktiva åtgärder behandlas efter diskrimineringsförbuden i lagen. Placeringen av de aktiva åtgärderna kan tolkas som att diskrimineringen nu fokuserar på redan inträffad diskriminering. Det kan leda till att aktiva åtgärder inte används för att förebygga och motverka diskriminering.¹²⁷ Hamskär menar att aktiva åtgärder har en betydande roll för att främja kvinnors villkor på arbetsmarknaden. Det är således inte diskrimineringsförbuden i sig som bidrar till reell jämställdhet i arbetslivet, utan de aktiva åtgärderna.¹²⁸

I 3 kap 5 § DiskrL återfinns ett krav på en aktiv åtgärd; arbetsgivaren ska underlätta för kvinnliga och manliga arbetstagare att förena förvärvsarbete med föräldraskap. Det framförs i förarbetena att det är betydelsefullt att en jämnare fördelning av föräldraledigheten mellan könen kommer till stånd. Diskrimineringslagen bygger på ett samspel mellan både förbud och åtgärder. Missgynnandeförbudet i 16 § FFL fastslår att det är förbjudet att missgynna någon på grund av föräldraledigheten. Arbetsgivaren blir därmed tvungen att underlätta för föräldraledighet, vilket kan ses som en motsvarighet till 3 kap. 5 § DiskrL.¹²⁹

¹²⁵ Fransson, S., 2011, s. 103ff.

¹²⁶ Fransson, S., 2011, s. 104 & Numhauser-Henning, A., 2009, s. 504f.

¹²⁷ Numhauser-Henning, A., 2009, s. 504f.

¹²⁸ Hamskär, I., 2008, nr 4, s. 39.

¹²⁹ Fransson, S., Stüber, E., 2010, s. 398.

4. Analys och slutsats

4.1 Skyddad av rätten men ändå inte

4.1.1 En kritisk reflektion angående intressebegränsningen

Rätten att skyddas ställs i relation till skyldigheten att närvara och arbeta på arbetsplatsen. För att skydda arbetssökande/arbetstagare finns det arbetsrättsliga skyddsregler som möjliggör att förena föräldraskap och förvärvsarbete. Vår antagna intressebegränsning utgår ifrån det faktum att kvinnor tar ut merparten av föräldraledigheten och enbart de kan bli gravida. Arbetsgivare har däremot ett marknadsorienterat intresse; att driva ekonomisk verksamhet. Vi är medvetna om att vår antagna intressebegränsning inte går att tillämpa i alla situationer på individnivå. Det finns familjer där mannen tar ut merparten av föräldraledigheten. Det finns även familjer där båda föräldrarna är av samma kön. Det finns arbetsgivare som inte ser problematiskt på varken graviditet eller föräldraskap i anställningsförhållanden.

Att problematiken existerar tydliggörs genom de mål som EU-domstolen och Arbetsdomstolen prövat, även genom statistik som vi har tagit del av. Tanken bakom lagstiftningen är likabehandling. Julén och Fransson menar däremot att det finns strukturella mönster som styr beteendet och förhindrar tillämpningen av likabehandling. Vi kan därmed förmoda att vår antagna intressebegränsning kan finna stöd i strukturella mönster. Numhauser-Henning menar att det framförallt är kvinnors arbetsvillkor som behöver förbättras när det gäller könsdiskriminering. Hon finner det därmed problematiskt att den samlade diskrimineringslagen utgår från det formella likabehandlingsperspektivet, vilket kan innebära en försämring av kvinnors skydd och av jämställdheten.

4.1.2 Betydelse av motsatt kön som jämförelseperson

EU-rätten har till stor del haft en positiv inverkan på svensk diskrimineringslagstiftning. Dekker-målet har influerat och påverkat innebörden av jämförbar situation. I AD 2001 nr 61 vägde Arbetsdomstolen dock inte in EU-rätten och dömde till arbetsgivarens fördel. EU-praxis har förstärkt kvinnans rätt att skyddas mot graviditetsdiskriminering, vilket tydliggörs i AD 2002 nr 45. Den arbetssökande gravida kvinnan fick rätt, trots att det enbart fanns kvinnliga jämförelsepersoner. En jämförelseperson behöver således inte vara av motsatt kön, vilket har visat sig i AD-domar som vi har analyserat.

I AD 2011 nr 23 konstaterade Arbetsdomstolen att det inte behöver göras någon jämförelse av en person av motsatt kön med hänvisning till EU-praxis, i likhet med AD 2002 nr 45. Det är viktigt att den diskriminerade kvinnan kan få sin rätts-

fråga prövad, även om hon blivit diskriminerad i förhållande till andra kvinnor eller i de situationer där det inte finns någon faktisk jämförelseperson. I AD 2001 nr 61 var kvinnan ensam arbetssökande. Det fanns ingen manlig jämförelseperson och diskriminering kunde inte göras gällande. I AD 2011 nr 2 bifölls däremot kvinnans talan. Kvinnan var ensam arbetssökande i likhet med AD 2001 nr 61, men i AD 2011 nr 2 gjordes en jämförelse med en hypotetisk person i och med EU:s påverkan.

4.1.3 Arbetsledningsrätt från två sidor

Arbetsgivarens fria anställningsrätt inskränks av diskrimineringsförbudet vid anställningsförfarandet. Arbetstagaren har däremot inte alltid rätt. I AD 2010 nr 14 använde arbetsgivaren sig av sin fria anställningsrätt på ett korrekt sätt och anställde den som ansågs lämpligast för tjänsten. Arbetsgivaren kunde motbevisa att det saknades samband mellan kvinnans föräldraledighet och anställningsbeslutet. Den i princip fria anställningsrätten medför att arbetsgivaren ska kunna driva verksamheten på det sätt som önskas.

Arbetsledningsrätten möjliggör för arbetsgivaren att omsätta företagsledningsbeslut i praktiken. De ekonomiska argumenten är inte alltid godtagbara trots att arbetsgivaren äger verksamheten. Kvinnliga arbetstagare som vill förena förvärvsarbete med föräldraskap kan möta svårigheter. De kan komma efter i karriären om de inte får tillgång till kompetensutveckling, vilket kan ses som ett missgynnande såsom i AD 2009 nr 45. I målet inskränktes arbetsgivarens arbetsledningsrätt, då en kvinna nekades gå på kurs. Arbetsdomstolen ansåg att arbetsgivarens agerande utgjorde ett samband mellan föräldraledigheten och missgynnandet. Arbetstagaren kan inte kräva att få kompetensutveckling eftersom det faller inom arbetsgivarens arbetsledningsrätt. För att kvinnor inte ska komma efter i karriären är det betydelsefullt att arbetsgivaren hindras från att missgynna och diskriminera dem. En betydelsefull faktor för jämställdhet i arbetslivet är således att möjliggöra för kvinnor att göra karriär och samtidigt förena det med föräldraskap.

4.1.4 Upplyningsplikt

Kvinnor har ingen upplysningsplikt eftersom graviditet inte utgör saklig grund för uppsägning, och således får det inte beaktas vid anställning. Om arbetsgivaren ställer diskriminerande frågor kan det komma att användas som bevisning i en rättslig tvist. I AD 2011 nr 23 upplyste en kvinnlig arbetssökande om att hon var gravid, av den anledningen avbröt arbetsgivaren rekryteringsprocessen. Den arbetssökande kunde med hjälp av inspelat samtal påvisa missgynnande och diskriminering.

Om det hade funnits en lagreglerad upplysningsplikt för gravida kvinnor tror vi att det skulle finnas en risk att gravida kvinnor inte vågar söka arbete. Det skulle vara negativt för jämställdheten om arbetsgivaren lagligt kan välja bort kvinnor enbart på grund av graviditet. Att ingen upplysningsplikt finns möjliggör för den arbetssökande att förena förvärvsarbete med framtida föräldraskap. I AD 2011 nr 2 ne-

kade arbetsgivaren en kvinna anställning på grund av misstänkt framtida graviditet med påföljande föräldraledighet. Kvinnan hade upplyst att hon hade fått missfall. Den uteblivna anställningen var både missgynnade enligt FFL och könsdiskriminerande enligt DiskrL. När kvinnan informerade om missfallet förmodade hon antagligen inte att det kunde utgöra ett hinder för anställning. Situationen visar att det arbetsrättsliga skyddet är brett och omfattar även förväntad framtida graviditet.

I Tele Danmark-målet ansåg arbetsgivaren att kvinnan bröt mot sin lojalitetsplikt, då hon inte upplyste om sin graviditet. Lojalitetsplikten får en underordnad betydelse gentemot diskrimineringskyddet. Det finns fördelaktiga skyddsaspekter när det gäller ”principiell lögnrätt” i det avseendet att kvinnliga arbetssökande/arbetstagande inte har upplysningsskyldighet. Det ska fungera som ett skydd mot missgynnade och diskriminering.

Däremot går det att ifrågasätta tillåtelsen att ljuga både ifrån arbetsgivares och arbetssökandes/arbetstagares intresse. Vi vill lyfta problematiken som den ”principiella lögnrätten” kan innebära. Kan tillåtelsen att ljuga leda till att arbetsgivare undviker att anställa kvinnor i fertil ålder på grund av misstanke om föräldraskap? Den ”principiella lögnrätten” skulle således kunna drabba kvinnor som inte tänkt bilda familj i anställningssituationer. Om kvinnan ljugar vid en anställningssituation kan det skapa konsekvenser, vilket kan leda till psykiska påfrestningar för henne. Det kan ta sig uttryck i att hon blir sämre behandlad och inte känner sig välkommen på arbetsplatsen. Arbetsgivarens intresse att få korrekt information i anställningssituationer förbises. När arbetsgivare frågar kvinnor om graviditet och föräldraskap har de inte alltid avsikt att diskriminera, eventuellt vill de bara underlätta verksamhetens planering.

4.2 Anställningsformers problematik

4.2.1 Provanställning är till för båda parter

Kvinnans rätt att förena förvärvsarbete och föräldraskap kan komma i konflikt med arbetsgivarens ekonomiska intressen. Det finns en särskild problematik kring arbetsgivarens arbetsledningsrätt angående provanställning och kvinnans rätt att skyddas. Provanställning är till för att både arbetsgivaren och arbetstagaren ska få prova på anställningsförhållandet. Arbetsgivaren behöver inte motivera sitt beslut att avbryta en provanställning utan det faller inom arbetsledningsrätten. Det får dock inte förekomma något samband mellan avbrytandet och könsdiskriminering, om så är fallet kan det prövas rättsligt. AD 2011 nr 22 belyser problematiken kring könsdiskriminering vid provanställning. Kvinnan kunde påvisa ett orsaksamband mellan avbrytandet, missgynnandet, och graviditeten, men Arbetsdomstolen ifrågasatte inte arbetsgivarens ekonomiska argument. Det kan tyda på att de utvecklade lagreglerna inte skyddar kvinnan i alla situationer. Arbetsdomstolen prövar det rättsliga men tar inte ställning till ekonomiska bedömningar. Arbetsgi-

varen ska visa att de ekonomiska argumenten inte strider mot det rättsliga skyddet. Diskrimineringsmål innebär delad bevisbörda, det går dock att ifrågasätta hur tung bevisbörda arbetsgivaren har. Arbetsdomstolen ifrågasätter exempelvis inte ekonomiska argument bakom uppsägning på grund av arbetsbrist. Provanställning kan uppfattas som en osäker anställningsform i flera avseenden, men särskilt för kvinnor som vill kombinera arbetslivet med föräldraskap.

4.2.2 Det råder olika uppfattningar

EU-domstolen konstaterade att varken likabehandlingsdirektivet eller mödraskyddsdirektivet gör skillnad mellan tidsbegränsade- och tillsvidareanställningar. En slutsats från Mahlburg-målet, Tele Danmark-målet och Dekker-målet är att det är otillåtet att beakta ekonomiska nackdelar till följd av graviditet och föräldraskap. Att skyddet för tidsbegränsade anställningar är likvärdigt med skyddet för tillsvidareanställningar möter kvinnans intresse. Det råder dock olika uppfattningar om skyddets omfattning. Julén gör tolkningen utifrån Tele Danmark-målet att skyddet för anställningsformerna inte skiljer sig åt.

Nyström diskuterar däremot att likabehandlingsprincipen har förts för långt genom Tele Danmark-målet. Tolkningen har gjort att balansen mellan arbetsgivarens intresse och gravidas intresse rubbats. Det går att diskutera om det är rimligt att arbetsgivaren inte vet om att den arbetssökande kommer att vara frånvarande en stor del av anställningen. Det kan leda till att arbetsgivare undviker att anställa kvinnor i fertil ålder på tidsbegränsade anställningar. Skyddet kan på det sättet istället bli till nackdel för kvinnan. För att kunna bemöta båda parternas intressen är det viktigt att rättsreglerna speglar bådads verklighet. Om skyddet är för starkt kan följden bli att kvinnor missgynnas och diskrimineras ändå. Om skyddet däremot är för svagt kan arbetsgivarens agerande tolereras.

Glavå menar att det inte går att tolka att Tele Danmark-målet avser ett likvärdigt skydd mellan olika anställningsformer. Glavå diskuterar motiven till 16 § FFL:s undantagsregel. Syftet med undantagsregeln; en nödvändig följd, var att ge arbetsgivaren utrymme att göra undantag från skyddsregeln. Han menar således att det finns utrymme att neka en gravid kvinna en kortare tidsbegränsad anställning om hon avser att vara föräldraledig. EU-domstolen har inte prövat denna fråga enligt Glavå. Arbetsdomstolen har inte heller prövat rättsfrågor i detta avseende. Förbudet i DiskrL är utformat som en skyddsregel utan undantag, till skillnad från FFL. Om utrymmet att neka skulle kunna göras gällande, kan det enligt oss ifrågasättas om det strider mot EU-praxis och DiskrL.

I AD 2009 nr 13 reducerades bonus och i AD 2009 nr 15 bortföll pensionspremie för föräldralediga. Arbetsdomstolen dömde att arbetsgivarens agerande var en nödvändig följd av föräldraledigheten. Julén framför att det är en konservativ tolkning av reglerna. Domarna är motsägelsefulla, eftersom att lagen är motsägelsefull, det finns både ett starkt skydd och en vag undantagsregel. Arbetsdomstolens tolkning av nödvändig följd i dessa mål kan enligt oss betraktas som arbets-

givarvänlig, vilket tillvaratar arbetsgivarens intresse. Arbetsdomstolen utarbetar praxis på området för att tydliggöra hur reglerna bör tolkas. Det kan behövas ytterligare praxis för att klargöra tolkningen av undantagsregeln.

4.3 Bevisbördan

4.3.1 Tekniska hjälpmedel kan ha avgörande betydelse

Att bevisbördan är delad möjliggör så att de olika intressekonflikterna kan mötas. I flera mål har teknisk bevisning haft en avgörande betydelse. I både AD 2011 nr 2 och AD 2011 nr 23 kontaktade kvinnorna arbetsgivarna igen för att spela in samtalen. De kunde således påvisa missgynnade och diskriminering, som arbetsgivaren inte kunde motbevisa. Det tekniska området har utvecklats avsevärt de senaste åren och tekniken har blivit tillgängligare. Det är däremot förmodligen få arbetssökande som spelar in samtal vid intervjuer. En trolig orsak till detta, är att de inte förväntar sig att bli missgynnade och diskriminerade.

Arbetsdomstolen har fått kritik för sin tillämpning av bevisbörderegeln, att både kärandes och svarandes bevisbörda relateras till existerande respektive icke-existerande bevis av händelseförloppet. I AD 2013 nr 74 kunde inte arbetstagaren göra det antagligt att missgynnande hade förekommit, kvinnan spelade inte in samtalet. Arbetsgivaren däremot kunde styrka ett icke-existerande missgynnande med ett sms av händelseförloppet. Det kan bli svårt för arbetssökande/arbetstagare att påvisa missgynnande och diskriminering utan teknisk bevisning. I framtida diskrimineringsmål är det möjligt att teknisk bevisning får en ännu starkare roll, vilket kan medföra att det blir enklare för båda parter att styrka sin syn på händelseförloppet.

4.4 Växelverkan mellan föreställningar och verkligheten

4.4.1 Strukturen eller individen

Arbetsgivarens arbetsledningsbeslut grundar sig i en växelverkan mellan erfarenhet och föreställningar om hur föräldraledighetens uppdelning traditionellt sett ut. Ett uttalande i AD 2011 nr 2 var att arbetsgivaren hellre vill anställa en man av ekonomiska skäl, då en man inte kan bli gravid. Den som är föräldraledig kan få sämre arbetsvillkor. I AD 2013 nr 18 nekades en gravid kvinna löneförhöjning i samband med förväntad föräldraledighet. Skillnaden mellan könen är att kvinnor behöver vara lediga i anslutning till födseln. Det finns därmed lagreglering angående ledighet under graviditetsfasen. Män skulle kunna ta ut föräldraledighet i större utsträckning än vad merparten av männen gör idag. Om män tog ut mer föräldraledighet skulle arbetsgivarens problematik att anställa en kvinna antagligen minska. Hon skulle då inte vara frånvarande i lika stor utsträckning från arbetsplatsen i samband med föräldraledighet. En förklaring till varför männen inte är föräldralediga i lika stor utsträckning är att många familjer antas förlora ekonomiskt på det. Ett syfte med skyddet i 16 § FFL är att föräldralediga inte ska

hamna efter lönemässigt. Om den föräldralediga, som oftast är kvinna, inte följer med i löneutvecklingen kan mönstret fortsätta.

Idag väljer föräldrarna sinsemellan hur de vill dela upp föräldraledigheten, förutom två månader som benämns som pappamånader. Det går att ifrågasätta om det är strukturen eller individen som påverkar att kvinnor tar ut 76 procent av ersatta dagar. För att minska snedfördelningen av föräldraledigheten vill Folkpartiet ha ytterligare en pappamånad¹³⁰. Motståndare mot att staten ska bestämma över föräldraförsäkringen menar att det är upp till individen att bestämma. Om det däremot är så att strukturen bestämmer över individen, menar vi att staten kan bidra till förändring av rådande struktur för att främja jämställdheten. När det gäller uppdelning av föräldraledighet finns det inga enkla svar. Vi menar att båda föräldrarna bör ta del av de kunskaper som föräldraskapet medför till arbetslivet. Arbetsökande/arbetstagare bör framföra de positiva sidorna som föräldraskapet innebär för arbetslivet. Den föräldralediga kan utveckla sin förmåga att planera och förhandla genom erfarenheten att ta hand om barn. Det bör således ligga i arbetsgivarens intresse att ta tillvara på de positiva följderna, istället för att enbart fokusera på problematiken.

Arbetsgivarens ekonomiska argument kan grunda sig på föräldraskapets negativa följder för arbetslivet. Föräldraledigheten pågår dock under en begränsad tid, vilket gör att arbetsgivaren bör kunna planera frånvaro. Arbetsgivaren kan dock inte planera all frånvaro som följer av arbetstagarens föräldraskap. Arbetsgivare kan betrakta frånvaro av sjukt barn som problematiskt. Kvinnor tar i dagsläget ut 65 procent av den. Det kan vara svårt att lagreglera denna frånvaro. Om strukturella mönster ändras kan det även påverka så att pappor i större utsträckning är föräldralediga för vård av sjukt barn. Om kvinnor inte förväntas frånvara mer än män, kan det minska risken för missgynnande och diskriminering av dem i arbetslivet.

4.4.2 Aktiva åtgärder i fokus

Diskrimineringsskyddets styrka ser formellt ut på ett sätt, men kan i verkligheten se ut på ett annat. Utifrån EU:s likabehandlingsperspektiv ska diskrimineringsgrunderna i största mån behandlas likvärdigt. Numhauser-Henning för en diskussion att den formella likabehandlingen inte är tillräcklig, då reella förbättringar för kvinnor får mindre fokus. Fransson framför att fokus har flyttats från att lösa diskriminering på en strukturell nivå till en individbaserad nivå. För att nå jämställdhet i arbetslivet bör aktiva åtgärder vara i fokus i den samlade diskrimineringslagen, inte få minskad betydelse. De aktiva åtgärderna är ett verktyg för att uppnå jämställdhet i arbetslivet.

¹³⁰ Nilsson, P, 2013-09-03, s. 2.

4.5 Slutsats

Det intressanta med diskriminering av gravida är att det behandlar ett område där män och kvinnor inte kan vara jämlika. När det gäller föräldraledighetens uppdelning däremot borde inte skillnaderna mellan könen vara lika stora som de är idag. Arbetsgivare kan ha en föreställning att kvinnor i större utsträckning kommer att vara frånvarande från arbetsplatsen i samband med föräldraskap. Hur arbetsgivaren resonerar grundar sig i en växelverkan mellan erfarenhet och föreställningar om föräldraledighetens uppdelning. Om strukturen förändras och männen tar ut mer föräldraledighet, skulle arbetsgivarens anställningsbeslut troligtvis se annorlunda ut. Då skulle kvinnor antagligen inte bli utsatta för missgynnande och könsdiskriminering på samma sätt som de kan bli idag.

Det är betydelsefullt att rättsreglerna tillmötesgår både arbetssökandes/arbetstagares och arbetsgivares intressen. Kvinnor tillåts att ljuga genom den ”principiella lögnrätten”. Vi anser att det kan leda till att skyddet blir för starkt, eftersom det kan medföra att skyddet motverkar dess syfte och funktion. Istället för att skydda, utgör det ett hinder för kvinnorna i anställningssituationer. Arbetsgivaren kan undvika att anställa kvinnor i fertil ålder av rädsla att inte få korrekt information, vi kan förstå arbetsgivarens problematik. Om uppdelningen av föräldraledigheten varit jämnare mellan könen hade kvinnor inte behövt ljuga om sin graviditet. Arbetsgivarens problematik att anställa kvinnor skulle således kunna minska.

Det finns olika uppfattningar om hur omfattande skyddet ska vara för olika anställningsformer. Om arbetstagaren kommer att frånvara i stor utsträckning från en tidsbegränsad anställning, kan vi förstå att arbetsgivaren ser det problematiskt att skyddet för anställningsformerna är likartat. Tidsbegränsade anställningar är vanligt förekommande idag och ifrån arbetssökande/arbetstagares perspektiv är det dock betydelsefullt att omfattas av skyddet.

Vi anser att det är väsentligt att göra något åt problemen genom förebyggande aktiva åtgärder och inte bara fokusera på förbuden. Det förs en diskussion att de aktiva åtgärderna i DiskrL har försämrats istället för att förbättras. I dagsläget finns inga uttryckliga aktiva åtgärder i FFL. Vi har ett förslag på en aktiv åtgärd som skulle kunna införas i FFL; företag borde utforma en plan för hur de ska hantera arbetstagare i samband med föräldraskap. Planen skulle kunna vara utformad som en del av företags jämställdhetsplan.

Idag står det inte uttryckligen i DiskrL att lagen siktar på att förbättra kvinnors villkor i arbetslivet, såsom det gjorde i tidigare JämL. Vi anser att formuleringen bör återinföras för att komma till rätta med problematiken som kvinnor kan möta i arbetslivet. När det gäller att kombinera föräldraskap med arbetslivet finns det inte ett svar utan flera. Arbetsgivaren bör ta del av de positiva följderna som föräldraskapet innebär för arbetslivet, istället för att fokusera på problematiken. För att komma fram till de bästa lösningarna är det väsentligt att arbetstagare och arbets-

givare samarbetar för att uppnå dem. Det är viktigt att bryta strukturella mönster i arbetslivet och inte enbart fokusera på individen. När lagar förändras är det därmed betydelsefullt att medvetandegöra strukturella mönster. För att således kunna förändra strukturella mönster och inte enbart ta hänsyn till individnivå.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

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

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

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

Europeiska unionen

Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor. Europeiska gemenskapens officiella tidning. 14.2.1976. L 39/40.

Rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa för arbetare som är gravida, nyligen fött barn eller ammar. Europeiska gemenskapens officiella tidning. 28.12.1992. L 348/1.

Europaparlamentet och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet. Europeiska unionens officiella tidning. 26.7.2006. L 204/23.

Tidskrift

Danhard, Erik. (2008). *Juridiken vid rekrytering.* Ny Juridik, nr 3. (34-125).

Gunnars, Lena. (2011). *Fler fälls i AD med digitala bevis.* Lag & Avtal, nr 2.

Gunnars, Lena. (2011). *Gravid spelar in samtal med chef.* Lag & Avtal, nr 4.

Hamskär, Ingemar. (2008). *Kvinnor förlorar på den nya lagen.* Lag & Avtal, nr 4.

Julén, Jenny. (2010/11). *Missgynnande i fråga om ekonomiska förmåner som en nödvändig följd av föräldraledighet.* Juridisk tidskrift. (s.620-640).

Malmberg, Jonas. (2001/2000). *Arbets sökandes upplysningsplikt* Juridisk tidskrift (s.638-647).

Norrby, Ann. (2009). *Gravid skulle fått gått på kurs.* Lag & Avtal, nr 7/8.

- Norrby, Ann. (2010). *Föräldraledighet inte avgörande*. Lag & Avtal, nr 3.
- Peczenik, Aleksander. (2005). *Juridikens allmänna läror*, Svensk Juristtidning. (s. 249–272).
- Sandgren, Claes. (2005). *Är rättsdogmatiken dogmatisk?* Tidsskrift for Rettsvitenskap, nr 04/05. (s.648-656).
- Torp, Elinor. (2008). *Är föräldraledigas bonus gräddfil eller rättvisa?* Lag & Avtal, nr 10.
- Torp, Elinor. (2009). *Föräldralediga var inte diskriminerade*. Lag & Avtal, nr 2.
- Wilhelmsson, Anders. (2013). *LO-jurist: Skräckexempel på hur AD behandlar bevis*. Lag & Avtal, nr 10.

Dagspress

- Nilsson, PM. 2013-09-03. *Dags att kvotera föräldraförsäkringen*. Dagens Industri.

Litteratur

- Christensen, Anna. (2000). *Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser*. . Ann Numhauser-Henning (red.) Perspektiv på likabehandling och diskriminering. Lund: Juristförlaget.
- Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard. (2010). *Diskrimineringslagen: En kommentar*. Stockholm: Nordstedts juridik.
- Fransson, Susanne. (2011). *Jag har en plan – om regelförenkling och lagstiftning*. I Festskrift till Lotta Vahlne Westerhäll. Stockholm: Santéus Förlag.
- Gellner, Lars & Sydolf, Lars. (2005). *Tvistlösning i arbetsrätten: förhandling och process*. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Glavå, Mats. (2011). *Arbetsrätt*, 2 uppl. Lund: Studentlitteratur AB.
- Göransson, Gabinus, Håkan (red.), Slorach, Martina, Flemström, Stefan & del Sante, Naiti. (2011). *Diskrimineringslagen*. 2 uppl. Stockholm: Norstedts juridik.
- Hettne, Jörgen & Otken, Eriksson, Ida (2011) *EU-rättslig metod Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.
- Julén, Jenny. (2000). *Ett välsignat tillstånd? Om diskriminering av gravida arbetssökande*. Ann Numhauser-Henning (red.) Perspektiv på likabehandling och diskriminering. Lund: Juristförlaget.

Julén, Votinius, Jenny. (2007). *Föräldrar i arbete: en könskritisk undersökning av småbarnsföräldrars arbetsrättsliga ställning*. Göteborg: Makadam.

Källström, Kent & Malmberg, Jonas. (2013) *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten*. 3 uppl. Uppsala: Iustus

Lehrberg, Bert. (2010). *Praktisk juridik metod*. 6 uppl. Uppsala: IBA.

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

Numhauser-Henning, Ann (2009). *En samlad diskrimineringslagstiftning*. I Ar-
beid og rett, Festskrift till Henning Jakhellns 70-årsdag, Cappellen akademisk
forlag. Trondheim.

Nyström, Birgitta. (2011). *EU och arbetsrätten*. 4 uppl. Stockholm: Norstedts
juridik.

Roth, Ann-Katrine. (2011). *Jämställdhetsboken: från teori till praktik*. 3 uppl.
Stockholm: Norstedts juridik.

Rönmar, Mia. (2000) *Arbetsgivarens arbetsledningsrätt – från arbetsgivarpre-
rogativ till krav på saklig grund*. Ann Numhauser-Henning (red.) Perspektiv på
likabehandling och diskriminering. Lund: Juristförlaget.

Sandgren, Claes. (2007). *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material,
metod och argumentation*. 2 uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Internetkällor

<http://arbetsratt.juridicum.su.se/> EU & arbetsrätten. Julén, Jenny, 2008 nr 1 *Bris-
tande införlivande i svensk rätt av skyddet för gravida och mammalediga*. Hämtad
2013-12-05 kl. 14.00.

[http://www.arbetsgivarverket.se/nyheter-press/nyhetsbrev/arbetsgivarverket-
informerar/2002/gravid-arbetssookande-konstdiskriminerad-ad-2002-nr-45/](http://www.arbetsgivarverket.se/nyheter-press/nyhetsbrev/arbetsgivarverket-
informerar/2002/gravid-arbetssookande-konstdiskriminerad-ad-2002-nr-45/) Publi-
cerad 2002-04-12. Hämtad 2013-11-23 kl. 15.30.

[http://www.do.se/sv/Press/Pressmeddelanden-och-aktuellt/2013/DO-driver-fler-
arenden-fran-kvinnor/](http://www.do.se/sv/Press/Pressmeddelanden-och-aktuellt/2013/DO-driver-fler-
arenden-fran-kvinnor/) *DO driver fler ärenden från kvinnor*. Publicerad 2013-03-
08. Hämtad 2014-01-16 kl. 11.30.

[http://www.do.se/sv/Press/Pressmeddelanden-och-aktuellt/2013/DO-stammer-
Boras-Stad-for-konstdiskriminering-och-missgynnande-enligt-
foraldraledighetslagen/](http://www.do.se/sv/Press/Pressmeddelanden-och-aktuellt/2013/DO-stammer-
Boras-Stad-for-konstdiskriminering-och-missgynnande-enligt-
foraldraledighetslagen/) *DO stämmer Borås Stad för konstdiskriminering och miss-
gynnande enligt föräldraledighetslagen*. Publicerad 2013-03-12. Hämtad 2014-
01-16 kl.11.20.

www.Forsakringskassan.se 2013. *Förälder: Vänta barn: Gravitetetspenning: Föräldrapenning*. Hämtad 2013-12-05 kl.10.00.

www.Forsakringskassan.se 2013. *Förälder: Vänta barn: Föräldrapenning*. Hämtad 2013-12-05 kl.10.10.

www.forsakringskassan.se/statistik *Barn och familj; föräldrapenning 2012 antal nettodagar med föräldrapenning och tillfällig föräldrapenning för vård av barn efter kommun*. Hämtad 2013-12-09 kl 17.45.

<http://www.scb.se/> SCB:s befolkningsstatistik. Tabell "Sveriges befolkning efter kön och ålder 31 december 2012", med fertil ålder avser vi 16 till 45 år och med förvärvsaktiv ålder avser vi 16 till 65 år. Hämtad 2013-11-20 Kl 11.00.

Rättsfallsförteckning

Sverige

Nytt juridiskt arkiv

NJA 2006 s.170. *Diskriminering vid tillträde till restaurang. Innebörden av regeln om bevisbörda.*

Rättsfall från Arbetsdomstolen

AD 2001 nr 61

AD 2002 nr 45

AD 2009 nr 13

AD 2009 nr 15

AD 2009 nr 45

AD 2010 nr 14

AD 2011 nr 2

AD 2011 nr 22

AD 2011 nr 23

AD 2013 nr 18

AD 2013 nr 74

Europeiska unionen

EU-domstolen

Mål C-177/88 Dekker mot Stichting Vormingcentrum REG 1990 1-3941.

Mål C-207/98 Silke-Karin Mahlburg mot Land Mecklenburg-Vorpommern, REG 2000 1-549.

Mål C-109/00 Tele Danmark A/S mot Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark (HK), REG 2001 1-6993.