



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Therése Ahlberg

# Marknaden som skäl för löneskillnader

*En uppsats om marknadsargumentet i  
lönediskrimineringstvister*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Ann Numhauser-Henning

Termin för examen: VT 2014

# Innehåll

<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>1</b>
<b>SUMMARY</b>	<b>3</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>5</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1 Syfte och frågeställningar	7
1.2 Metod	8
1.3 Disposition	8
1.4 Begränsningar	8
1.5 Löneskillnader idag	9
<b>2 LIKALÖNEPRINCIPEN</b>	<b>11</b>
2.1 Förenta Nationerna	11
2.2 Europarådet	12
2.3 Europeiska Unionen	12
2.3.1 Dubbla syften	13
2.3.2 Lika och likvärdigt arbete	14
2.3.3 Löneskillnad och jämförbar situation	14
2.3.4 Definitionen av lön	15
2.3.5 Direkt och indirekt diskriminering	16
2.3.6 Bevisbörda	16
2.3.7 Objektiva skäl	16
2.3.8 Situationen på arbetsmarknaden	17
<b>3 SVENSKT PERSPEKTIV</b>	<b>19</b>
3.1 Första jämställdhetslagen	19
3.2 Diskrimineringslagen	22
3.2.1 Direkt diskriminering	23
3.2.2 Indirekt diskriminering	24
3.2.3 Lika och likvärdigt arbete	24
3.2.4 Bevisbörda	25
<b>4 RÄTTSFALLSANALYS</b>	<b>27</b>
4.1 AD 2001 nr 13 Barnmorskemålet II	27

4.1.1	Landstinget	28
4.1.2	JämO	29
4.1.3	Arbetsdomstolen	29
4.1.4	Analys	31
<b>4.2</b>	<b>AD 2001 nr 51 Socialkonsulentmålet</b>	<b>32</b>
4.2.1	Staten	32
4.2.2	SACO-S	33
4.2.3	Arbetsdomstolen	34
4.2.4	Analys	34
<b>4.3</b>	<b>AD 2001 nr 76 Intensivvårdssjuksköterskemålet</b>	<b>35</b>
4.3.1	Landstinget	36
4.3.2	JämO	36
4.3.3	Arbetsdomstolen	37
4.3.4	Analys	38
<b>4.4</b>	<b>AD 2013 nr 64 Behandlingssekreterarmålet</b>	<b>39</b>
4.4.1	Behandlingshemmet	39
4.4.2	Vision	40
4.4.3	Arbetsdomstolen	41
4.4.4	Analys	41
<b>4.5</b>	<b>Marknadsargumentet i litteraturen</b>	<b>41</b>
4.5.1	Norberg	42
4.5.2	Björst	45
4.5.3	Svenaesus	46
4.5.4	Calmfors och Richardson	48
<b>5</b>	<b>SLUTSATSER</b>	<b>50</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>52</b>
	Offentligt tryck	52
	Litteratur	53
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>55</b>
	Rättsfall från EU-domstolen	55
	Rättsfall från Arbetsdomstolen	56

# Sammanfattning

Likalöneprincipen innebär rätten till lika lön för kvinnor och män för lika eller likvärdigt arbete. Likalöneprincipen återfinns bl.a. i FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna från 1948 och principen har varit en viktig del av EU-rätten sedan Romfördraget. I uppsatsen redogör jag för hur likalöneprincipen har utvecklats inom unionsrätten och i svensk rätt. Fokus ligger på det s.k. marknadsargumentet där marknaden används för att rättfärdiga löneskillnader och motbevisa presumtion om könsdiskriminering. Uppsatsen syftar till att titta på hur marknadsargumentet används i Arbetsdomstolens praxis. Syftet är också att undersöka om Arbetsdomstolens behandling av marknadsargumentet är förenligt med den unionsrättsliga likalöneprincipen. Den unionsrättsliga likalöneprincipen återfinns i artikel 157 FEUF.

## **Artikel 157** (f.d. artikel 141 FEG)

*Varje medlemsstat ska säkerställa att principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas.*

Genom EU-domstolens praxis har likalöneprincipen utsträckts till att inte bara gälla arbeten som betraktas som lika utan även likvärdiga arbeten omfattas. I diskrimineringsmål används en särskild bevisbörderegeln. I svensk rätt återfinns i 6 kap. 3 § DiskL en presumptionsregel som grundar sig i EU-rätten. Syftet med regeln är att ge käranden en bevislättning. Presumptionsregeln innebär att om käranden visar på omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad så infinner sig en presumtion om diskriminering och bevisbördan övergår på svaranden att visa att diskriminering inte har förekommit.

Målet *Bilka-Kaufhaus* har gett upphov till det s.k. *Bilkatestet* som används vid indirekt diskriminering för att pröva svarandens motbevisning. Svaranden måste visa att löneskillnaden beror på objektiva godtagbara skäl, som i sig inte är könsdiskriminerande och som motsvarar ett verkligt behov samt att det är nödvändigt och adekvat.

Utifrån en analys av fyra rättsfall från Arbetsdomstolen kommer jag fram till att marknadsargumentet i svensk praxis ibland innebär en hänvisning till en större alternativ arbetsmarknad där det betalas högre löner och ibland innebär marknadsargumentet att särskild kunskap och/eller erfarenhet som arbetsgivaren är i behov av kan motivera löneskillnader. Det senare gäller särskilt i nyanställningssituationer. Detta har accepterats av Arbetsdomstolen. EU-domstolen har också i *Enderbymålet* uttalat att situationen på arbetsmarknaden kan vara ett objektiva skäl.

Med utgångspunkt i litteraturen och rättsfallsanalysen finner jag att svensk praxis inte gör hela *Bilkatestet* när man prövar marknadsargumentet. Marknaden accepteras som ett objektiva godtagbart skäl men frågan om

marknaden i sig är könsdiskriminerande ställs inte. Jag menar att frågan som Arbetsdomstolen glömmer att ställa är; *är marknadskrafterna, så som de tar sig uttryck i det aktuella fallet, könsdiskriminerande?*

# Summary

The equal pay principle can be found in several international conventions, such as in the United Nations Universal Declaration of Human Rights as well as in The Treaty on the Functioning of the European Union. The main focus of this essay is to look in to the equal pay principle and how it has developed within the European Union as well as in Sweden. The main focus is on the *market factor* as it is used as a way to justify wage discrimination.

The market factor has been used in the Swedish Labour Court in four cases during the time period 2001-2013. I wanted to look into what the market factor meant in the case law of the Swedish Labour Court and if it was compatible to the equal pay principle within the community law.

To do this I look in to the development of the equal pay principle as well as into the four cases from the Swedish Labour Court. The equal pay principle has developed through the case law of the European Court of Justice and does not anymore apply only to equal work but also to work of equal value. The burden of proof in discrimination cases can be found in Swedish law in the 6 chapter 3 § in the Discrimination Act and is based on the recast directive from 2006 (and before that on the directive on the burden of proof in cases of discrimination based on sex) where it is stated in article 19 that:

*“persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them establish, before a court or other competent authority, facts from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment”.*

The *Bilka test* derives from the *Bilka-Kaufhaus* case and can be used in cases of indirect discrimination to test the respondent’s justifications. The respondent has to show that there is an objectively justified ground for the wage difference and that it responds to a real need and is adequate and necessary. The objectively justified ground has to be non-discriminatory in itself.

From the analysis of the four Labour Court cases I concluded that the market factor in Swedish case law sometimes means a bigger alternative labour market where the wages are higher and sometimes the market factor means that the employers need of employees with a certain knowledge or experience can justify wage differences, especially in cases where the employer is hiring. Both the Swedish Labour Court and the European Court of Justice have found that the market factor can be an objectively justified ground. In the European Court of Justice this can be seen in the Enderby case.

I do however find that Swedish case law does not apply the entire *Bilka test*. The market factor is accepted as an objectively justified ground but the question about the market being non-discriminatory in itself is not asked. I therefore mean that the Swedish Labour court in cases of sex discrimination where the market factor is presented needs to ask the question *is the market factor, in this case, in itself discriminatory?*

# Förord

För snart 5,5 år sedan började jag studera på juristprogrammet i Lund och nu är det bara ett par dagar kvar tills jag är färdig. Det har varit 5,5 tuffa år och det har varit 5,5 roliga år. De har bjudit på mer tentaångest än jag någonsin trodde att jag kunde hantera men har också gett mig oförglömliga stunder. Inte minst har juristprogrammet bjudit på en fantastiskt spännande utbytestermin i Australien som jag sent ska glömma.

Det hade varit svårt att ta sig igenom hela vägen fram till examen om det inte vore för Jenny, Alexandra och Diana. Till er skickar jag tusen tack för alla fikastunder i cafeterian och allt stöd som jag har fått från er.

På hemmafronten har jag alltid haft en trygghet i att mamma, pappa och Sander hejar på mig. Stort, ovärderligt stöd har jag också fått från Peter.

Tack!

*Therése Ahlberg,*

Lund i maj 2014.



# Förkortningar

DiskL

DO

EU

FN

ILO

JämO

LAS

LO

MBL

RF

SAF

Diskrimineringslagen

Diskrimineringsombudsmannen

Europeiska Unionen

Förenta Nationerna

International Labour Organization

Jämställdhetsombudsmannen

Lagen om anställningsskydd

Landsorganisationen

Lagen om medbestämmande i  
arbetslivet

Regeringsformen

Svensk Arbetsgivareförening

# 1 Inledning

1960 ingick LO och SAF avtal om att slopa de särskilda kvinnolönetarifferna i kollektivavtalen. Det hade föregåtts av en lång diskussion om rätten till lika lön för lika arbete. I Sverige kom den första jämställdhetslagen först 1979 men principen om lika lön för lika arbete går längre tillbaka än så.<sup>1</sup>

Idag återfinns vi i diskrimineringslagen (2008:567) förbud mot diskriminering på flera olika grunder, däribland kön. Förbudet innebär att det är förbjudet att missgynna en arbetstagare på grund av kön, t.ex. genom att ge en kvinna lägre lön än en man när de utför lika eller likvärdigt arbete.

Särskilda kvinnolöner i kollektivavtal är inte längre accepterat. Trots detta syns en tydlig skillnad i lönestatistiken. Kvinnor tjänar i genomsnitt 86,1 procent av vad män tjänar, om man ser till hela den svenska arbetsmarknaden. Om kvinnors och mäns löner istället jämförs yrkesvis så kan man se att kvinnor i genomsnitt tjänar 95 procent av vad män tjänar. Den mest avgörande faktorn är yrkesvalet. Kvinnor arbetar i större utsträckning än män inom yrken med låga löner. Man kan också se det som att arbeten som i stor utsträckning utförs av kvinnor generellt sett värderas lägre än arbeten som i stor utsträckning utförs av män.<sup>2</sup>

I diskrimineringsmål åligger det käranden att visa på omständigheter som gör det antagligt att diskriminering förelegat. I mål om lönediskriminering räcker det inledningsvis med att visa på en faktisk löneskillnad mellan käranden och en annan arbetstagare av motsatt kön som utför lika eller likvärdigt arbete. Lönediskrimineringsmål är typiskt konstruerade som så att käranden visar på en löneskillnad och att arbetena är lika eller likvärdiga. Kan käranden visa detta infinner sig en presumtion om könsdiskriminering och svaranden ska visa att löneskillnaden beror på sakliga skäl och inte på arbetstagarnas kön.<sup>3</sup> I ett antal domar från Arbetsdomstolen har arbetsgivaren hävdats att marknaden påverkat lönesättningen och bidragit till att manliga arbetstagare givits en högre lön än kvinnliga arbetstagare. Argumentet, som också kallas marknadsargumentet har godtagits som sakligt skäl.

## 1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med den här uppsatsen är undersöka på vilket sätt marknadsargumentet används i Arbetsdomstolens praxis. Syftet är också att

---

<sup>1</sup>SOU 1997:136 *Kvinnors och mäns löner – varför så olika?* s. 39.

<sup>2</sup> *Avtalsrörelsen och lönebildningen*, Medlingsinstitutets årsrapport 2013, s. 158.

<sup>3</sup> Kent Källström och Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet*, Uppsala 2013, s. 92-93.

undersöka om Arbetsdomstolens behandling av marknadsargumentet är förenligt med den unionsrättsliga likalöneprincipen.

För att göra detta använder jag mig av följande frågeställningar.

- Hur används marknadsargumentet i Arbetsdomstolens praxis?
- Är sättet som marknadsargumentet används på i Arbetsdomstolens praxis förenligt med den unionsrättsliga likalöneprincipen?

## 1.2 Metod

Tanken är att undersöka gällande rätt och vad den innebär och därför har jag valt att använda mig av rättsdogmatisk metod. Den rättsdogmatiska metodens uppgift är att tolka och systematisera gällande rätt. För att göra detta används ofta rättskällevärdet som utgångspunkt för vad som skall, bör och får beaktas. Lagar, andra föreskrifter och fasta sedvanerättsliga regler skall beaktas. Prejudikat och förarbeten bör beaktas. Bland de källor som får beaktas kan nämnas olika institutionella rekommendationer, domar, myndigheters beslut, den rättsvetenskapliga litteraturen och utländsk rätt.<sup>4</sup>

För att besvara frågeställningarna använder jag mig av svenska och EU-rättsliga rättskällor. Den unionsrättsliga rättskällevärdet skiljer sig åt från den svenska. Den främsta rättskällan är primärrätten, till vilken de grundläggande fördragen med ändringar och tilläggsfördrag räknas. Sekundärrätten innefattar bl.a. förordningar och direktiv. EU-domstolens praxis är också bindande och har en central ställning i unionsrätten.<sup>5</sup>

## 1.3 Disposition

Uppsatsens första del behandlar likalöneprincipen och dess innebörd och utveckling inom unionsrätten och det uttryck den tagit i den svenska rätten. Detta följs av en rättsfallsanalys där jag analyserar och diskuterar fyra rättsfall från Arbetsdomstolen där marknadsargumentet använts för att motivera löneskillnader. Uppsatsen avslutas med en sammanfattande diskussion kring hur marknadsargumentet används, dess innebörd samt dess förenlighet med den unionsrättsliga likalöneprincipen.

## 1.4 Begränsningar

Det är oundvikligt att vid en diskussion om lönediskriminering komma in på diskussionen om arbetsmarknaden som en marknad med utbud och efterfrågan. Då jag inte är ekonomiskt skolad har jag valt att inte fördjupa mig i de ekonomiska teorier som finns om arbetsmarknaden och

---

<sup>4</sup> Aleksander Peczenik, *Juridikens teori och metod*, Stockholm, 1995, s. 33-35.

<sup>5</sup> Ulf Bernitz och Anders Kjellgren, *Europarättens grunder*, Stockholm, 2010, s.28.

lönediskriminering. För den som är intresserad av ett juridiskt perspektiv på detta kan rekommenderas t.ex. Per Norbergs *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*<sup>6</sup>, i vilken bl.a. effektivitetslöneteorin i relation till lönediskriminering beskrivs.

## 1.5 Löneskillnader idag

När det kommer till jämställdhet framhålls Sverige ofta som ett föregångsland där löneskillnaderna mellan kvinnor och män är låga och stadigt minskande. Ser man till hela EU är kvinnors genomsnittliga lön 16,4 procent lägre än mäns genomsnittliga lön. Man kan också uttrycka det som att kvinnor tjänar 83,6 procent av vad män tjänar. Minst lönegap hittar man i Slovenien med 2,5 procent och störst lönegap återfinns i Estland med 30 procent.<sup>7</sup>

Medlingsinstitutet är den svenska myndighet som ska verka för en välfungerande lönebildning, medla i arbetstvister samt ansvara för den officiella lönestatistiken. I Medlingsinstitutets årsrapport för 2013 redovisas den genomsnittliga löneskillnaden mellan kvinnor och män i Sverige för 2012 att uppgå till 13,9 procent, dvs. svenska kvinnors lön är i genomsnitt 86,1 procent av svenska mäns lön. De siffrorna får man fram om man ser till hela arbetsmarknaden och inte tar hänsyn till andra faktorer än lön och kön. Med hjälp av standardavvägning och regressionsanalys kan man ta hänsyn till andra faktorer som t.ex. ålder, yrke, bransch och arbetstid. Standardavvägning innebär att man kan se hur löneskillnaden skulle blivit om det inte fanns olikheter mellan jämförelsepersonerna gällande t.ex. ålder, yrke, arbetstid m.m. På så vis kan man korrigera för t.ex. att kvinnor i större utsträckning än män arbetar deltid vilket påverkar löneskillnaden mellan grupperna. Regressionsanalys kan användas för att mer detaljerat och mer ingående titta på samband mellan kön och lön i relation till de andra faktorerna.<sup>8</sup>

Den genomsnittliga löneskillnaden mellan kvinnor och män efter standardavvägning var 2012 6,1 procent och efter regressionsanalys 5 procent.<sup>9</sup> Den löneskillnad som kvarstår efter standardavvägning eller regressionsanalys kallas ofta för den oförklarade löneskillnaden.<sup>10</sup> Oförklarad löneskillnad innebär att man inte kunnat förklara skillnaden med de faktorer som man tagit hänsyn till. Det är lätt att hoppa till slutsatsen att den oförklarade löneskillnaden är ett uttryck för diskriminering men det

---

<sup>6</sup> Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007.

<sup>7</sup> Eurostat, Gender pay gap statistics.

[http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics\\_explained/index.php/Gender\\_pay\\_gap\\_statistics](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Gender_pay_gap_statistics)  
16 mars 2014.

<sup>8</sup> *Avtalsrörelsen och lönebildningen*, Medlingsinstitutets årsrapport 2013, s 158.

<sup>9</sup> *Avtalsrörelsen och lönebildningen*, Medlingsinstitutets årsrapport 2013, s 158.

<sup>10</sup> *Avtalsrörelsen och lönebildningen*, Medlingsinstitutets årsrapport 2013, s 160.

enda man egentligen kan säga är att det inte går att förklara löneskillnaden statistiskt utifrån de faktorer som ingått i standardavvägningen eller regressionsanalysen.<sup>11</sup>

Sett över perioden 2005-2012 har löneskillnaden mellan kvinnor och män minskat i genomsnitt för samtliga sektorer med 0,7 procentenheter efter standardavvägning. Inom den privata sektorn kan man se den största förändringen bland arbetare där den genomsnittliga löneskillnaden minskat med 1,9 procentenheter. Inom den offentliga sektorn är det staten som står för den största förändringen med en minskning på 1,8 procentenheter. Det skall dock påpekas att när man gör jämförelser över tid på det här viset så måste man ta med i beräkningen att det kan finnas faktorer som har påverkat hur mätningarna går till som har förändrats under perioden, t.ex. att man gjort justeringar i urvalet av företag.<sup>12</sup>

Om man tittar på vilka faktorer som påverkar löneskillnaden mellan kvinnor och män och i vilken utsträckning varje faktor gör det så ser man att skillnader i ålder, utbildning, sektor, branschtillhörighet, företagsstorlek och tjänstgöringsomfattning tillsammans förklarar 26 procent av löneskillnaden. Yrke som faktor står för 30 procent av den genomsnittliga löneskillnaden.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> *Avtalsrörelsen och lönebildningen*, Medlingsinstitutets årsrapport 2013, s 160.

<sup>12</sup> *Avtalsrörelsen och lönebildningen*, Medlingsinstitutets årsrapport 2013, s 163.

<sup>13</sup> *Avtalsrörelsen och lönebildningen*, Medlingsinstitutets årsrapport 2013, s 170.

## 2 Likalöneprincipen

Kvinnors och mäns rätt till lika lön för lika arbete, likalöneprincipen, återfinns i flera internationella konventioner som Sverige har ratificerat och i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).<sup>14</sup> Syftet med det här kapitlet är att ge en överblick över några av de internationella konventioner som Sverige har ratificerat som innehåller en likalöneprincip samt den unionsrättsliga likalöneprincipen och hur den har utvecklats.

### 2.1 Förenta Nationerna

Likalöneprincipen återfinns i flera av Förenta Nationernas (FN) konventioner. Bl.a. i FNs förklaring om mänskliga rättigheter från 1948 där det i artikel 23 kan utläsas följande.

#### *Artikel 23*

*1. Var och en har rätt till arbete, fritt val av sysselsättning, rättvisa och tillfredsställande arbetsförhållanden samt till skydd mot arbetslöshet.*

*2. Var och en har utan diskriminering rätt till lika lön för lika arbete.*<sup>15</sup>

Som en underorganisation till FN ingår också *International Labour Organization (ILO)*. I ILO konvention 100 angående lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde återfinns också likalöneprincipen. Konventionen antogs 1951 och Sverige ratificerade den 1962.<sup>16</sup>

Likalöneprincipen återfinns också i FNs konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor från 1979.<sup>17</sup> Sverige ratificerade konventionen samma år.<sup>18</sup>

#### *Article 11*

*1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of employment in order to ensure, on a basis of equality of men and women, the same rights, in particular:*  
/.../

*(d) The right to equal remuneration, including benefits, and to equal treatment in respect of work of equal value, as well as equality of treatment in the evaluation of the quality of work.*<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Fördrag C 326 av den 26 oktober 2012 om Europeiska unionens funktionssätt.

<sup>15</sup> Förenta Nationernas förklaring om mänskliga rättigheter 1948, artikel 23.

<sup>16</sup> Prop. 1962 nr 70 s. 4.

<sup>17</sup> Förenta Nationernas konvention om avskaffandet av all diskriminering av kvinnor, 1979

<sup>18</sup> Susanne Fransson, *Lönediskriminering*, Uppsala, 2000, s. 171.

<sup>19</sup> Förenta Nationernas konvention om avskaffandet av all diskriminering av kvinnor, 1979, artikel 11 (1) d.

## 2.2 Europarådet

Sverige är sedan 1949 en del i Europarådet.<sup>20</sup> Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) antogs 1950 och ratificerades av Sverige 1952. Sedan 1995 är konventionen gällande lag i Sverige. I artikel 14 om förbud mot diskriminering kan utläsas att konventionens fri- och rättigheter ska säkerställas utan någon åtskillnad på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt. Europarådets sociala stadga från 1961 är också gällande svensk rätt.<sup>21</sup> Stadgan antogs 1961 och Sverige ratificerade den 1962.<sup>22</sup> I artikel 4:3 uttrycks likalöneprincipen.

### *Article 4*

*With a view to ensuring the effective exercise of the right to a fair remuneration, the Parties undertake:*

*/.../*

*3. to recognise the right of men and women workers to equal pay for work of equal value.*<sup>23</sup>

## 2.3 Europeiska Unionen

Av artikel 8 FEUF framgår att unionen i all sin verksamhet ska arbeta för att undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män och främja jämställdhet. Unionen ska också motverka all form av diskriminering pga. kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder och sexuell läggning<sup>24</sup> och all diskriminering pga. nationalitet är förbjuden.<sup>25</sup> Som ett led i att undanröja bristande jämställdhet ingår likalöneprincipen och återfinns i artikel 157 FEUF.

### *Artikel 157 (f.d. artikel 141 FEG)*

*1. Varje medlemsstat ska säkerställa att principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas.*<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> Prop. 1949:214.

<sup>21</sup> Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

<sup>22</sup> Prop. 1962:175.

<sup>23</sup> Europarådets sociala stadga artikel 4.3, SÖ 1998:35.

<sup>24</sup> Artikel 10 FEUF.

<sup>25</sup> Artikel 18 FEUF.

<sup>26</sup> Artikel 157 FEUF.

Inom unionsrätten återfinns likalöneprincipen för första gången 1957 i Romfördragets artikel 119.<sup>27</sup> Det ursprungliga syftet inom unionsrätten var inte enbart att undanröja bristande jämställdhet utan det fanns också ett ekonomiskt syfte bakom. Frankrike, som var drivande i frågan, hade redan en likalöneprincip och oroade sig för att det skulle innebära en konkurrensmässig nackdel för franska företag på den gemensamma marknaden om man inte införde en sådan princip. Man oroade sig för att det skulle bli svårare för franska företag att konkurrera mot företag i andra länder som då kunde använda sig av billigare, kvinnliga arbetstagare. Ett syfte med införandet av artikeln var således att bidra till en fungerande konkurrens inom unionen.<sup>28</sup>

### 2.3.1 Dubbla syften

Likalöneprincipen har också ett socialt syfte och i målet *Defrenne II*<sup>29</sup> förtydligades likalöneprincipens dubbla syften. I målet ansåg sig en belgisk flygvärdinna diskriminerad av sin arbetsgivare sedan hon fått lägre lön än en manlig steward. Det var i målet ostridigt att flygvärdinnan och stewarden utförde samma arbetsuppgifter. Domstolen konstaterade att artikeln har dubbla syften och det ena syftet är att främja likabehandling och att motverka könsdiskriminering som en del av unionens sociala mål. Det andra syftet är ekonomiskt och innebär att principen är en del i målet att bidra till en fungerande konkurrens på den gemensamma marknaden. I samma mål tydliggjordes också att likalöneprincipen har både vertikal och horisontell direkt effekt och således kan åberopas av enskilda direkt inför en nationell domstol.<sup>30</sup>

Domstolen uttalade i *Defrenne III*,<sup>31</sup> ett senare mål mellan samma parter, att avskaffandet av könsdiskriminering omfattas av respekten för de grundläggande mänskliga rättigheterna och det är en del av gemenskapsrättens allmänna principer. I *Deutsche Post*<sup>32</sup> belyste domstolen igen att det är en grundläggande rättighet att inte bli diskriminerad pga. sitt kön och förklarade sedan det ekonomiska syftet med likalöneprincipen vara sekundärt till det sociala syftet.<sup>33</sup>

---

<sup>27</sup> Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen av den 25 mars 1957.

<sup>28</sup> Catherine Barnard, *EC Employment law*, Oxford, 2006, s. 298.

<sup>29</sup> C-43/75 *Defrenne II* mot Sabena REG 1976 455.

<sup>30</sup> C-43/75 *Defrenne II* mot Sabena REG 1976 455.

<sup>31</sup> C-149/77 *Defrenne III* mot Sabena REG 1978 1365.

<sup>32</sup> Förenade målen C-270/97 och 271/97 *Deutsche Post* mot Sievers and Schrage 2000 I-929.

<sup>33</sup> Förenade målen C-270/97 och 271/97 *Deutsche Post* mot Sievers and Schrage 2000 I-929.



## 2.3.2 Lika och likvärdigt arbete

Romfördragets likalöneprincip följdes av flera direktiv under 1970-talet. Bland annat likalönedirektivet<sup>34</sup> från 1975 där det i artikel 1 kan utläsas ett förtydligande i form av att: ”[p]rincipen om lika lön för kvinnor och män som skisserats i artikel 119 i fördraget /.../ innebär att för lika arbete eller för arbete som tillerkänns lika värde all diskriminering på grund av kön skall avskaffas vid alla former och villkor för ersättningen.”<sup>35</sup>

Ytterligare direktiv och handlingsprogram med syfte att minska löneskillnaderna mellan män och kvinnor kom under 1970-talet. 2006 samlades flera av direktiven<sup>36</sup> till ett recastdirektiv<sup>37</sup>, som nu utgör en konsoliderad version av de tidigare direktiven och EU-domstolens praxis på området. Direktivet samlar flera tidigare direktiv samt domstolens praxis på området lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet på tre områden; tillträde till anställning, inklusive befordran, och yrkesutbildning, arbetsvillkor, inklusive lön, samt företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet.<sup>38</sup> I ingressen till direktivet slår man fast att likalöneprincipen är en viktig aspekt av likabehandlingsprincipen och en oundgänglig del av unionens regelverk mot könsdiskriminering.<sup>39</sup>

## 2.3.3 Löneskillnad och jämförbar situation

För att den unionsrättsliga likalöneprincipen ska vara tillämplig förutsätts att det finns en löneskillnad mellan den som anser sig vara förfördelad och en jämförelseperson av motsatt kön som utför lika eller likvärdigt arbete. För att bedöma om två arbetstagare utför likvärdiga arbeten tittar man på om arbetstagarna befunnit sig i en jämförbar situation. I recastdirektivet förtydligas att det vid bedömning av huruvida arbetstagare utför lika eller likvärdigt arbete bör göras en bedömning av bl.a. arbetets art, utbildning och arbetsvillkor och att det utifrån det sedan kan avgöras om arbetstagarna befunnit sig i jämförbara situationer.<sup>40</sup>

---

<sup>34</sup> Rådets direktiv 1975/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män.

<sup>35</sup> Likalönedirektivet artikel 1.

<sup>36</sup> Bland annat likalönedirektivet, Rådets direktiv 1986/378/EEG av den 24 juli 1986 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet (likabehandlingsdirektivet), och Rådets direktiv 1997/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörd vid mål om könsdiskriminering (bevisbördedirektivet).

<sup>37</sup> Europaparlamentets 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 (recastdirektivet).

<sup>38</sup> Recastdirektivet artikel 1.

<sup>39</sup> Recastdirektivet ingressen (8).

<sup>40</sup> Recastdirektivet ingressen (9).

För att likalöneprincipen ska vara tillämplig förutsätts att arbetstagarna är anställda av samma arbetsgivare. Det slog domstolen fast i *Allonbymålet*.<sup>41</sup> I målet hade en kvinnlig lärare blivit uppsagd från skolan hon arbetade på och därefter hade hon fått anställning hos ett bemanningsföretag som placerade henne på samma skola som hon tidigare arbetat på. Hon fick då lägre lön än en manlig lärare som fortfarande var anställd direkt av skolan. Domstolen slog fast att kvinnan inte med framgång kunde väcka talan mot sin nya arbetsgivare för lönediskriminering. Arbetstagaren och jämförelsepersonen måste arbeta inom samma verksamhet för att likalöneprincipen ska kunna åberopas.<sup>42</sup>

I *Wiener Gebietskrankenkasse*<sup>43</sup> ställdes frågan till domstolen om det är lika arbete i likalöneprincipens mening när samma arbetsuppgifter utförs av arbetstagare med olika utbildningsbakgrund. I målet gällde det psykologer och läkare som arbetade som psykoterapeuter. Psykologerna hade lägre lön än läkarna. Psykologgruppen bestod till övervägande del av kvinnor och läkargruppen till övervägande del av män. Domstolen slog fast att vid en bedömning av om arbetena kan anses vara lika ska man se till faktorer som arbetets natur, jämförelsepersonernas utbildning för att utföra arbetet samt arbetsförhållanden. Eftersom psykologerna och läkarna genomgått olika utbildningar och därmed hade olika behörighet menade domstolen att det arbete de utförde som psykoterapeuter inte var lika.<sup>44</sup>

### 2.3.4 Definitionen av lön

Domstolen har i en rad rättsfall givit lön en vid innebörd i relation till likalöneprincipen. Olika former av pension har av domstolen räknats in i begreppet lön. I *Barbermålet*<sup>45</sup> ställdes frågan till domstolen om förmåner som en arbetstagare får till följd av uppsägning omfattas av likalöneprincipen. I målet ansåg sig en manlig arbetstagare, Barber, missgynnad då det pensionssystem som han, till följd av sin anställning, tillhörde gav rätt till pension från 55 års ålder för män och från 50 års ålder för kvinnor. Barber sades upp vid 52 års ålder vilket medförde att en kvinna i samma situation hade varit berättigad till pension medan Barber inte var det. Domstolen slog fast i sin dom att begreppet lön innefattar ”alla förmåner, aktuella eller framtida, i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren direkt eller indirekt får från arbetsgivaren”<sup>46</sup> och även då

---

<sup>41</sup> C-256/01 Allonby mot Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services REG 2004 I-00873.

<sup>42</sup> C-256/01 Allonby mot Accrington & Rossendale College, Education Lecturing Services REG 2004 I-00873.

<sup>43</sup> C-309/97 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse REG 1999 I-02865.

<sup>44</sup> C-309/97 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse REG 1999 I-02865.

<sup>45</sup> C-262/88 Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group. REG 1990 I-01889.

<sup>46</sup> C-262/88 Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group. REG 1990 I-01889, stycke 12.

förmånen betalas ut efter det att anställningsförhållandet har upphört. Detta uttrycks nu även i artikel 157.2 FEUF där det står:

*”I denna artikel ska med ”lön” förstås den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen.”<sup>47</sup>*

### 2.3.5 Direkt och indirekt diskriminering

Likalöneprincipen tar sikte på både direkt och indirekt diskriminering. Med direkt diskriminering förstås handling som direkt missgynnar personer av ettdera könet. I recastdirektivet definieras direkt diskriminering som när en person på grund av kön behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation.<sup>48</sup>

Med indirekt diskriminering förstås att någon missgynnas genom en tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som i praktiken missgynnar personer av det ena könet. Sådana bestämmelser, kriterier eller förfaringsätt kan vara tillåtna om det kan anses finnas ett berättigat syfte och de medel som används är lämpliga och nödvändiga för att uppnå det samma.<sup>49</sup>

### 2.3.6 Bevisbörda

I mål om diskriminering åligger det käranden att visa på omständigheter som gör det antagligt att diskriminering förelegat. Bevisbördan går då över på svaranden att visa att diskriminering inte skett. När det gäller direkt diskriminering i lönediskrimineringsmål har arbetsgivaren att visa att löneskillnaden inte har samband med arbetstagarnas kön. I mål om indirekt diskriminering kan arbetsgivaren genom att visa på sakliga skäl som bidrar till löneskillnaden bryta presumtionen. Skälen ska motsvara ett verkligt behov hos arbetsgivaren och det ska vara nödvändigt och relevant och inte i sig vara könsdiskriminerande.<sup>50</sup>

### 2.3.7 Objektiva skäl

I *Bilka-Kaufhaus*<sup>51</sup> ställdes frågan om ett pensionssystem som innebar att deltidsanställda inte omfattades av systemet utan enbart heltidsarbetande kunde strida mot likalöneprincipen eftersom en stor del av de deltidsarbetande var kvinnor. Domstolen klargjorde att det kunde vara ett

---

<sup>47</sup> 157.2 FEUF.

<sup>48</sup> Recastdirektivet artikel 2 (a).

<sup>49</sup> Recastdirektivet artikel 2 (b).

<sup>50</sup> Recastdirektivet artikel 19.

<sup>51</sup> C-170/84 *Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz* REG 1986 1607.

objektivt ekonomiskt motiverat skäl att en arbetsgivare önskade uppmuntra till heltidsarbete genom att ge heltidsanställda bättre förmåner i form av t.ex. lön. För att en sådan invändning från arbetsgivarens sida ska kunna godtas måste arbetsgivaren visa att det finns objektivt grundade skäl som i sig inte är könsdiskriminerande samt att medlen är nödvändiga och relevanta för att uppnå det eftersträlvade resultatet och motsvarar verkliga behov hos arbetsgivaren. Genom *Bilka-Kaufhaus* förtydligade domstolen möjligheten för arbetsgivare att rättfärdiga löneskillnader genom att visa på sakliga skäl som bottnar i verkliga behov. Målet har gett upphov till begreppet *Bilkatestet* vilket innebär just att göra en bedömning gällande om det finns objektivt godtagbara skäl, som i sig inte är könsdiskriminerande samt motsvarar ett hos arbetsgivaren verkligt behov som också är nödvändigt och adekvat.<sup>52</sup>

### 2.3.8 Situationen på arbetsmarknaden

*Enderbymålet*<sup>53</sup> är ett EU-rättsfall som är särskilt intressant när man tittar på likalöneprincipen och hur marknadsargumentet används. I målet menade en kvinnlig talpedagog att hon blivit lönediskriminerad. Hon jämförde sin lön med en psykologs och en farmaceuts och menade att yrkena var likvärdiga. Yrkeskategorin talpedagoger bestod i huvudsak av kvinnliga arbetstagare och yrkeskategorierna psykologer och farmaceuter bestod i huvudsak av manliga arbetstagare.

Den nationella domstolen ställde tre frågor till EU-domstolen. Den första frågan gällde huruvida likalöneprincipen innebär att en arbetsgivare är skyldig att visa att en löneskillnad mellan två likvärdiga befattningar, där den ena befattningen till stor del innehas av kvinnor och den andra befattningen till stor del innehas av män, beror på objektiva skäl. Domstolen kom fram till att då det föreligger en tydlig diskriminering åligger det arbetsgivaren att visa att det finns objektiva skäl för löneskillnaden.<sup>54</sup>

Den andra frågan gällde huruvida en arbetsgivare med framgång kan hänvisa till att en löneskillnad mellan två olika befattningar hänför sig till att lönerna baseras på olika kollektivavtal som i sig inte är könsdiskriminerande. Domstolen påpekade här att om det skulle räcka för en arbetsgivare att kunna hänvisa till att lönerna har sitt ursprung i olika kollektivavtal, vilka förhandlats fram vid separata förhandlingar, så skulle arbetsgivaren mycket enkelt kunna kringgå likalöneprincipen genom att föra separata kollektivavtalsförhandlingar. Domstolen kom fram till att det inte

---

<sup>52</sup> C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz REG 1986 1607.

<sup>53</sup> C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health REG 1993 I-05535.

<sup>54</sup> C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health REG 1993 I-05535.

är tillräckligt att hänvisa till kollektivavtalsbakgrunden för att motbevisa ett påstående om lönediskriminering.<sup>55</sup>

I den tredje frågan undrade den nationella domstolen om det faktum att en del av löneskillnaden beror på att det inom en av befattningarna råder brist på sökande, och arbetsgivaren använder en högre lön för att locka till sig sökande, kan vara ett objektivt skäl. Domstolen hänvisade till tidigare praxis i form av *Bilka-Kaufhaus* och det danska målet *Danfoss*<sup>56</sup> och meddelade att det åligger de nationella domstolarna att bedöma de faktiska omständigheterna och avgöra om de skäl som en arbetsgivare anför som förklaring till löneskillnader är objektivt grundade ekonomiska skäl. Som exempel på sådana objektivt grundade ekonomiska skäl nämnde domstolen arbetstagarnas flexibilitet och förmåga till att anpassa sig till olika arbetstider och arbetsplatser, arbetstagarnas yrkesutbildning samt hur länge de varit anställda. Domstolen klargjorde också att ”situationen på arbetsmarknaden”<sup>57</sup> kan vara ett objektivt grundat ekonomiskt skäl men att det åligger de nationella domstolarna att närmare bestämma betydelsen av situationen på arbetsmarknaden som faktor.<sup>58</sup>

I *Royal Copenhagen*<sup>59</sup> ställdes bl.a. frågan till domstolen om likalöneprincipen är tillämplig på löner som grundar sig i kollektivavtal. Domstolen klargjorde att omständigheten att lönerna bestämts i kollektivavtal kan vara en del i bedömningen om löneskillnaderna beror på objektiva faktorer som inte i sig är könsdiskriminerande.<sup>60</sup>

---

<sup>55</sup> C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health REG 1993 I-05535.

<sup>56</sup> C-109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsgiverforening REG 1989 3199.

<sup>57</sup> C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health REG 1993 I-05535, stycke 26.

<sup>58</sup> C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health REG 1993 I-05535.

<sup>59</sup> C-400/93 Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri REG 1995 I-01275.

<sup>60</sup> C-400/93 Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri REG 1995 I-01275 stycke 45-46.

## 3 Svenskt perspektiv

För svensk del återfinns de grundläggande fri- och rättigheterna, inklusive rätten till likabehandling, i regeringsformen (RF).<sup>61</sup> I 1 kap. 2 § RF framgår att all offentlig makt ska utövas med respekt för människors lika värde. Det allmänna ska också verka för alla människors delaktighet och jämlikhet i samhället och främja etniska, språkliga och religiösa minoriteters samt samiska folkets möjligheter att behålla och utveckla sitt kultur- och samfundsliv. Vidare skall det allmänna motverka diskriminering pga. kön, hudfärg, nationellt eller etniskt ursprung, språklig eller religiös tillhörighet, funktionshinder, sexuell läggning, ålder och andra omständigheter.<sup>62</sup> I 2 kap. 13 § RF kan utläsas att lag eller annan föreskrift inte får innebära att någon missgynnas på grund av sitt kön, såvida inte föreskriften är ett led i att åstadkomma jämlikhet mellan män och kvinnor.

Syftet med det här kapitlet är att ge en bild av likalöneprincipen i ett svenskt perspektiv och hur den har införlivats i svensk rätt. Först ges en översikt över tillkomsten av den första jämställdhetslagen och därefter ges en översikt över nu gällande DiskL.

### 3.1 Första jämställdhetslagen

Den första jämställdhetslagen infördes i Sverige 1979 men diskussionerna kring en likalöneprincip går längre tillbaka än så. Likalöneprincipen finns som tidigare nämnt uttryckt i ILO konvention nr 100 från 1951.<sup>63</sup> Sverige anslöt sig till ILO redan 1920 men ratificerade inte ILO konvention nr 100 förrän 1962. Frågan om svensk ratificering av konventionen behandlades vid flera tillfällen under den tioårsperiod som det tog innan en ratificering var möjlig. Det var med andra ord ingen självklarhet att Sverige skulle ratificera konventionen. Tvärtom tog det lång tid och det fanns ett stort motstånd, inte minst från arbetsmarknadens parter. Arbetsmarknadens parter negativa inställning till en svensk ratificering av konventionen bottnade i en oro för den svenska modellens fortlevnad.<sup>64</sup>

Både Svensk arbetsgivareförening (SAF, numera Svenskt Näringsliv) och Landsorganisationen (LO) var negativa till ratificering och oroade sig för att en ratificering av konventionen skulle innebära krav på lagstiftning. Första behandlingen av en eventuell ratificering av konventionen från svensk sida var 1952.<sup>65</sup> Då uttryckte också LO följande:

*”En riktig avvägning av lönen efter arbetsinsatsens värde fordrar nämligen en betydligt ökad grad individuell differentiering av lönerna med hänsyn till*

---

<sup>61</sup> Regeringsformen (1974:152).

<sup>62</sup> 1 kap. 2 § RF.

<sup>63</sup> Susanne Fransson, *Lönediskriminering*, Uppsala, 2000, s. 143.

<sup>64</sup> Prop. 1962 nr 70 s 4-5.

<sup>65</sup> Prop. 1952:47 s 15.

*alla de förhållanden, som vid sidan av produktionsresultatet per arbetad timme bestämmer detta värde, närvarofrekvensen, anställningstid i yrket och företaget, mångsidig användbarhet för olika slags arbeten och andra yrkeskvalifikationer. Man torde inte kunna räkna med att en sådan omläggning av de svenska kollektivavtalens ram, kommer till stånd annat än genom en tidskrävande utvecklingsprocess.”<sup>66</sup>*

Det kan verka förvånande att arbetsmarknadens parter, och i synnerhet arbetstagersidan, var negativt inställda till att införa likalöneprincipen. Det bör dock ses i förhållande till utvecklingen av den svenska modellen där ju samspelet mellan arbetstagarorganisationer och arbetsgivarorganisationer har varit centralt. Samspelet mellan arbetsmarknadens parter växte fram under 1900-talets början genom bl.a. Decemberkompromissen 1906/1907 och Saltsjöbadsavtalet 1938. I Decemberkompromissen erkände LO arbetsgivarens rätt att fritt leda och fördela arbetet (23 § i SAFs stadgar, sedermera 32 §) i utbyte mot SAFs erkännande av arbetstagarnas föreningsrätt.<sup>67</sup> Saltsjöbadsavtalet är det första huvudavtalet mellan LO och SAF.<sup>68</sup>

Under 1900-talets början präglades den svenska arbetsmarknaden av förhandlingar och överenskommelser mellan arbetsmarknadens parter, ofta benämnt som Saltsjöbadsandan. Från lagstiftarens sida accepterades den här formen av självreglering i stort. Men efter krav på ökad demokrati i arbetslivet från fackföreningarnas sida på 1970-talet kom den svenska arbetsmarknaden att i större utsträckning att präglas av lagstiftningsåtgärder. Bl.a. kom lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL), lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS), och jämställdhetslagen (1979:1118).

Att arbetsgiversidan, framförallt representerad av SAF, ställde sig negativ till ratificering av ILO konvention nr 100 kan kanske vara förståeligt om man ser till de ekonomiska konsekvenser det skulle få för arbetsgivarna. Men hur kommer det sig att LO, som ju representerade arbetstagersidan, inte heller kunde ställa sig bakom en ratificering av konventionen? LO uttryckte att förvisso var det orimligt med lön baserat på kön, men inte desto mindre nödvändigt.<sup>69</sup> Det baserades på ett argument som har kallats prestationslöneprincipen. Det innebar att lönekostnaden för arbetsgivaren skulle vara densamma oavsett om arbetet utfördes av kvinnliga arbetstagare eller manliga arbetstagare. Att lika arbetsuppgifter också ska innebära samma lönekostnad låter kanske som en likalöneprincip men i det argumentet fanns också en premis som sade att eftersom kvinnor gick i pension tidigare än män och levde längre än män (och därmed fick pension längre tid än män) skulle deras lön vara lägre för att samma prestation inte skulle kosta arbetsgivaren mer.<sup>70</sup>

---

<sup>66</sup> Prop. 1952:47 s 15.

<sup>67</sup> Axel Adlercreutz och Bernard Johann Mulder, *Svensk arbetsrätt*, Stockholm, 2003, s. 18.

<sup>68</sup> Axel Adlercreutz och Bernard Johann Mulder, *Svensk arbetsrätt*, Stockholm, 2003 s. 19.

<sup>69</sup> Prop. 1952:47 s 15.

<sup>70</sup> SOU 1953:18 Lika lön för män och kvinnor i det statliga lönesystemet s 161.

Prestationslöneprincipen och andra argument för att likalöneprincipen inte kunde införas i Sverige finns sammanställda i *SOU 1953:18 Lika lön för män och kvinnor i det statliga lönesystemet*. I utredningen, vars fokus var frågan om ett införande av likalöneprincipen inom det statliga arbetsgivarområdet, framfördes också resonemang som byggde på att staten hade mindre utbyte av kvinnliga statstjänstemän än manliga pga.: ”kvinnornas mindre arbetseffektivitet, mindre användbarhet, [och] högre sjukledighetsfrekvens.”<sup>71</sup>

Som en del i prestationslöneprincipen framhölls också att en risk med lika lön för lika arbete var att kvinnor då skulle konkurreras ut av männen eftersom arbetsgivare skulle föredra att anställa män pga. att kvinnliga arbetstagare medförde större kostnader och pga. ”allmänna föreställningar om den manliga arbetskraftens höga värde.”<sup>72</sup>

Behovslöneprincipen är ett annat argument som också fördes fram mot ett införande av likalöneprincipen. Det argumentet gick ut på att manliga arbetstagare betraktades som familjeförsörjare och att män därför skulle ha en lön att kunna försörja sin familj på. Kvinnliga arbetstagare sågs inte som familjeförsörjare utan deras löner behövde bara räcka till att försörja en ensamstående kvinna. Att det medförde att även män som inte hade en familj att försörja fick högre lön motiverades med att en ensamstående man hade större ”levnadsbehov”<sup>73</sup> än en ensamstående kvinna.<sup>74</sup> Av resonemanget att döma fanns inte heller några ensamstående kvinnor med familjeförsörjaransvar.

Ett tredje argument var argumentet om marknadslöneprincipen vilket innebar att staten i sin lönesättning skulle ta hänsyn till den privata arbetsmarknaden så att lönen i stort motsvarade lönen för samma typ av arbete på den privata arbetsmarknaden. Eftersom de kvinnliga arbetstagarnas löner på den privata arbetsmarknaden generellt sett var lägre än de manliga arbetstagarnas löner borde arbetsuppgifter som i huvudsak utfördes av kvinnor också betalas lägre än sådana som i huvudsak utfördes av män, även inom statlig tjänst.<sup>75</sup> Man skulle kunna säga att det här är ett av de första uttrycken för marknadsargumentet.

SAF och LO var överens om att: ”frågan om en lämplig löneavvägning mellan män och kvinnor skulle på sedvanligt sätt lösas genom förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter utan statsingripande.”<sup>76</sup> Det ledde till att SAF och LO 1960 slöt ett avtal om att under en femårsperiod avskaffa de särskilda kvinnolönetariffer som fanns i kollektivavtalen.<sup>77</sup> Som en följd av

---

<sup>71</sup> SOU 1953:18 Lika lön för män och kvinnor i det statliga lönesystemet s 161.

<sup>72</sup> SOU 1953:18 Lika lön för män och kvinnor i det statliga lönesystemet s 190.

<sup>73</sup> SOU 1953:18 Lika lön för män och kvinnor i det statliga lönesystemet s 139.

<sup>74</sup> SOU 1953:18 Lika lön för män och kvinnor i det statliga lönesystemet s 139.

<sup>75</sup> SOU 1953:18 Lika lön för män och kvinnor i det statliga lönesystemet s 243.

<sup>76</sup> Prop. 1952:47 s 16.

<sup>77</sup> SOU 1997:136 *Kvinnors och mäns löner – varför så olika?* s. 39f.



detta minskade också löneskillnaderna mellan män och kvinnor under 1960- och 1970-talen. I *SOU 1997:136 Kvinnors och mäns löner – varför så olika?* redovisades att kvinnors relativa löner (kvinnors lön av mäns lön) minskade från 25 procent till 15 procent mellan åren 1960 och 1965.<sup>78</sup>

1972 tillsattes delegationen för jämställdhet mellan män och kvinnor (jämställdhetsdelegationen) och fick till övergripande uppgift att bevaka och utreda frågor om jämställdhet mellan män och kvinnor.<sup>79</sup> Behovet av ett diskrimineringsförbud med avseende på kön utreddes under åren 1972 till 1976 men delegationen kom, efter att ha tittat på andra länder, fram till att ett diskrimineringsförbud inte skulle ge någon särskilt stor effekt och riskerade att frysa den ojämställdhet som rådde snarare än att motverka den.<sup>80</sup>

1976 tillsattes en jämställdhetskommitté som fortsatte jämställdhetsdelegationens arbete och fick direktiv att komma med ett lagstiftningsförslag avseende ett förbud mot könsdiskriminering. Inställningen var dock alltjämt negativ hos arbetsmarknadens parter som hellre ville nå jämställdhet genom jämställdhetsavtal och som menade att lagstiftning skulle försvåra jämställdhetsarbetet genom ökad byråkratisering.<sup>81</sup>

Jämställdhetskommitténs arbete ledde fram till ett betänkande<sup>82</sup> och det lagförslag som sedan blev 1979 års jämställdhetslag (1979:1118).<sup>83</sup> I den återfanns dels ett diskrimineringsförbud och dels bestämmelser om aktiva åtgärder från arbetsgivarens sida. Diskrimineringsförbudet, som återfanns i lagens 2 §, innebar att en arbetsgivare inte fick missgynna en arbetstagare eller en arbetssökande på grund av hans eller hennes kön. I 4 § förtydligades missgynnande pga. kön till att vara när en arbetsgivare tillämpar sämre anställningsvillkor för en arbetstagare än de han eller hon tillämpar för arbetstagare av motsatt kön. Likalöneprincipen uttrycktes med andra ord inte i den första jämställdhetslagen, men att diskrimineringsförbudet omfattade även lönediskriminering framgår av förarbetena.<sup>84</sup>

## 3.2 Diskrimineringslagen

Förbud mot diskriminering i arbetslivet återfinns numera i 2 kap.1 § DiskL. DiskL infördes 2009 och ersatte bl.a. jämställdhetslagen. Ett av syftena med införandet av DiskL var att samla flera diskrimineringsgrunder på samma ställe. Lagens huvudsakliga syfte är att motverka diskriminering och att

---

<sup>78</sup> SOU 1997:136 *Kvinnors och mäns löner – varför så olika?* s. 39f.

<sup>79</sup> SOU 1978:38 s. 27.

<sup>80</sup> PM till frågan om lagstiftning mot könsdiskriminering, DS Ju 1975:7.

<sup>81</sup> Prop. 1978/79 s 196.

<sup>82</sup> SOU 1978:38.

<sup>83</sup> Prop. 1978/79:175.

<sup>84</sup> Prop. 1978/79:175 s. 127.

främja lika rättigheter.<sup>85</sup> Lagen omfattar sju diskrimineringsgrunder; kön, könsöverskridande identitet eller uttryck, etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, funktionshinder, sexuell läggning samt ålder. Diskrimineringsförbuden gäller i arbetslivet men också på en rad andra samhällsområden som t.ex. utbildning och socialförsäkringssystemet.<sup>86</sup>

Lönediskriminering, att betala en arbetstagare lägre lön än en annan arbetstagare av motsatt kön som utför lika eller likvärdigt arbete, omfattas av diskrimineringsförbudet. Det uttrycks inte explicit i lagtexten men framgår av förarbeten.<sup>87</sup> I den fortsatta framställningen fokuserar jag på diskriminering inom arbetslivet och diskrimineringsgrunden kön.

### 3.2.1 Direkt diskriminering

DiskL omfattar både direkt och indirekt diskriminering.<sup>88</sup> Direkt diskriminering innebär, som nämnts tidigare, att någon missgynnas genom att han eller hon behandlas sämre än en annan arbetstagare i en jämförbar situation och missgynnandet beror på någon av diskrimineringsgrunderna. Direkt diskriminering förutsätter således ett missgynnande, en jämförelse och ett orsakssamband.<sup>89</sup>

Missgynnande är ett brett begrepp och innebär att bli behandlad på ett sätt som innebär en nackdel för personen ifråga. Det kan vara aktiva handlingar eller underlåtenhet att handla.<sup>90</sup> T.ex. att inte komma ifråga för en anställning eller att få sämre anställningsvillkor. I jämförelsemomentet görs en undersökning om den som anser sig ha blivit diskriminerad befunnit sig i en jämförbar situation som någon som blivit bättre behandlad. T.ex. en kvinna som anser sig ha blivit lönediskriminerad eftersom hon fått lägre lön än en manlig kollega. I det fallet undersöks om de befunnit sig i en jämförbar situation, dvs. utfört arbete som kan bedömas som lika eller likvärdigt.

Vidare krävs ett orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden. Det innebär i fallet med kvinnan som anser sig ha blivit lönediskriminerad att det måste finnas ett samband mellan hennes lägre lön och att hon är kvinna. Det krävs inte att det finns en aktiv avsikt att diskriminera utan det räcker med att effekten blir ett missgynnande som har samband med någon av diskrimineringsgrunderna. Således krävs inte att

---

<sup>85</sup> 1 kap. 1 § DiskL

<sup>86</sup> 2 kap. DiskL

<sup>87</sup> Se bl.a. Prop. 2007/08:95 s. 139.

<sup>88</sup> 1 kap. 4 § DiskL

<sup>89</sup> Håkan Gabinus Göransson, Martina Slorach, Stefan Flemström, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, Stockholm, 2013 s. 42.

<sup>90</sup> Håkan Gabinus Göransson, Martina Slorach, Stefan Flemström, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, Stockholm, 2013 s. 44

diskrimineringsgrunden är den främsta eller viktigaste orsaken till missgynnandet, utan det räcker med att det finns ett samband.<sup>91</sup>

### 3.2.2 Indirekt diskriminering

Indirekt diskriminering innebär missgynnande genom att en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt får en diskriminerande effekt.<sup>92</sup> Precis som vid direkt diskriminering krävs för att indirekt diskriminering ska föreligga att ett missgynnande skett. Det krävs ett det finns ett samband med någon av diskrimineringsgrunderna men det behöver inte nödvändigtvis ha funnits någon avsikt att diskriminera.<sup>93</sup>

Till skillnad mot fall av direkt diskriminering görs vid frågan om indirekt diskriminering en intresseavvägning för att avgöra om missgynnandet varit otillåtet eller inte. För att ett missgynnande av en viss grupp ska bedömas vara tillåtet krävs två saker. Dels krävs att syftet med åtgärden är *objektivt godtagbart* och dels krävs att åtgärden för att nå syftet är *lämplig och nödvändig*.<sup>94</sup>

### 3.2.3 Lika och likvärdigt arbete

Lika arbete innebär arbeten som är väsentligt lika. Det behöver inte nödvändigtvis vara identiskt lika men arbetsuppgifterna och de arbetsförhållanden under vilka de utförs ska vara väsentligt likartade.<sup>95</sup> Likvärdigt arbete innebär en vidare bedömning av arbetena. I 3 kap. 2 § DiskL om aktiva åtgärder framgår att en sammantagen bedömning ska göras av de krav som arbetet ställer och den bedömningen ska göras utifrån fyra kriterier; kunskap och färdigheter, ansvar, ansträngning samt arbetsförhållanden. De kriterierna återfinns också i EU-domstolens praxis bl.a. i likalönedirektivet och Enderbydomen.

Huruvida två arbeten är likvärdiga kan också bedömas utifrån en arbetsvärdering. Om det på arbetsplatsen finns ett system för arbetsvärdering kan detta användas under förutsättning att systemet är utformat så att samma kriterier gäller för män som för kvinnor och att kriterierna i sig inte är könsdiskriminerande.<sup>96</sup> En arbetsvärdering kan vara en gemensam värdering som arbetsgivare och fackförbund har gjort eller en värdering som en av parterna låtit göra. Om det finns en arbetsvärdering ska

---

<sup>91</sup> Håkan Gabinus Göransson, Martina Slorach, Stefan Flemström, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, Stockholm, 2013 s.47.

<sup>92</sup> 1 kap. 4 § DiskL

<sup>93</sup> Kent Källström och Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet*, Uppsala 2013, s. 89.

<sup>94</sup> Håkan Gabinus Göransson, Martina Slorach, Stefan Flemström, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, Stockholm, 2013 s.51f.

<sup>95</sup> Håkan Gabinus Göransson, Martina Slorach, Stefan Flemström, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, Stockholm, 2013, s. 76.

<sup>96</sup> Håkan Gabinus Göransson, Martina Slorach, Stefan Flemström, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, Stockholm, 2013 s.76.

den användas och i andra fall ska en bedömning göras utifrån de fyra kriterierna kunskap och färdigheter, ansvar, ansträngning och arbetsförhållanden.<sup>97</sup>

Vid bedömningen av kriteriet *kunskap och färdigheter* tittar man framförallt på utbildning och praktisk erfarenhet samt arbetstagarens färdigheter. I fråga om *ansvar* tittar man på arbetstagarens ansvarsområden och huruvida han eller hon får fatta självständiga beslut, är arbetsledare eller har ekonomiskt ansvar eller ansvar för människors liv och hälsa. *Ansträngning* avser både psykisk och fysisk ansträngning i form av t.ex. stress, fysisk belastning i form av lyft eller obekväma arbetsställning. Gällande *arbetsförhållanden* menas att man gör en bedömning av arbetstagarens arbetsmiljö innebärande t.ex. arbetstider, arbetsplats, buller, kyla m.m. Vid bedömningen görs en sammantagen värdering av *arbetets natur*, inte arbetstagaren som utför arbetet, och det är det som ligger till grund för om två arbeten kan bedömas vara likvärdiga eller ej.<sup>98</sup>

### 3.2.4 Bevisbörda

I diskrimineringsmål används en särskild bevisbörderegeln. I 6 kap. 3 § DiskL återfinns en presumtionsregel som grundar sig i EU-rätten. Syftet med regeln är att ge käranden en bevislättning och underlätta upprätthållandet av diskrimineringsförbuden.<sup>99</sup> Presumtionsregeln i 6 kap. 3 § DiskL innebär att om käranden visar på omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit diskriminerad så infinner sig en presumtion om diskriminering och bevisbördan övergår på svaranden att visa att diskriminering inte har förekommit.<sup>100</sup>

I mål om direkt diskriminering måste arbetsgivaren kunna visa att diskriminering inte förekommit genom att visa på att missgynnandet berott på andra orsaker än diskrimineringsgrunden, dvs. bryta orsakssambandet, t.ex. genom att visa på skillnader i arbetstagarnas utbildning eller erfarenhet.<sup>101</sup> I mål om indirekt diskriminering måste svaranden visa på ett objektiva godtagbart syfte och att sättet att uppnå det syftet på är lämpligt och nödvändigt.<sup>102</sup>

---

<sup>97</sup> Håkan Gabinus Göransson, Martina Slorach, Stefan Flemström, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, Stockholm, 2013 s. 77.

<sup>98</sup> Håkan Gabinus Göransson, Martina Slorach, Stefan Flemström, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, Stockholm, 2013 s. 77.

<sup>99</sup> Håkan Gabinus Göransson, Martina Slorach, Stefan Flemström, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, Stockholm, 2013 s. 49.

<sup>100</sup> Håkan Gabinus Göransson, Martina Slorach, Stefan Flemström, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, Stockholm, 2013 s. 49.

<sup>101</sup> Håkan Gabinus Göransson, Martina Slorach, Stefan Flemström, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, Stockholm, 2013 s.49.

<sup>102</sup> Håkan Gabinus Göransson, Martina Slorach, Stefan Flemström, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, Stockholm, 2013 s.55.

I ett par svenska rättsfall har marknaden använts som argument för att bryta presumptionen om lönediskriminering. De tre mest kända är från 2001 och i nästa kapitel analyserar jag de tre rättsfallen samt ett från 2013.

## 4 Rättsfallsanalys

Tanken med analysen är att studera hur marknadsargumentet används i svensk praxis, dvs. vad parterna lägger i begreppet marknadsargumentet och vad Arbetsdomstolen i sina domskäl fäster vikt vid avseende marknadsargumentet.

Fyra rättsfall ingår i analysen och de är utvalda utifrån att de tre första varit flitigt refererade i doktrinen och det fjärde för att det är det senast avgjorda målet i Arbetsdomstolen som behandlar marknadsargumentet. Det har inte heller funnits några andra rättsfall mellan 2001 och 2013 som behandlar marknadsargumentet.

Rättsfallsanalysen är disponerad på följande sätt. Först görs en genomgång av de fyra rättsfallen. Varje del är indelad i ett referat och en analys kring hur marknadsargumentet tar sig uttryck i domen. Analysen avslutas sedan med en sammanfattande diskussion kring marknaden som argument och hur det tar sig uttryck i rättsfallen och hur det har diskuterats i litteraturen.

I samtliga av rättsfallen i rättsfallsanalysen har arbetena bedömts som lika eller likvärdiga. Jag analyserar inte frågan kring arbetenas likhet eller likvärdighet närmare och har därför inte refererat de delarna av rättsfallen. Analysen fokuserar istället på hur arbetsgivaren använder sig av marknaden eller marknadskrafterna som argument för att löneskillnaderna beror på sakliga skäl och inte på arbetstagarnas kön. Eftersom rättsfallen omfattas av en omvänd bevisbörderegler har jag för läsbarvänlighetens skull valt att först presentera svarandens argument för att sedan presentera karendens invändningar följt av Arbetsdomstolens domskäl.

Fokus ligger på marknadsargumentet men i några av rättsfallen har det varit nödvändigt att redovisa även andra faktorer som svaranden uppgett som sakliga skäl, t.ex. kollektivavtalsbakgrunden.

### 4.1 AD 2001 nr 13 Barnmorskemålet II

*Barnmorskemålet II* är ett rättsfall från 2001 där två kvinnliga barnmorskor ansåg sig ha blivit lönediskriminerade eftersom de hade haft en lägre lön än en manlig klinikingenjör som arbetade i samma landsting. Lönerna var kollektivavtalsenliga men grundade sig i olika kollektivavtal. I målet ställdes frågan om de båda barnmorskorna utsatts för otillåten lönediskriminering med hänvisning till då gällande jämställdhetslagens 18 §.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> Jämställdhetslagen (1994:292)

Målet benämns ofta som *Barnmorskemålet II* och namnet syftar på en tidigare tvist gällande otillåten könsdiskriminering mellan delvis samma parter. AD 1996 nr 41 (*Barnmorskemålet I*) rörde otillåten könsdiskriminering av en av de barnmorskor som sedermera också var part i *Barnmorskemålet II* i jämförelse med dels samma klinikingenjör som i *Barnmorskemålet II* och dels en annan manlig klinikingenjör. I *Barnmorskemålet I* lyckades JämO, som förde barnmorskans talan, inte visa att arbetena var likvärdiga och därför gjordes inte heller någon vidare bedömning av marknadsargumentet.<sup>104</sup>

### 4.1.1 Landstinget

I *Barnmorskemålet II* bestred landstinget att barnmorskorna skulle ha blivit diskriminerade och menade att löneskillnaderna inte berodde på arbetstagarnas kön och att varken direkt eller indirekt könsdiskriminering förelegat.<sup>105</sup> Landstinget menade att arbetena inte alls kunde ses som likvärdiga men för det fallet att Arbetsdomstolen skulle komma fram till att arbetena var likvärdiga menade landstinget att löneskillnaderna inte berodde på arbetstagarnas kön utan lyfte istället fram tre faktorer som man menade bidrog till löneskillnaden. Det var kollektivavtalsbakgrunden, arbetstagarnas ålder och marknadskrafterna.<sup>106</sup>

Gällande kollektivavtalsbakgrunden anförde landstinget att lönerna för både barnmorskorna och klinikingenjören baserade sig på kollektivavtal och att kollektivavtalen i sig var könsneutrala. Löner som baserar sig på könsneutrala kollektivavtal menade landstinget kunde inte vara ett uttryck för könsdiskriminering. Landstinget menade att de fackliga organisationerna stod som garant för att en lönesättning baserat på kollektivavtal också var en korrekt och icke-diskriminerande lönesättning. Som exempel på det nämndes att kvinnor och män på samma vis omfattats av bestämmelserna om arbetstidsförkortning och lönetillägg för obekvämlig arbetstid.<sup>107</sup>

Åldersskillnaderna mellan klinikingenjören och barnmorskorna var en annan faktor som landstinget menade spelade roll. Klinikingenjören var 14 år äldre än den ena barnmorskan och 17 år äldre än den andra. Det menade landstinget bidrog till ungefär 25 % av löneskillnaderna.<sup>108</sup>

Den största delen, ungefär 75 %, av löneskillnaderna menade dock landstinget berodde på marknadskrafterna. Landstingets argumentation bottnade i att klinikingenjören hade en större alternativ arbetsmarknad än barnmorskorna och att landstinget varit tvunget att ta hänsyn till detta i sin lönesättning av honom. Med hänsyn förstås att landstinget varit tvunget att ge klinikingenjören en lön som åtminstone inte varit lägre än den lön han

---

<sup>104</sup> AD 1996 nr 41.

<sup>105</sup> AD 2001 nr 13 s.3.

<sup>106</sup> AD 2001 nr 13 s.13.

<sup>107</sup> AD 2001 nr 13 s.13.

<sup>108</sup> AD 2001 nr 13 s.13.

skulle haft inom det privata näringslivet. Landstinget menade att klinikingenjören hade en hög kompetens och att det fanns en efterfrågan på medicintekniker inom det privata näringslivet både i Sverige och utomlands. Som exempel på detta nämndes att det i närheten av arbetsplatsen fanns flera företag som bidrog till att driva upp lönerna. För att kunna möta dessa marknadskrafter var landstinget tvunget att ge klinikingenjören den högre lönen. Landstinget menade också att klinikingenjörens lön motsvarade den lön som klinikingenjörer i andra landsting hade och redovisade också statistik för det.<sup>109</sup>

## 4.1.2 JämO

Jämställdhetsombudsmannen (JämO) förde barnmorskornas talan sedan deras fackförbund valt att inte göra det. JämO menade att landstinget inte lyckats bryta presumtionen om diskriminering eftersom invändningen att lönerna var bestämda i kollektivavtal inte per automatik innebär att löneskillnaderna inte var könsdiskriminerande.<sup>110</sup> Gällande arbetstagarnas ålder så hänvisade JämO till statistik från landstinget och menade att ålder inte spelat någon större roll vid lönesättning inom landstinget.<sup>111</sup>

Avseende marknaden menade JämO att den inte haft någon påverkan då landstinget satt klinikingenjörens lön och stödde sig på att landstinget inte kunnat visa att klinikingenjören fått andra jobberbjudanden. Inte heller hade klinikingenjören på något annat vis antytt att han varit beredd att byta arbete. Något behov av att locka honom till att stanna kvar förelåg därför inte menade JämO. Vidare hänvisade JämO till Enderbydomen och menade att det kunde krävas att landstinget redovisade de olika lönedelarna var för sig och på så vis kunde peka på ett särskilt marknadstillägg.<sup>112</sup>

En annan intressant aspekt är att JämO inledde med att betona att prövningen i målet endast avsåg de i målet berörda parterna och att utgången i målet inte skulle ha någon direkt verkan ”vare sig för andra barnmorskor eller för andra som är bundna av samma kollektivavtal.”<sup>113</sup>

## 4.1.3 Arbetsdomstolen

I sina domskäl konstaterade Arbetsdomstolen gällande kollektivavtalsbakgrunden, med stöd av Enderbydomen, att en arbetsgivare inte kan nöja sig med att hänvisa till att lönerna grundar sig i kollektivavtal för att bryta presumtionen om könsdiskriminering. Däremot kan kollektivavtalsbakgrunden vara en del i bedömningen.<sup>114</sup>

---

<sup>109</sup> AD 2001 nr 13 s. 13-14.

<sup>110</sup> AD 2001 nr 13 s. 10.

<sup>111</sup> AD 2001 nr 13 s. 9.

<sup>112</sup> AD 2001 nr 13 s. 9.

<sup>113</sup> AD 2001 nr 13 s. 4.

<sup>114</sup> AD 2001 nr 13 s. 23.



*Om arbetsgivaren skulle kunna motivera en skillnad i lön enbart genom att hänvisa till att det inte förekommit någon diskriminering inom ramen för någon av dessa [kollektivavtals-]förhandlingar betraktade var för sig, så skulle han enligt EG-domstolen lätt kunna kringgå principen om lika lön genom att föra separata förhandlingar.<sup>115</sup>*

Avseende ålder medgav Arbetsdomstolen att det kunde vara en faktor vid lönesättning och att löneskillnaderna mellan barnmorskorna och klinikingenjören därför delvis skulle kunna förklaras med den åldersskillnad som förelåg mellan dem. Det bedömdes också vara en saklig faktor för lönesättning. Arbetsdomstolen såg sig dock inte tvungen att bestämma hur stor del av löneskillnaderna som berodde på åldersskillnaden.<sup>116</sup>

Gällande marknadsargumentet pekade Arbetsdomstolen på att det för klinikingenjören fanns en stor alternativ arbetsmarknad och att motsvarande inte fanns för barnmorskorna. Vidare påpekades att klinikingenjören förmodligen skulle haft en högre lön om han arbetat i det privata näringslivet istället för landstinget. Arbetsdomstolen lyfte också fram att arbetsuppgifterna för en klinikingenjör kräver att arbetstagaren har breda kunskaper i elektronik och allmän teknik samt att de tekniska problem som arbetet innebär torde vara av generell karaktär och därför något som efterfrågas inom de tekniskt inriktade delarna av det privata näringslivet.<sup>117</sup>

Arbetsdomstolen lyfte fram Enderbydomen och att det med stöd av den åligger de nationella domstolarna att vid sin bedömning undersöka om arbetsgivarens förklaringar motsvaras av verkliga behov och om de i så fall är adekvata och nödvändiga. Arbetsdomstolen kom dock fram till att det ”saknas rättsligt stöd för ett krav på arbetsgivaren att visa att den sammanlagda lönen innefattar ett särskilt, individuellt bestämt lönetillägg av marknadsskäl.”<sup>118</sup>

Arbetsdomstolen tittade därefter på klinikingjörens lön i förhållande till andra tekniker med liknande bakgrund och kom fram till att en person med samma bakgrund och ålder som klinikingenjören på den privata arbetsmarknaden skulle ha en lön på samma nivå som den nu aktuella klinikingenjören. Arbetsdomstolen kom också fram till att klinikingjörens lön inte skiljde sig från vad andra klinikingjörer i landet hade i lön.<sup>119</sup>

Förvisso hade det inte funnits någon konkret anledning för landstinget att oro sig över att klinikingenjören skulle byta arbetsplats men Arbetsdomstolen menade att landstinget trots detta varit nödsakat att matcha

---

<sup>115</sup> AD 2001 nr 13 s. 23.

<sup>116</sup> AD 2001 nr 13 s. 24.

<sup>117</sup> AD 2001 nr 13 s. 24.

<sup>118</sup> AD 2001 nr 13 s. 24.

<sup>119</sup> AD 2001 nr 13 s. 24.

klinikingenjörers lön med löner i det privata näringslivet och att det varit objektivt försvarligt.<sup>120</sup>

Arbetsdomstolen avslutade med ett uttalande om att kollektivavtalsbakgrunden trots allt haft betydelse vid lönesättningen eftersom det rört sig om separata kollektivavtalsförhandlingar och att ramen för dessa satts av centrala organisationer på arbetsmarknaden. Det menade Arbetsdomstolen borde ”tillmätas betydelse när man bedömer frågan om lönesättningen i [klinikingenjörers] fall varit nödvändig och försvarlig mot bakgrund av löneläget för tekniker på den privata arbetsmarknaden.”<sup>121</sup>

Sammanfattningsvis konstaterade Arbetsdomstolen att det var ålderskillnaden, arbetsmarknadssituationen och kollektivavtalsbakgrunden som tillsammans utgjorde sakliga skäl för löneskillnaderna och avsåg JämOs talan. Tre av ledamöterna i Arbetsdomstolen var dock skiljaktiga och anförde i sin skiljaktiga mening att deras uppfattning var att landstinget inte kunnat styrka att marknadssituationen haft den stora betydelse på klinikingenjörers lön som gjorts gällande. Dels ifrågasatte de om det arbete som klinikingenjören utförde krävde så pass generella tekniska kunskaper att han utan vidare kunde få arbete inom det privata näringslivet och dels menade de att det inte hade visats att den statistik om löneläget som redovisats faktiskt var tillämplig på tekniker med klinikingenjörers bakgrund.<sup>122</sup> Med tanke på att tre ledamöter var skiljaktiga bör domen kanske tas med viss försiktighet.

#### 4.1.4 Analys

Ser man till marknadsargumentet så som landstinget framför det så kan man dela in det i tre delar. Första delen är att klinikingenjören har en större alternativ arbetsmarknad än barnmorskorna. Den andra delen är att klinikingenjörers utbildning är bred och generell vilket innebär att han är eftertraktad inom det privata näringslivet. Den tredje delen är att klinikingenjörers lön motsvarar den lön som klinikingenjörer har i andra landsting.

Arbetsdomstolen godtar att klinikingenjören har en större alternativ marknad än barnmorskorna och att det privata näringslivet betalar högre löner. Vidare accepteras, åtminstone av majoriteten, att klinikingenjörers utbildning och tekniska kunskaper är eftertraktade inom det privata näringslivet. Till sist konstateras att klinikingenjörers lön motsvarar den lön som andra klinikingenjörer haft inom andra landsting och andra tekniska ingenjörer inom det privata näringslivet med samma utbildningsbakgrund.

Det är intressant att Arbetsdomstolen refererar till Enderbydomen och poängterar att det åligger den nationella domstolen, dvs. Arbetsdomstolen,

---

<sup>120</sup> AD 2001 nr 13 s.25.

<sup>121</sup> AD 2001 nr 13 s.25.

<sup>122</sup> AD 2001 nr 13 s.27.

att undersöka om arbetsgivarens förklaringar motsvaras av verkliga behov och samtidigt menar att det inte finns något rättsligt stöd för att kräva att arbetsgivaren specificerar hur stor del av lönen som utgör ett marknadstillägg. Arbetsdomstolen uttalar också att det inte funnits någon ”konkret anledning” för landstinget att oroa sig över att klinikingenjören skulle byta arbete men att landstinget trots det varit ”nödsakat” att betala klinikingenjören en lön motsvarande lönerna i det privata näringslivet. Arbetsdomstolen säger att det är dess uppgift att undersöka om arbetsgivarens förklaringar motsvaras av verkliga behov men avkräver sedan inte landstinget på några sådana. Det enda som landstinget egentligen behövt visa är att klinikingenjörens lön motsvarar andra teknikers lön, dvs. att den varit marknadsmässig.

## 4.2 AD 2001 nr 51 Socialkonsulentmålet

*Socialkonsulentmålet* är det andra av de tre målen från 2001 som rör lönediskriminering. På en länsstyrelse arbetade tio kvinnliga socialkonsulenter och när två manliga socialkonsulenter anställdes fick de högre lön än de kvinnliga socialkonsulenterna. Inför rekryteringen av två nya socialkonsulenter hade länsstyrelsen i annonsen uttryckt att man sökte efter personer med socionomexamen och lång erfarenhet av arbete i kommun.<sup>123</sup>

En av de kvinnliga socialkonsulenterna på länsstyrelsen sökte de utannonserade tjänsterna. Hon hade ett vikariat på länsstyrelsen och fick en av de nya tjänsterna. Den andra tjänsten gick till en manlig sökande och en annan manlig sökande anställdes på det vikariat som den kvinnliga socialkonsulenten tidigare haft. De manliga socialkonsulenterna fick högre lön än de kvinnliga socialkonsulenter som redan var anställda på länsstyrelsen.<sup>124</sup>

### 4.2.1 Staten

Arbetsgivaren, staten, menade i första hand att löneskillnaderna saknade samband med arbetstagarnas könstillhörighet och i andra hand att de manliga arbetstagarna hade bättre sakliga förutsättningar för arbetet än de kvinnliga arbetstagarna. Staten anförde att de manliga socialkonsulenterna begärt löner motsvarande de löner de haft hos kommunen och att de efter förhandlingar fick något lägre löner än vad de från början begärt. Det var ostridigt att kommunerna erbjöd högre löner än vad länsstyrelsen gjorde. Staten menade att det var lönerna på arbetsmarknaden i övrigt, i det här

---

<sup>123</sup> AD 2001 nr 51 s. 8.

<sup>124</sup> AD 2001 nr 51 s. 8.

fallet inom kommunen, som påverkade att de manliga socialkonsulenterna fick högre lön och att det inte berodde på deras kön.<sup>125</sup>

Staten menade att det måste vara rimligt för en arbetsgivare att kunna locka till sig de sökande som är mest lämpade för tjänsten och om det medför att en nyanställd får högre lön än redan anställda så är det en effekt av marknadskrafterna och har inget att göra med arbetstagarnas könstillhörighet. Vidare menade staten att det var rimligt att den som övervägde att byta arbete också skulle få ersättning för den risk som det innebar och av den anledningen var det försvarligt att ge männen högre löner.<sup>126</sup>

Gällande den kvinnliga socialkonsulenten, Kerstin J, anförde staten följande:

*”Beträffande lönesättningen av Kerstin J konstaterar staten att hon redan arbetade vid länsstyrelsen och därmed inte behövde lockas dit samt att hon vid anställningstillfället hade en månadslön om 21 000 kr. Med hänsyn till marknadskrafterna gick det därför att erbjuda henne en lön om 22 300 kr per månad.”<sup>127</sup>*

En av de manliga socialkonsulenterna hade vid tiden för målets avgörande avslutat sitt arbete hos länsstyrelsen och börjat arbeta i kommunen igen och staten menade att det var ett tecken på att den lön som länsstyrelsen gett honom inte var tillräckligt anpassad efter marknaden.<sup>128</sup>

## 4.2.2 SACO-S

SACO-S, som förde de kvinnliga socialkonsulenternas talan, gjorde gällande att lönesättningen var könsdiskriminerande eftersom den inte var lämplig eller nödvändig, dvs. inte var proportionerlig. Förbundet menade att det inte heller fanns några objektiva faktorer som kunde motivera löneskillnaden.<sup>129</sup> SACO-S redovisade en jämförelse av socialkonsulenternas meriter och menade att de kvinnliga socialkonsulenterna hade lika eller bättre sakliga förutsättningar för att klara arbetet som de båda manliga socialkonsulenterna eftersom de kvinnliga socialkonsulenterna hade erfarenhet av att arbeta som socialkonsulenter. De manliga socialkonsulenterna hade erfarenhet av att ha jobbat i kommunal verksamhet och arbetsledarerfarenhet, men inte erfarenhet som socialkonsulenter.<sup>130</sup>

---

<sup>125</sup> AD 2001 nr 51 s.10.

<sup>126</sup> AD 2001 nr 51 s. 9.

<sup>127</sup> AD 2001 nr 51 s. 9-10.

<sup>128</sup> AD 2001 nr 51 s. 10.

<sup>129</sup> AD 2001 nr 51 s. 6.

<sup>130</sup> AD 2001 nr 51 s. 7.

### 4.2.3 Arbetsdomstolen

Arbetsdomstolen inledde med att utreda frågan om staten visat att löneskillnaderna saknade samband med arbetstagarnas kön. Då länsstyrelsen uttryckt att man velat förändra sättet man arbetade på och framförallt i relation till kommunerna hade man särskilt önskat socialkonsulenter med erfarenhet av kommunalt arbete. De båda manliga socialkonsulenterna hade lång erfarenhet av kommunalt arbete och var positivt inställda till det nya arbetssättet och Arbetsdomstolen kom fram till att det hade varit avgörande vid beslutet att anställa de manliga socialkonsulenterna, inte deras kön.<sup>131</sup>

Arbetsdomstolen hänvisade till Enderbydomen och att EU-domstolen där förklarat att behovet att locka sökande med högre lön kan vara ett marknadsskäl och att det kan utgöra saklig grund för löneskillnader. Det är den nationella domstolens uppgift att ta ställning till om och i så fall i vilken grad ”behovet av att intressera sökande genom att erbjuda högre lön än andra anställda med likvärdiga arbeten kan utgöra en sakligt motiverad ekonomisk grund för en löneskillnad.”<sup>132</sup> Det ankommer också på den nationella domstolen att undersöka om det svarar mot något verkligt behov och är adekvat och nödvändigt för att uppnå det eftersträvade resultatet.<sup>133</sup>

*”EG-rätten innebär alltså inte något hinder mot att av marknadsskäl av nu beskrivet slag ge olika lön till en man och en kvinna som utför likvärdigt arbete. Om arbetsgivaren visar att en lönesättning som styrts av marknadsskäl är saklig och rationellt motiverad, strider den inte mot likalöneprincipen.”*<sup>134</sup>

Eftersom länsstyrelsen ville anställa socialkonsulenter med kommunal bakgrund och lönerna i kommunerna var högre menade Arbetsdomstolen att det var en nödvändig och försvarlig åtgärd och således inte könsdiskriminerande. Arbetsdomstolen avslog i en enhällig dom fackförbundets talan.<sup>135</sup>

### 4.2.4 Analys

I *Socialkonsulentmålet* består statens marknadsargument av två delar. Den ena delen är att de manliga socialkonsulenternas löner motsvarar lönerna i kommunen. Kommunen fungerar som en alternativ arbetsmarknad för socialkonsulenterna. Den andra delen är att det måste vara rimligt för en arbetsgivare att med hjälp av lönesättningen locka till sig de sökande som är bäst lämpade för tjänsten. Det är den andra delen som Arbetsdomstolen godtar som sakligt skäl. Att löneläget är högre i kommunerna och att länsstyrelsen måste matcha de lönerna för att kunna anställa männen

---

<sup>131</sup> AD 2001 nr 51 s. 13.

<sup>132</sup> AD 2001 nr 51 s. 14.

<sup>133</sup> AD 2001 nr 51 s. 14.

<sup>134</sup> AD 2001 nr 51 s. 14.

<sup>135</sup> AD 2001 nr 51 s. 17.

beskrivs som verkliga behov som motiverar löneskillnaden. Arbetsdomstolen slår fast att det var en nödvändig och försvarlig åtgärd men redovisar inte skälen för detta närmare.

En intressant aspekt i målet är hur diskussionen förs kring Kerstin J och hennes lön. Länsstyrelsen motiverade det med att hon redan arbetade vid länsstyrelsen och därför inte behövde "lockas dit"<sup>136</sup> och att marknadskrafterna på så vis medförde att hon fick en lägre lön. Arbetsdomstolen lyfte i domskälen upp att det möjligen skulle kunna argumenteras för att hon blivit diskriminerad men kom sedan fram till bedömningen att marknadsskäl inte "gjort sig gällande med samma styrka"<sup>137</sup> när det gällde hennes lön eftersom hon redan var knuten till arbetsplatsen. Det är intressant att Arbetsdomstolen utan närmare förklaring slår fast att löneskillnaden inte har något samband med deras könstillhörighet trots att det enda som länsstyrelsen pekat på är att marknadskrafterna inte gjort sig gällande på samma sätt när det gäller kvinnan som männen.

### 4.3 AD 2001 nr 76 Intensivvårdssjuksköterskemålet

Målet behandlar frågan om en kvinnlig intensivvårdssjuksköterska som hade lägre lön än en manlig medicinteknisk ingenjör som var anställd vid samma landsting blivit lönediskriminerad med hänvisning till då gällande jämställdhetslagens 18 §.<sup>138</sup>

Intensivvårdssjuksköterskan arbetade som nattsjuksköterska och den medicintekniske ingenjören arbetade på sjukhuset med att tillverka och anpassa specialkanyler samt som tekniker på dialysavdelningen. Båda var i 50 årsåldern och den medicintekniske ingenjören hade en högre grundlön än intensivvårdssjuksköterskan. Målet påminner mycket om *Barnmorskemålet II*. I båda fallen rör det sig om kvinnliga specialistsjuksköterskor i jämförelse med manliga tekniker. Det som skiljer det här målet från *Barnmorskemålet II* är att intensivvårdssjuksköterskan och den medicintekniske ingenjören var jämgamla. I *Barnmorskemålet II* kunde löneskillnaderna delvis förklaras med ålderskillnaderna mellan barnmorskorna och klinikingenjören.<sup>139</sup>

Även i det här målet uttryckte JämO att utgången i målet inte skulle ha någon "direkt verkan"<sup>140</sup> för andra intensivvårdssjuksköterskor eller andra

---

<sup>136</sup> AD 2001 nr 51 s. 10.

<sup>137</sup> AD 2001 nr 51 s. 16.

<sup>138</sup> Jämställdhetslagen (1994:292).

<sup>139</sup> AD 2001 nr 76 s. 5.

<sup>140</sup> AD 2001 nr 76 s. 4.

som omfattas av samma kollektivavtal. Det är samma formulering som användes i *Barnmorskemålet II*.<sup>141</sup>

### 4.3.1 Landstinget

Arbetsgivaren, landstinget, framförde två argument för att löneskillnaden inte hade något samband med arbetstagarnas kön utan berodde på sakliga skäl. Dels framfördes att lönerna grundade sig på kollektivavtal och dels att marknadskrafterna spelat en roll. Gällande kollektivavtalsbakgrunden menade landstinget att kollektivavtalen i sig var könsneutrala och att det i målet aktuella kollektivavtalet ÖLA 95 framgick att det vid lönesättning skulle tas hänsyn till den omgivande arbetsmarknaden. Det menade landstinget innebar att den alternativa arbetsmarknaden, eller marknadseffekterna, skulle påverka lönesättningen.<sup>142</sup> Precis som arbetsgivaren i *Barnmorskemålet II*, menade landstinget att de fackliga organisationerna stod garanter för en korrekt och icke-diskriminerande lönesättning och att kollektivavtalen i sig var könsneutrala.<sup>143</sup>

Avseende marknadskrafterna menade landstinget att medicintekniska ingenjörer hade en stor alternativ arbetsmarknad inom det privata näringslivet och att landstinget av den anledningen varit tvunget att ge den medicintekniska ingenjören en lön som var i nivå med de löner som fanns inom det privata näringslivet. Den i målet aktuella medicintekniska ingenjören hade både finmekanisk och elektroteknisk kompetens, vilket landstinget menade gjorde att hans alternativa marknad inom det privata näringslivet var ännu större. Vidare framhölls att den medicintekniska ingenjören hade en särskild betydelse för sjukhuset eftersom han arbetade med trakealkanyler, vilket sjukhuset var ensamt om i Sverige att göra, och att lära upp en ersättare skulle, enligt landstinget, ta ungefär två år. Det benämndes som ett *internt marknadsvärde* för landstinget. Den medicintekniska ingenjören hade också vid ett tillfälle blivit kvarköpt och fått en markant löneökning för att sjukhuset skulle kunna behålla honom. Landstinget menade också att det var stor omsättning på just medicintekniska ingenjörer på sjukhuset och av de som lämnat sin tjänst hade många övergått till anställning i det privata näringslivet.<sup>144</sup>

### 4.3.2 JämO

JämO påpekade att en hänvisning till kollektivavtal inte innebär en presumtion om att innehållet i kollektivavtalen i sig är könsneutrala. Och menade att det aktuella kollektivavtalen hade könsdiskriminerande effekt. JämO hänvisade till det centrala löneavtalet ÖLA 95 och de tre kriterier som där angivits som grund för hur lönesättningen ska fungera. Där återges att

---

<sup>141</sup> AD 2001 nr 76 s. 4.

<sup>142</sup> AD 2001 nr 76 s. 15.

<sup>143</sup> AD 2001 nr 76 s. 15.

<sup>144</sup> AD 2001 nr 76 s. 15.

det är: arbetstagarens bidrag till verksamhetsförbättringar, befattningens ansvarsnivå, svårighetsgrad och befogenheter samt arbetstagarens prestation och duglighet som ska vara till grund för lönesättningen. JämO argumenterade att:

*”Landstinget har i målet inte gjort gällande att de aktuella löneskillnaderna kan motiveras av de berörda arbetstagarnas bidrag till verksamhetsförbättringar eller deras prestation och duglighet. Kvar återstår endast vad som i egentlig mening är värdet av respektive arbetstagares arbete. Om nu Arbetsdomstolen skulle finna att de berörda arbetstagarnas arbeten är att anse som likvärdiga medför det ovan sagda att de i målet förekommande löneskillnaderna inte kan motiveras med stöd av ÖLA 95.”<sup>145</sup>*

JämO vitsordade att marknadskrafterna kan vara ett sakligt skäl för löneskillnader men menade i det här fallet att det inte bara fanns en alternativ marknad för den medicintekniska ingenjören utan även för intensivvårdssjuksköterskan. Som exempel på alternativ marknad för intensivvårdssjuksköterskan pekade JämO på den norska arbetsmarknaden som lockar många svenska sjuksköterskor, även andra utländska arbetsmarknader föreslogs liksom bemanningsföretag, läkemedelsföretag, den medicintekniska industrin och försäkringsbranschen. Dessutom menade JämO att efterfrågan på specialistsjuksköterskor ökat under den i målet aktuella tidsperioden i framförallt storstadsregionerna. Det backades upp med statistik från marknadsutredningar som Vårdförbundet gjort.<sup>146</sup>

### 4.3.3 Arbetsdomstolen

Arbetsdomstolen började med att konstatera att förarbetena till jämställdhetslagen inte innehåller några klaggörande kring arbetsgivarens möjligheter att bryta presumtionen i lönediskrimineringsmål. Däremot har EU-domstolen klargjort att det åligger de nationella domstolarna att göra en bedömning av om skälen till löneskillnaden är godtagbara samt om de motsvarar verkliga behov, är adekvata och nödvändiga för att uppnå det eftersträfvade resultatet. Som exempel på godtagbara skäl nämndes arbetstagarnas flexibilitet och förmåga att anpassa sig till varierande arbetstider och arbetsplatser, yrkesutbildning och anställningsår samt situationen på arbetsmarknaden. Arbetsdomstolen påpekade också att EU-domstolen i målen Enderby och Royal Copenhagen slagit fast att enbart det faktum att en lönesättning följer ett kollektivavtal inte är tillräckligt för att visa på sakliga skäl och bryta presumtionen om könsdiskriminering.<sup>147</sup>

Avseende intensivvårdssjuksköterskans alternativa arbetsmarknad kom Arbetsdomstolen fram till att den fanns inom den primärkommunala vården,

---

<sup>145</sup> AD 2001 nr 76 s. 10.

<sup>146</sup> AD 2001 nr 76 s. 10.

<sup>147</sup> AD 2001 nr 76 s. 24.



och inte hos bemanningsföretag eller utomlands.<sup>148</sup> Det framgick inte varför läkemedelsindustrin, försäkringsbolag, bemanningsföretag och möjligheten att söka sig utomlands inte ansågs vara en alternativ arbetsmarknad för intensivvårdssjuksköterskor. Detta är särskilt intressant eftersom det för den medicintekniska ingenjören del tas hänsyn till att de medicintekniska företagen kan ses som en alternativ arbetsmarknad.

Arbetsdomstolen lyfte fram att den medicintekniska ingenjören arbetsuppgifter krävde breda kunskaper i elektronik och allmän teknik och att det var kompetenser som efterfrågades i stor utsträckning inom det privata näringslivet. Arbetsdomstolen konstaterade kort att den del av den alternativa arbetsmarknaden för intensivvårdssjuksköterskor som erbjöd högre löner än landstinget var marginell.<sup>149</sup>

Precis som i *Barnmorskemålet II* tittade Arbetsdomstolen på hur den medicintekniska ingenjören lön förhöll sig till andra medicintekniska ingenjörers löner och hur intensivvårdssjuksköterskans lön förhöll sig till andra intensivvårdssjuksköterskors löner. Båda två hade löner motsvarande de 10 % bäst betalda inom sin yrkeskategori. Arbetsdomstolen lade också vikt vid att den medicintekniska ingenjören hade blivit kvarköpt vid ett tillfälle och då fått ett större lönepåslag och att det påslaget inte korrigerats i efterföljande lönerevisioner. De högre lönerna på den alternativa arbetsmarknaden för den medicintekniska ingenjören och avsaknaden av det samma för intensivvårdssjuksköterskan ansågs vara sakliga skäl som förklarade löneskillnaden.<sup>150</sup>

Arbetsdomstolen avslog JämOs talan. En ledamot var skiljaktig avseende bedömningen av landstingets hänvisning till marknaden och menade att argumentet att det med en lägre lön funnits risk för att den medicintekniska ingenjören slutat till förmån för ett arbete inom det privata näringslivet var ett allt för allmänt hållet argument. Dissidenten påpekade också att arbetsgivaren måste kunna peka på ett verkligt behov och att åtgärden varit adekvat och nödvändig och att detta inte gjorts. Som exempel på marknadsskäl som saklig grund för löneskillnader nämndes brist på sökande vid en anställningssituation och att det då kan finnas ett behov av att erbjuda en högre lön för att intressera sökande.<sup>151</sup>

#### 4.3.4 Analys

Landstinget inleder med två skäl för löneskillnaden, kollektivavtalsbakgrunden och marknadskrafterna. Gällande kollektivavtalsbakgrunden så menar landstinget dels att kollektivavtalen i sig är könsneutrala och att en lönesättning baserad på kollektivavtal inte kan vara diskriminerande. Dels menar landstinget att det i kollektivavtalen

---

<sup>148</sup> AD 2001 nr 76 s. 25.

<sup>149</sup> AD 2001 nr 76 s. 24.

<sup>150</sup> AD 2001 nr 76 s. 28.

<sup>151</sup> AD 2001 nr 76 s. 32.

uttrycks en princip som säger att arbetsgivaren vid lönesättningen ska ta hänsyn till marknaden. Här övergår alltså kollektivavtalsbakgrunden till att vara en del av marknadsargumentet. Ytterligare delar i marknadsargumentet är att den medicintekniske ingenjören har en större alternativ marknad, dels pga. hans breda kompetens och dels pga. det sk. interna marknadsvärdet som han har genom sina specialistkunskaper. Andra delar i marknadsargumentet är att det har varit hög omsättning på de medicintekniska ingenjörerna på sjukhuset och att den i målet aktuella medicintekniske ingenjören blivit kvarköpt vid ett tillfälle.

Det som Arbetsdomstolen tagit fasta på är jämförelsen mellan den medicintekniske ingenjörens alternativa arbetsmarknad och intensivvårdssjuksköterskans alternativa arbetsmarknad och det som blir avgörande är att den medicintekniske ingenjören har en större alternativ arbetsmarknad och att lönerna på den marknaden (den privata sektorn) är högre. Det och att den medicintekniske ingenjören har blivit kvarköpt vid ett tillfälle motiverar hans högre lön.

## **4.4 AD 2013 nr 64**

### **Behandlingssekreterarmålet**

Ett behandlingshem anställde en ny, manlig, behandlingssekreterare och gav honom högre lön än en sedan tidigare anställd kvinnlig behandlingssekreterare. Behandlingshemmet hade i jobbannonsen särskilt uttalat att man välkomnade manliga sökande eftersom behandlingshemmet var en kvinnodominerad arbetsplats. I annonsen framgick också att det var meriterande att ha arbetat med spädbarn, eftersom behandlingshemmet var specialiserat på att arbeta med spädbarn och deras anknytning till sina föräldrar. Den manliga behandlingssekreteraren fick en betydligt högre lön när han anställdes än vad de andra behandlingssekreterarna som redan arbetade på behandlingshemmet hade i lön.<sup>152</sup> Fackföreningen Vision förde den kvinnliga behandlingssekreterarens talan och menade att hon blivit diskriminerad och stödde sig på diskrimineringsförbudet i 2 kap. 1§ DiskL.

#### **4.4.1 Behandlingshemmet**

Arbetsgivaren menade att den manlige behandlingssekreteraren fått den lön han begärde vid nyanställningen eftersom han gått en särskild fortbildning och hade erfarenhet av att arbeta med en särskild behandlingsmodell som behandlingshemmet höll på att införa. Det rörde sig om en behandlingsmodell som samtliga i personalstyrkan hade utbildning inom men den manlige behandlingssekreteraren hade förutom grundutbildningen också en vidareutbildning samt erfarenhet av att ha arbetat med modellen i sitt tidigare arbete. Behandlingsmodellen användes på många

---

<sup>152</sup> AD 2013 nr 64 s. 3.

behandlingshem i Sverige och efterfrågades i allt större utsträckning av behandlingshemmets kunder (kommunernas socialtjänster).<sup>153</sup>

Arbetsgivaren anförde att det inte funnits något uttalat syfte att anställa någon med kunskap om behandlingsmodellen och det fanns inte heller något krav på detta i annonsen. Men då det visade sig att den manliga behandlingssekreteraren hade särskild kunskap om och erfarenhet av modellen sågs det som meriterande. Arbetsgivaren menade att eftersom det var en nyanställningssituation och verksamheten hade behov av den särskilda kunskap och erfarenhet som den manliga behandlingssekreteraren besatt var lönesättningen ett resultat av marknadskrafterna, och därmed sakligt motiverad. Arbetsgivaren sade bland annat att införandet av den nya modellen inte hade gått att genomföra utan den manlige behandlingssekreterarens kunskap och erfarenhet.<sup>154</sup>

Arbetsgivaren menade att den manlige behandlingssekreteraren fått den lön han begärde efter viss diskussion och försök att få honom att gå med på en lägre lön. Arbetsgivaren gick med på den lön som den manlige behandlingssekreteraren begärde eftersom arbetsplatsen var i behov av den utbildning och erfarenhet som han kunde bidra med och beskrev det som ”ett resultat av marknadskrafter”.<sup>155</sup>

Bolaget hänvisade till det aktuella kollektivavtalet, Vård- och omsorgsavtalet, och dess 6§ där följande framgick:

*”Lönen är individuell och differentierad och ska bestämmas med hänsyn till ansvar och svårighetsgrad i arbetsuppgifterna och arbetstagarens sätt att uppfylla dessa uppgifter. Lönen ökar med stigande ansvar och svårighetsgrad och med arbetstagarens prestation och duglighet. Även marknadskrafterna påverkar löneavvägningen. Samma principer för lönesättningen ska gälla för kvinnor och män, liksom för yngre och äldre arbetstagare. Det är ett gemensamt ansvar för arbetsgivare, arbetstagare och arbetstagarorganisation att få bort könsrelaterade orättvisor på arbetsplatserna.”*<sup>156</sup>

## 4.4.2 Vision

Vision menade att inget av det bolaget anfört gav stöd för att bryta presumtionen. Fackförbundet bemötte inte marknadsargumentet mer än genom att hävda att ”[m]arknadsprinciperna kan inte tillämpas på det sätt som bolaget har gjort eftersom det i sig innebär en diskriminering.”<sup>157</sup>

---

<sup>153</sup> AD 2013 nr 64 s. 5.

<sup>154</sup> AD 2013 nr 64 s. 6.

<sup>155</sup> AD 2013 nr 64 s. 8.

<sup>156</sup> AD 2001 nr 64 s. 6.

<sup>157</sup> AD 2013 nr 64 s. 4.

### 4.4.3 Arbetsdomstolen

Arbetsdomstolen påpekade att man i tidigare praxis och i EU-rätten slagit fast att lönesättningar som styrs av marknadskrafter inte strider mot likalöneprincipen om de är sakligt och rationellt motiverade. Med hänvisning till *Socialkonsulentmålet* uttalade Arbetsdomstolen att det inte finns något hinder mot att ge olika lön till en man och en kvinna som utför likvärdigt arbete om lönen svarar mot verkliga behov och är adekvat och nödvändig för att uppnå det eftersträvade resultatet.<sup>158</sup>

Vidare konstaterade Arbetsdomstolen att då behandlingshemmet varit tvunget att införa den nya modellen för att möta kommunernas krav så skulle det ha stor nytta av den manliga behandlingssekreterarens kompetens och att behandlingshemmet då gav honom den lön han begärde ansågs vara sakliga skäl. Domstolen gick inte närmare in i diskussionen kring vad som varit marknadskrafter eller vad som gjorde marknaden till sakligt skäl utan man nöjde sig med att konstatera att EU-domstolen slagit fast att det inte finns något hinder mot att ge en man och en kvinna som utför likvärdigt arbete olika lön om det finns ett verkligt behov och det kan anses vara adekvat och nödvändigt för att uppnå det eftersträvade resultatet.<sup>159</sup> Arbetsdomstolen avslog Visions talan i en enhällig dom.<sup>160</sup>

### 4.4.4 Analys

Behandlingshemmet baserar här marknadsargumentet på att den manlige behandlingssekreteraren hade särskild kunskap och erfarenhet av den behandlingsmetod som behandlingshemmet önskade införa. Det faktum att det var en nyanställningssituation lyfts också fram, trots att det framgår att den särskilda kunskap och erfarenhet som den manlige behandlingssekreteraren hade inte hade efterfrågats i annonsen.

Det som blir avgörande är att behandlingshemmet varit i en situation där man varit tvungen att införa den nya arbetsmodellen och när den manlige behandlingssekreteraren visar sig ha kunskap och erfarenhet av den så blir det också nödvändigt att ge honom den lön han begär.

## 4.5 Marknadsargumentet i litteraturen

Syftet med den här delen är att lyfta fram andras analyser och perspektiv av marknadsargumentet i Arbetsdomstolens praxis.

---

<sup>158</sup> AD 2013 nr 64 s. 10.

<sup>159</sup> AD 2013 nr 64 s. 10.

<sup>160</sup> AD 2013 nr 64 s. 11.

## 4.5.1 Norberg

Per Norberg har i *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*<sup>161</sup> beskrivit förfarandet i lönediskrimineringstvister utifrån fyra steg. Den teoretiska uppdelningen mellan direkt och indirekt diskriminering är svår att upprätthålla i lönediskrimineringstvister som utgår från en presumerad lönediskriminering, menar Norberg.<sup>162</sup> Direkt diskriminering förutsätter som tidigare nämnt ett missgynnande, en jämförbar situation och ett orsakssamband. Indirekt diskriminering förutsätter också ett missgynnande men mynnar sedan ut i en jämförelse och en intresseavvägning.<sup>163</sup> Norberg illustrerar lönediskrimineringstvister utifrån följande fyra steg:

1. *Käranden bevisar fakta som gör det rimligt att anta att (direkt) lönediskriminering föreligger (vanligtvis är det en löneskillnad och lika eller likvärdigt arbete).*
2. *Arbetsgivaren försöker motbevisa presumptionen.*
3. *Lyckas arbetsgivaren visa att löneskillnaden grundas på ett kriterium som inte direkt bygger på kön kan käranden föra fram bevisning om att kriteriet ger upphov till en indirekt diskriminering.*
4. *Lyckas käranden visa att tillämpningen av kriteriet leder till indirekt diskriminering försöker arbetsgivaren försvara sitt handlande.*<sup>164</sup>

Gällande direkt diskriminering är de två första stegen som är relevanta. Käranden visar att det har förelegat en löneskillnad och arbetena som han eller hon samt jämförelsepersonen utfört är att betrakta som lika eller likvärdiga. Då uppstår presumptionen om lönediskriminering och arbetsgivaren måste bryta det presumerade orsakssambandet för att gå fri från diskrimineringsanklagelsen. Arbetsgivaren måste alltså kunna visa att löneskillnaden inte har något samband med arbetstagarnas kön.<sup>165</sup>

Avseende mål om indirekt diskriminering så är samtliga steg relevanta. Det första steget fungerar på samma sätt som vid direkt diskriminering medan det i det andra steget kan vara så att parterna är överens om vad det är

---

<sup>161</sup> Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007.

<sup>162</sup> Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s. 107.

<sup>163</sup> Prop. 1999/2000:143 s. 32, 43.

<sup>164</sup> Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s. 107.

<sup>165</sup> Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s. 108.

löneskillnaden beror på.<sup>166</sup> Dvs. om missgynnandet inte direkt beror på kön så kan parterna vara överens om vad det är löneskillnaden beror på. Det kan som nämnts tidigare var en regel, ett kriterium eller ett förfaringssätt. Käranden kan då visa att tillämpningen av regeln, kriteriet eller förfaringssättet medför att betydligt fler arbetstagare av det ena könet drabbas. Som exempel har tidigare nämnts *Bilkamålet* där en regel som medförde sämre förmåner för deltidsanställda fick den effekten att betydligt fler kvinnor än män drabbades av de sämre förmånerna. Jämförelsen mellan grupperna av arbetstagare är således det tredje steget.<sup>167</sup>

Om käranden kan visa att tillämpningen får diskriminerande effekt blir steg fyra aktuellt där en intresseavvägning görs. Intresseavvägningen består av *Bilkatestet*.<sup>168</sup> Det betyder att arbetsgivaren måste visa på att det finns objektiva godtagbara skäl och att de skälen är föranledda av ett verkligt behov, är adekvata och nödvändiga för att nå det eftersträvade målet samt att de objektiva godtagbara skälen i sig inte är könsdiskriminerande.<sup>169</sup> Den andra delen av *Bilkatestet*, dvs. frågan om de objektiva godtagbara skälen i sig är könsdiskriminerande, menar Norberg har kommit i skymundan i svensk praxis eftersom man inte skiljer mellan bedömningen om ett skäl är objektiva godtagbart och om det är könsdiskriminerande. I svensk praxis ses *Bilkatestet* som en helhet och inte som två delar. Anses ett skäl vara objektiva godtagbart så anses det inte heller vara könsdiskriminerande. Som exempel nämns marknadspris, eller marknadsmässig lön, vilket kan vara objektiva godtagbart utifrån den aktuella marknadssituationen samtidigt som det kan spegla könsdiskriminerande strukturer.<sup>170</sup>

Svårigheten i att upprätthålla skillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering i lönediskrimineringstvister beror på att steg två och steg fyra påminner om varandra och att bedömningen då ofta sammanfaller i svensk praxis.<sup>171</sup> Om man tar marknaden som argument för löneskillnader så måste arbetsgivaren i steg två visa att marknaden är anledningen till löneskillnaden och att det inte finns något samband med arbetstagarnas kön (för att bryta orsakssambandet). I steg fyra, som ju är *Bilkatestet*, ska arbetsgivaren visa att marknaden är ett objektiva godtagbart skäl som är adekvat och nödvändigt samt att marknaden i sig inte är könsdiskriminerande. Norberg menar därför att det inte är konstigt att

---

<sup>166</sup> Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s. 108.

<sup>167</sup> Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s. 108.

<sup>168</sup> Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s. 108.

<sup>169</sup> Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s. 101.

<sup>170</sup> Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s. 102.

<sup>171</sup> Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s. 109-110.

motbevisningen av presumptionen (steg två) och *Bilkatestet* (steg fyra) blandas ihop till en generell proportionalitetsbedömning.<sup>172</sup>

Norberg menar att Arbetsdomstolen nöjer sig med att godta arbetsgivarens argument att marknadsmässig lön är det samma som normal lön för den aktuella yrkesgruppen och att det som är normalt på arbetsmarknaden också är icke-diskriminerande.<sup>173</sup> Norberg pekar på att om man i svensk praxis nöjer sig med att arbetsgivaren ska visa att de löner han betalar till respektive arbetstagare motsvarar de löner som arbetstagare i de aktuella yrkesgrupperna normalt får – dvs. betalar marknadsmässig lön så nöjer man sig med att göra ett halvt *Bilkatest*. Hade man begärt hela *Bilkatestet* hade man också krävt att marknadsargumentet ska vara fritt från diskriminerande strukturer.<sup>174</sup> Som exempel visar Norberg på *Barnmorskemålet II* där arbetsgivaren bara behövde visa att den lön som barnmorskorna och klinikingenjören hade motsvarade vad andra arbetsgivare betalade sina barnmorskor och klinikingenjörer. Arbetsdomstolen godtog också argumentet att landstinget skulle få svårare att rekrytera och bibehålla klinikingenjörer om man sänkte lönen.<sup>175</sup> ”*Om marknadens funktion bidragit till att skapa en lönediskriminering är det relevanta måttet på rättvisa löner inte den genomsnittliga lönenivån för de olika yrkesgrupperna i Sverige.*”<sup>176</sup>

Norberg argumenterar för att om marknadsanalysen i lönediskrimineringsmål ska bli meningsfull måste Arbetsdomstolen ställa krav på arbetsgivaren att inte bara visa på gällande marknadsmässig lön utan också att visa att de marknadskrafter som bidragit till den marknadsmässiga lönen är fria från könsdiskriminerande värderingar och strukturer. Först om arbetsgivaren kan visa det bör marknadsargumentet godtas som ett sakligt skäl för löneskillnader. Marknadsargumentet skulle då delas upp i acceptabla marknadskrafter och marknadskrafter som speglar könsdiskriminerande strukturer.<sup>177</sup>

Norberg diskuterar också Arbetsdomstolens förhållande till marknadsargumentet i *Barnmorskemålet och marknaden- betydelsen av effektivitetslöneteorin*<sup>178</sup> och jämför med hur brittiska domstolar hanterar marknadsargumentet. Norberg pekar på att brittiska domstolar går ett steg längre än Arbetsdomstolen gällande marknadsargumentet och nöjer sig inte med att arbetsgivaren visar att lönerna är marknadsmässiga utan kräver

---

<sup>172</sup>Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s. 110.

<sup>173</sup>Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s. 210.

<sup>174</sup>Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s.131.

<sup>175</sup>Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s. 210.

<sup>176</sup>Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s. 210.

<sup>177</sup>Per Norberg, ”Barnmorskemålet och marknaden – betydelsen av effektivitetslöneteorin”. I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s. 197.

<sup>178</sup>Per Norberg, ”Barnmorskemålet och marknaden – betydelsen av effektivitetslöneteorin”. I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson).

också att arbetsgivaren kan visa att de marknadskrafter som bidrar till det rådande löneläget också är fria från diskriminering.<sup>179</sup> Norberg refererar också till brittiska Equal Opportunities Commission och dess hemsida där man på punkt upp vilka typer av frågor som en arbetsgivare som hävdar att marknadskrafterna är orsaken till en förestående löneskillnad kan behöva svara på. Som exempel kan nämnas ”*details of the steps taken to obtain information on the 'market' rate at the point of recruitment.*”<sup>180</sup>

## 4.5.2 Bjørst

Byrial Bjørst har skrivit avhandlingen *Ligeløn for job af samme værdi* vid Köpenhamns universitet och har som en del av avhandlingen tittat på svensk likalönerätt och jämfört den med dansk. Han menar att det är tydligt att Arbetsdomstolen i både *Barnmorskemålet I* och *Barnmorskemålet II* haft stor respekt för den svenska modellen och att lön och andra anställningsvillkor är frågor som arbetsmarknadens parter förfogar över genom förhandlingar och avtal.<sup>181</sup> Bjørst menar att lönediskrimineringstvister behandlas olika i Sverige och Danmark. I Danmark har arbetsmarknadens parter sett likalöneprincipen som både en individuell och en kollektiv rättighet. Som exempel nämner han EU-rättsfallet *Danfoss*<sup>182</sup> i vilket flera hundra arbetstagare jämfördes utan att man gick in på enskilda arbetstagares arbetsuppgifter eller lön, skiljedomstolen tog istället fasta på att det fanns en statistiskt signifikant löneskillnad mellan arbetstagarna inom olika grupper.<sup>183</sup> Varför tillämpningen av likalöneprincipen skiljer sig åt trots att svensk och dansk arbetsrätt har många likheter och att likalöneprincipen har sitt ursprung i samma internationella konventioner tror Bjørst delvis kan bero på två saker. I Danmark prövas tolkning av kollektivavtal av en skiljedomstol kallad faglig voldgift och det första lönediskrimineringsmålet i dansk rätt gällde just löner i kollektivavtal varför det blivit naturligt att pröva lönediskrimineringsmål där och på så vis har också den kollektiva sidan av likalöneprincipen fått större utrymme.<sup>184</sup> Den andra delen är den svenska utvecklingen där den första jämställdhetslagen introducerades ”över huvudet” på arbetsmarknadens parter (som ju var negativt inställda till både ratificering av ILO konvention nr 100 och lagstiftning på jämställdhetsområdet). Det menar Bjørst har gjort att arbetsmarknadens parter sett likalöneprincipen mer som en individuell rättighet än som en del

---

<sup>179</sup> Per Norberg, ”Barnmorskemålet och marknaden – betydelsen av effektivitetsteori”. I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s.187.

<sup>180</sup> Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s.215.

<sup>181</sup> Per Norberg, ”Barnmorskemålet och marknaden – betydelsen av effektivitetsteori”. I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s. 225.

<sup>182</sup> C- 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsgiverforening REG 1989 3199.

<sup>183</sup> Per Norberg, ”Barnmorskemålet och marknaden – betydelsen av effektivitetsteori”. I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s.230

<sup>184</sup> Per Norberg, ”Barnmorskemålet och marknaden – betydelsen av effektivitetsteori”. I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s. 231.



av den kollektiva arbetsrätten.<sup>185</sup> Detta menar Bjørst syns också genom att det är JämO som har fört arbetstagarnas talan i flera av de svenska lönediskrimineringsstvisterna i Arbetsdomstolen, och inte arbetstagarnas fackföreningar.<sup>186</sup>

Bjørst pekar på att arbetsgivarna i svenska lönediskrimineringsstviser ofta i sin argumentation skiljer mellan kollektivavtalen och marknadskrafterna som skäl för lönesättningen. En sådan uppdelning är inte meningsfull, menar Bjørst :

*”Om löneskillnaden härrör från ett individuellt framförhandlat marknadspris eller är resultatet av kollektiva överenskommelser är förenklat uttryckt en individuell samt en kollektiv avspegling av samma marknad.”<sup>187</sup>*

Marknaden kan inte ses som en faktor utan som en sammanvägning av flera faktorer menar Bjørst. Som exempel på faktorer nämns utbud och efterfrågan men också olika preferenser och traditioner och att marknadskrafterna fått styra vid en lönesättning innebär inte att lönesättningen saknar samband med kön.<sup>188</sup> Han tror att det framförallt i tvister om likvärdigt men artskilt arbete blir viktigt att kunna visa på att marknadspriset som är uttryckt i kollektivavtalen är påverkat av arbetstagarnas kön. Det skulle t.ex. kunna göras genom att visa på historiska och sociologiska studier som visar hur och varför löneskillnader har uppstått mellan olika kollektivavtalsområden.<sup>189</sup>

### 4.5.3 Svenaeus

Lena Svenaeus är f.d. JämO och argumenterar i *Marknaden – könsneutral prislapp på arbetskraft eller kvitto på etablerad lönediskriminering?*<sup>190</sup> för att begreppet marknaden ges olika innebörd i Arbetsdomstolens domar. Hon jämför *Barnmorskemålet II* och *Socialkonsulentmålet*. Som exempel lyfter Svenaeus upp att det i *Barnmorskemålet II* läggs stor vikt vid den manlige klinikingenjörrens alternativa marknad inom det privata näringslivet och trots att han inte gett uttryck för att vara missnöjd med sitt jobb eller vara beredd att byta jobb så godtar Arbetsdomstolen landstingets påstående att

---

<sup>185</sup> Per Norberg, ”Barnmorskemålet och marknaden – betydelsen av effektivitetsteori”. I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s. 231.

<sup>186</sup> Byrial Bjørst, *Ligeløn for job af samme værdi*, Köpenhamn, 2005, s.128.

<sup>187</sup>Byrial Bjørst, ”En smak av diskriminering”, I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s. 226.

<sup>188</sup> Byrial Bjørst, ”En smak av diskriminering”, I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s. 241.

<sup>189</sup> Byrial Bjørst, ”En smak av diskriminering”, I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s. 242-243.

<sup>190</sup> Lena Svenaeus, ”Marknaden – könsneutral prislapp på arbetskraft eller kvitto på etablerad lönediskriminering”, I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s.107.

man varit nödsakat att ge klinikingenjören en högre lön.<sup>191</sup> Landstinget avkrävs med andra ord inte på några bevis för att det faktiskt legat ett verkligt behov bakom. Klinikingenjörens lön jämförs med andra klinikingenjörers lön och barnmorskornas lön jämförs med andra barnmorskors lön. Det betyder att så länge arbetsgivaren betalar en lön som motsvarar vad andra liknande arbetsgivare betalar kan löneskillnaden inte vara könsdiskriminerande.<sup>192</sup>

I *Socialkonsulentmålet* menar Svenaeus att marknaden blir synonym med det löneläge för socialkonsulenter som återfinns hos kommunerna. Här menar Svenaeus att domstolen borde ha granskat rekryteringsprocessen för att utröna om det var nödvändigt att anställa de manliga socialkonsulenterna till de löner som de begärde. Domstolen borde ha krävt att länsstyrelsen visade att den kunskap och erfarenhet som man efterfrågade inte kunde fås på något annat, billigare, sätt.<sup>193</sup>

Den kvinnliga socialkonsulenten Kerstin J hade före vikariatet på länsstyrelsen också arbetat i kommunen, trots det fick hon lägre lön än de båda manliga socialkonsulenterna som anställdes samtidigt. Att hon rimligtvis också kunde söka sig tillbaka till kommunen reflekterades det inte över. Marknadskrafterna bet med andra ord inte på henne, men däremot på de båda manliga socialkonsulenterna.<sup>194</sup>

Svenaeus sammanfattar det med följande:

*”Man kan uttrycka det så, att könen hålls isär när det gäller lönejämförelser. Isärhållandet upprätthålls i barnmorskemålet genom att peka på att kvinna och man tillhör olika yrkeskategorier. När detta inte kan åberopas därför att kvinnan och mannen faktiskt tillhör samma yrkeskategori, upprätthåller domstolen könsbarriären genom att peka på andra skillnader. I Socialkonsulentmålet låter man frågan om vilken arbetsgivare en sökande har vid anställningstillfället bilda barriär. Som en kameleont får ordet marknaden nu ändra innebörd och betyda just detta.”*<sup>195</sup>

---

<sup>191</sup> Lena Svenaeus, ”Marknaden – könsneutral prislapp på arbetskraft eller kvitto på etablerad lönediskriminering”, I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s. 112f.

<sup>192</sup> Lena Svenaeus, ”Marknaden – könsneutral prislapp på arbetskraft eller kvitto på etablerad lönediskriminering”, I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s.114.

<sup>193</sup> Lena Svenaeus, ”Marknaden – könsneutral prislapp på arbetskraft eller kvitto på etablerad lönediskriminering”, I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s. 115.

<sup>194</sup> Lena Svenaeus, ”Marknaden – könsneutral prislapp på arbetskraft eller kvitto på etablerad lönediskriminering”, I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s. 115ff.

<sup>195</sup> Lena Svenaeus, ”Marknaden – könsneutral prislapp på arbetskraft eller kvitto på etablerad lönediskriminering”, I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson) s.117.

## 4.5.4 Calmfors och Richardson

Lars Calmfors, professor i internationell ekonomi, och Katarina Richardson, anställd på institutet för arbetsmarknadspolitisk utvärdering, diskuterar i rapporten *Marknadskrafterna och lönebildningen i landsting och regioner* hur marknadskrafterna påverkar lönebildningen i landsting och regioner.<sup>196</sup> Det är viktigt att uppmärksamma att alla de fyra rättsfallen i rättsfallsanalysen behandlar löneskillnader inom den offentliga sektorn. Därför är Calmfors och Richardsons rapport särskilt intressant.

I rapporten diskuteras bl.a. *Intensivvårdssjuksköterskemålet* och hur Arbetsdomstolen där förhåller sig till marknadsargumentet. Calmfors och Richardson tolkar det som att Arbetsdomstolen förstår marknadsargumentet som att sjukhusteknikerns arbetsmarknad karakteriseras av konkurrens om arbetskraften från flera arbetsgivare.<sup>197</sup> Intensivvårdssjuksköterskans arbetsmarknad karakteriseras istället av en bristande konkurrens från olika arbetsgivare.<sup>198</sup> När en arbetsmarknad karakteriseras av få arbetsgivare som konkurrerar om arbetskraften är det också möjligt för arbetsgivaren att hålla lönerna nere. Det innebär inte att efterfrågan i sig är liten men de arbetsgivare som konkurrerar om arbetskraften är få.<sup>199</sup> Arbetsgivaren får då en större marknadsmakt och är inte tvungen att matcha lönerna med den alternativa arbetsmarknaden. Calmfors och Richardson framhåller att skillnader mellan arbetsgivares marknadsmakt kan vara en viktig delförklaring till att kvinnor har lägre lön än män i arbeten som anses vara likvärdiga. Kvinnodominerade yrken återfinns i regel inom den offentliga sektorn där arbetsgivarna (bl.a. kommun och landsting) sitter på en stor marknadsmakt.<sup>200</sup>

Situationen på arbetsmarknaden kan vara ett objektivet skäl för löneskillnader, under förutsättning att marknaden i sig inte är könsdiskriminerande, och Calmfors och Richardson menar att Arbetsdomstolen i *Intensivvårdssjuksköterskemålet* nöjer sig med att resonera kring det aktuella löneläget på respektive arbetstagares alternativa marknad och resonerar inte kring varför det är en skillnad i marknadslön. De menar att Arbetsdomstolen borde ha ställt frågan om anledningen till intensivvårdssjuksköterskans lägre marknadslön beror på att den alternativa

---

<sup>196</sup> Lars Calmfors och Katarina Richardson, *Marknadskrafterna och lönebildningen i landsting och regioner*, Institutets för arbetsmarknadspolitisk utvärdering rapport 2004:9, s.3.

<sup>197</sup> Lars Calmfors och Katarina Richardson, *Marknadskrafterna och lönebildningen i landsting och regioner*, Institutets för arbetsmarknadspolitisk utvärdering rapport 2004:9, s.45.

<sup>198</sup> Lars Calmfors och Katarina Richardson, *Marknadskrafterna och lönebildningen i landsting och regioner*, Institutets för arbetsmarknadspolitisk utvärdering rapport 2004:9, s. 46.

<sup>199</sup> Lars Calmfors och Katarina Richardson, *Marknadskrafterna och lönebildningen i landsting och regioner*, Institutets för arbetsmarknadspolitisk utvärdering rapport 2004:9, s. 42.

<sup>200</sup> Lars Calmfors och Katarina Richardson, *Marknadskrafterna och lönebildningen i landsting och regioner*, Institutets för arbetsmarknadspolitisk utvärdering rapport 2004:9, s.43.

arbetsmarknaden är liten.<sup>201</sup> Med andra ord, *beror intensivvårdssjuksköterskans lägre lön på att landstinget är en av få arbetsgivare på arbetsmarknaden och därmed har en stor marknadsmakt och kan pressa ner lönerna?* En diskussion kring det menar Calmfors och Richardson skulle underlätta för Arbetsdomstolen i utredningen.<sup>202</sup>

Calmfors och Richardson förklarar också att en arbetsgivares marknadsmakt även påverkar lönen för redan anställda arbetstagare. Arbetsgivarens marknadsmakt gör sig starkare gällande avseende sedan länge anställda arbetstagare än nyanställda. Det beror på att rörligheten är större när en arbetstagare träder in på arbetsmarknaden än senare när arbetstagaren väl fått ett arbete. Det innebär att arbetsgivare kan hålla tillbaka lönerna mer för redan anställda än vid en nyrekrytering.<sup>203</sup> Calmfors och Richardson refererar inte till *Socialkonsulentmålet* i sin rapport men det är rimligt att anta att arbetsgivarens och Arbetsdomstolens resonemang i det målet avseende den kvinnliga socialkonsulenten Kerstin J bottnar i det här.

---

<sup>201</sup> Lars Calmfors och Katarina Richardson, *Marknadskrafterna och lönebildningen i landsting och regioner*, Institutets för arbetsmarknadspolitisk utvärdering rapport 2004:9, s.47.

<sup>202</sup> Lars Calmfors och Katarina Richardson, *Marknadskrafterna och lönebildningen i landsting och regioner*, Institutets för arbetsmarknadspolitisk utvärdering rapport 2004:9, s.47.

<sup>203</sup> Lars Calmfors och Katarina Richardson, *Marknadskrafterna och lönebildningen i landsting och regioner*, Institutets för arbetsmarknadspolitisk utvärdering rapport 2004:9, s.49.

## 5 Slutsatser

Inledningsvis ställdes två frågor.

- Hur används marknadsargumentet i Arbetsdomstolens praxis?
- Är sättet som marknadsargumentet används på i Arbetsdomstolens praxis förenligt med den unionsrättsliga likalöneprincipen?

Utifrån rättsanalysen av de fyra rättsfallen tycker jag att man kan se att marknadsargumentet används på lite olika vis. Det får lite olika innebörd i de olika rättsfallen. Ibland innebär marknadsargumentet en hänvisning till en större alternativ arbetsmarknad där det betalas högre löner. Det motiverar då löneskillnader. Detta syns framförallt i *Barnmorskemålet II* och i *Intensivvårdssjuksköterskemålet*. I de andra två målen (*Socialkonsulentmålet* och *Behandlingssekreterarmålet*) innebär marknadsargumentet att särskild kunskap och/eller erfarenhet som arbetsgivaren är i behov av kan motivera löneskillnader. Detta gör sig särskilt gällande i nyanställningssituationer. För att kunna locka till sig arbetstagare med viss kunskap och/eller erfarenhet är arbetsgivaren beredd att betala en högre lön än vad han eller hon annars skulle göra för samma yrkesgrupp. Arbetsdomstolen har godtagit detta och det ligger också i linje med EU-domstolens uttalande i *Enderbydomen* om att situationen på arbetsmarknaden kan vara ett objektiva skäl.

Ser man på *Barnmorskemålet II* utifrån de fyra stegen i Norbergs illustration över lönediskrimineringstyper så blir det rörigt. Det är svårt att reda ut om Arbetsdomstolen menar att det handlar om direkt eller indirekt diskriminering. Ser man till Arbetsdomstolens domskäl så är det inte helt klart vilka delar som utgör landstingets försök att motbevisa orsakssambandet (steg två) och vad som är intresseavvägning (steg fyra). Det enda som egentligen är klart är att en del av löneskillnaden beror på åldersskillnaden och att ålder är ett objektiva skäl som inte har samband med kön. Utifrån Arbetsdomstolens språk kan man dock utläsa att kollektivavtalsbakgrunden kan vara en omständighet i bedömningen av om löneskillnader beror på objektiva skäl som inte har med könsdiskriminering att göra.<sup>204</sup> Gällande marknadskrafterna uttrycker sig Arbetsdomstolen som så att Landstinget varit nödsakat att betala klinikingenjören en högre lön och i sin hänvisning till *Enderbydomen* uttrycker Arbetsdomstolen att situationen på arbetsmarknaden kan vara ett objektiva grundat ekonomiskt skäl för en löneskillnad.<sup>205</sup> Det är dock oklart om detta är pga. att Arbetsdomstolen gör en generell proportionalitetsbedömning (steg två och steg fyra) eller om Arbetsdomstolen gör *Bilkatestet*.

Ser man till *Socialkonsulentmålet* så är det även där en rörig bedömning. Arbetsdomstolen konstaterar att det är de manliga socialkonsulenternas

---

<sup>204</sup> AD 2001 nr 13 s. 23.

<sup>205</sup> AD 2001 nr 13 s.24.

erfarenhet från deras tidigare kommunala anställningar som varit avgörande och inte deras kön. Trots att detta rimligtvis är Länsstyrelsens sätt att visa på att något orsakssamband inte föreligger mellan missgynnandet och arbetstagarnas kön (steg två) så hänvisar Arbetsdomstolen till *Enderbymålet* och att EU-domstolen där klargjort att det kan vara en saklig grund att arbetsgivaren vill locka till sig sökande med viss erfarenhet eller kunskap och att det sedan åligger de nationella domstolarna att undersöka om det finns ett verkligt behov som är adekvat och nödvändigt (steg fyra).

I *Intensivvårdssjuksköterskemålet* och *Behandlingssekreterarmålet* buntas också de olika stegen ihop. Arbetsdomstolen nöjer sig med att konstatera att det är den nationella domstolens uppgift att bedöma om arbetsgivaren visat på objektiva skäl som motsvarar verkliga behov, är adekvata och nödvändiga. Norberg har pekat på att eftersom svensk praxis buntar samman de olika stegen och gör en sammantagen bedömning så kommer frågan om marknaden (som objektivet godtagbart skäl) är fri från könsdiskriminering i skymundan. Marknaden konstateras vara ett objektivet godtagbart skäl om det finns ett verkligt behov, är adekvat och nödvändigt och förutsätts då inte kunna vara könsdiskriminerande.<sup>206</sup> Men marknaden bör inte ses som en faktor, det påpekas från flera håll i litteraturen, utan som en sammanvägande mekanism i vilken utbud och efterfrågan och olika värderingar och traditioner kan vägas samman.

Jag håller med Norberg i hans bedömning att Arbetsdomstolen gör en sammantagen proportionalitetsbedömning istället för att pröva de olika stegen var för sig. Men när Arbetsdomstolen gör den sammantagna bedömningen så glömmer man den ena delen av *Bilkatestet*. Situationen på arbetsmarknaden kan vara ett objektivet skäl men bara om marknaden i sig inte är könsdiskriminerande. Att marknaden inte kan användas som argument när marknaden speglar könsdiskriminerande strukturer förs fram av Vision i *Behandlingssekreterarmålet* men diskuteras inte av Arbetsdomstolen i domskälen.<sup>207</sup> Frågan som Arbetsdomstolen glömmer att ställa är således *är marknadskrafterna, så som de tar sig uttryck i det aktuella fallet, könsdiskriminerande?* Och eftersom den frågan inte ställs i något av rättsfallen är inte marknadsargumentet, så som det används i de fyra rättsfallen, förenligt med den unionsrättsliga likalöneprincipen.

---

<sup>206</sup> Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007, s. 102.

<sup>207</sup> Se AD 2013 nr 64.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### *Statens offentliga utredningar*

SOU 1953:18 *Lika lön för män och kvinnor i det statliga lönesystemet*

SOU 1978:38 *Jämställdhet i arbetslivet*

SOU 1997:136 *Kvinnors och mäns löner – varför så olika?*

### *Propositioner*

Prop. 1949:214

Prop. 1952:47

Prop. 1962:70

Prop. 1962:175

Prop. 1978/79:175

Prop. 2007/08:95

### *PM*

PM till frågan om lagstiftning mot könsdiskriminering, DS Ju 1975:7

## Litteratur

Axel Adlercreutz och Bernard Johann Mulder, *Svensk arbetsrätt*, 14:e upplagan, Stockholm, 2003

Catherine Barnard, *EC Employment law*, 3:e upplagan, Oxford, 2006

Ulf Bernitz och Anders Kjellgren, *Europarättens grunder*, 4:e upplagan, Stockholm, 2010

Byrial Bjørst, *Ligeløn for job af samme værdi*, Köpenhamn, 2005

Byrial Bjørst, ”En smak av diskriminering”, I: *Marknanden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson), Stockholm, 2007

Susanne Fransson, *Lönediskriminering*, Uppsala, 2000

Håkan Gabinus Göransson, Martina Slorach, Stefan Flemström, Naiti del Sante, *Diskrimineringslagen*, 3:e upplagan, Stockholm, 2013

Kent Källström och Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 3:e upplagan, Uppsala 2013

Per Norberg, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten*, Uppsala, 2007.

Per Norberg, ”Barnmorskemålet och marknaden – betydelsen av effektivitetslöneteori”. I: *Marknanden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson), Stockholm, 2007.

Aleksander Peczenik, *Juridikens teori och metod*, Stockholm, 1995.



Lena Svenaeus, ”Marknaden – könsneutral prislapp på arbetskraft eller kvitto på etablerad lönediskriminering”, I: *Marknaden – saklig grund för lönesättning?* (red. Susanne Fransson), Stockholm, 2007.

#### *Rapporter*

*Avtalsrörelsen och lönebildningen*, Medlingsinstitutets årsrapport 2013.

*Marknadskrafterna och lönebildningen i landsting och regioner*, Institutets för arbetsmarknadspolitisk utvärdering rapport 2004:9.

#### *Elektroniska källor*

Eurostat, Gender pay gap statistics

[http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics\\_explained/index.php/Gender\\_pay\\_gap\\_statistics](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Gender_pay_gap_statistics) hämtad 16 mars 2014.

# Rättsfallsförteckning

## Rättsfall från EU-domstolen

C-43/75 Defrenne II mot Sabena REG 1976 455

C-149/77 Defrenne III mot Sabena REG 1978 1365

C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz REG 1986  
1607

C- 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot  
Dansk Arbejdsgiverforening REG 1989 3199

C-262/88 Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance  
Group. REG 1990 I-01889

C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority och  
Secretary of State REG 1993 I-05535

C-400/93 Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri REG  
1995 I-01275

Förenade målen C-270/97 och 271/97 Deutsche Post mot Sievers and  
Schrage REG 2000 I-929

C-309/97 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot  
Wiener Gebietskrankenkasse REG 1999 I-02865

C-256/01 Allonby mot Accrington & Rossendale College, Education  
Lecturing Services REG 2004 I-00873

## **Rättsfall från Arbetsdomstolen**

AD 1996 nr 41

AD 2001 nr 13

AD 2001 nr 51

AD 2001 nr 76

AD 2013 nr 64