



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Daniel Sällberg

Lönediskriminering

En kritisk granskning av Arbetsdomstolens praxis vid lönediskriminering
mellan män och kvinnor

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: VT 2015

Sometimes a sentence can be understood only if it is read at the *right tempo*. My sentences are all to be read *slowly*.

- Ludwig Wittgenstein

Summary

The Swedish Labour Court has on only two occasions ruled in favor of the plaintiff in cases of wage discrimination based on sex, and not once since 1996. Since then, a new anti-discrimination law has been passed. EU-legislation has moved some of its focus towards civil rights and equality between the sexes is now one of its main principles. In the Swedish workforce wages are now more than ever settled on an individual basis. Despite this, the gap in salaries between men and women is around 13 percent calculated over all industry and government.

This essay is written with a critical perspective and the intent to review existing legislation in Sweden and the EU. It then compares it with existing practices. What factors will determine whether two work situations can be determined equal or of equal value? And what reasons would allow giving a man a higher salary than a woman (or vice versa), for work considered equal or of equal value? For this purpose, Swedish and EU law are examined and analyzed in view of corresponding court rulings.

Some of the conclusions of this paper is that the Swedish Labour Court has been acting within Swedish and EU legislation with an exception regarding the principle of proportionality. Certainly there are situations where market reasons warrant giving a man a higher salary than a woman, or vice versa, but where the European Court of Justice examines what *part* of the wage gap can be justified, the Swedish Labour Court leaves this question completely unanswered in their latest ruling.

Sammanfattning

Arbetsdomstolen har som högsta instans endast vid två tillfällen fällt en arbetsgivare för lönediskriminering på grund av kön i Sverige och senast det hände var 1996. Sedan dess har vi fått en ny diskrimineringslag, EU-rätten har fått ett ökat fokus på civila rättigheter och jämlikhet mellan könen har gått från att vara en konkurrensfråga till en av EU:s huvudprinciper. Den individuella lönesättningen har vunnit mark mot de i lönefrågor tidigare så avgörande kollektivavtalen. Trots detta finns ett generellt lönegap i Sverige mellan män och kvinnor på cirka 13 procent. Denna uppsats är skriven med avsikt att kritiskt granska gällande lagstiftning inom Sverige och i EU, för att sedan jämföra den med

gällande praxis. Vilka faktorer blir avgörande för om två arbetssituationer över huvud taget kan jämföras och vilka skäl är tillåtna för att ge en man högre lön än en kvinna då arbetena är att anses som lika eller likvärdiga?

I uppsatsen redovisas och tolkas gällande lagstiftning från Sverige och EU. De fall som hittills prövats i Arbetsdomstolen presenteras och analyseras tillsammans med liknande avgöranden från EU-domstolen. Då avgörandet i AD 2013 nr 64 är det första sedan 2001 och det enda sedan vår nya diskrimineringslag började gälla har det fått en egen rubrik och lite extra utrymme i den efterföljande analysen.

Några av slutsatserna från uppsatsen är att AD:s praxis håller sig inom EU-rättens ramar i allt utom proportionalitetsprincipen. Visst kan det finnas marknadsskäl att ge en man högre lön än en kvinna i vissa fall, men där EU-domstolen prövar till vilken *del* lönegapet kan motiveras har AD gått från ett par skiljaktiga meningar i tidigare domar till att lämna frågan helt obesvarad i det senaste avgörandet.

Innehållsförteckning

	Summary	3
	Sammanfattning	3
	Förkortningar	6
1...	Introduktion	7
2...	Forskningsläge	8
3...	Problemområde	8
4...	Syfte & Frågeställningar	10
5...	Avgränsning	10
5...	Teori	10
6...	Metod	12
6.1...	Analysstrategi	12
6.2...	Reliabilitet/validitet	12
7...	Lagstiftning	13
7.1...	EU	13
7.1.1...	Lissabonfördraget och stadgan	14
7.1.2...	Recastdirektivet	14
7.2...	Sverige	15
7.2.1...	Jämställdhetslagen	16
7.2.2 ...	Diskrimineringslagen	17
8....	Praxis	18
8.1...	EU	18
8.1.1...	Bevisbördans placering	18
8.1.2...	Lika eller likvärdigt arbete	19
8.1.3...	Marknadsargumentet	21
8.2...	Sverige	21
8.2.1...	Bevisbördans placering	21
8.2.2...	Lika eller likvärdigt arbete	23
8.2.3...	Marknadsargumentet	25
8.2.4...	AD 2013 nr 64	26
9...	Sammanfattande analys	29
9.1...	Är arbetena att anse som lika eller likvärdiga?	29
9.2...	Föreligger ett missgynnande?	30
9.3...	Visa på objektiva faktorer	30
10...	Slutsatser & Diskussion	32
	Käll- och litteraturförteckning	33

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol (tidigare EG-domstolen)
ILO	International Labour Organisation (eller Internationella arbetsorganisationen)
JämO	Jämställdhetsombudsmannen
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SFS	Svensk författningssamling
SvJT	Svensk Juristtidning

1. Introduktion

Sedan 2009 gäller diskrimineringslagen¹, som ersatt bland annat jämställdhetslagen². Lagens ändamål är att motverka diskriminering, exempelvis om någon missgynnas och detta har samband med personens kön (1 kap. 1§). Diskrimineringslagen riktar sig (inom arbetslivet) uttryckligen till arbetsgivaren, som inte får diskriminera sina arbetstagare (2 kap. 1§).

Situationer där en arbetsgivare betalar olika lön till en man och en kvinna vid lika eller likvärdigt arbete är ett typfall på diskriminering inom arbetslivet. Lagen inriktar sig på den enskilda arbetsgivaren och det är alltså inte diskriminering - i lagens mening - om två arbetsgivare på samma ort och i samma bransch, bundna av samma kollektivavtal, har olika lönenivåer och att kvinnorna hos den ena arbetsgivaren har lägre löner än männen hos den andra arbetsgivaren, ens vid samma typ av arbete.

Diskussionen om löneskillnader mellan mansdominerade branscher och sektorer ligger ännu längre från lagens tillämpningsområde. De totala löneskillnader som existerar mellan män och kvinnor i samhället, ofta hänvisade till som strukturell diskriminering eller värdeminskning är med andra ord inget som går att angripa på rättslig väg.

Arbetsdomstolen har, vid sidan om kravet av en och samma arbetsgivare, ur förarbetena till den gamla jämställdhetslagen (Prop. 1990/91:113) funnit fyra huvudkriterier vid bedömningen av om arbetsuppgifterna skall anses likvärdiga: kunskap och färdigheter, ansvar, ansträngning och arbetsförhållanden³.

¹ SFS 2008:567

² SFS 1991:433

³ AD 2001:13, sid 14

2. Forskningsläge

Det har inom rättsvetenskapen forskats förhållandevis lite om lönesättningens grunder ur ett könsperspektiv fram tills tiden för vårt EU-inträde⁴. Kanske är detta ett resultat av den så kallade svenska modellen där arbetsmarknadens parter befunnits i en relativ maktbalans och samförståndsanda, vilket lett till en begränsad lagstiftning på området⁵. Anders Victorins avhandling "Lönenormering genom kollektivavtal"⁶ från 1973 är ett tidigt arbete på området där han uppmärksammar bland annat EU:s likalöneprincip, även om han snarare varnar för den än talar sig varm ("varför betala lika mycket för kvinnlig arbetskraft som för den bättre varianten?"). Catarina Callemans något nyare licensiatavhandling "Kvinnors anställningsskydd", från 1991⁷, har ett tydligt kvinnorrättsligt perspektiv och hon drar också slutsatsen att kvinnor har sämre anställningsskydd än män. Anita Dahlberg, en av de mer produktiva på området, har i ett antal arbeten kritiserat den tidigare jämställdhetslagens könsneutrala utformning⁸.

Närmast denna uppsats i syfte och frågeställning ligger Susanne Franssons avhandling Lönediskriminering från 2001⁹, där hon undersöker hur arbetsmarknaden skiljer på och särbehandlar män och kvinnor. Hennes mål är att analysera fenomenet lönediskriminering, relaterad lagstiftning, principer och arbetsrättslig praxis vad gäller kön. En av avhandlingens huvudfrågor är också just på vilket sätt domstolarna fram till 2001 tolkat lagen i fråga om könsdiskriminering vid likvärdigt arbete.

Ett betydelsefullt arbete på området kommer också från Danmark, genom Björst R. Byrials doktorsavhandling "Ligeløn: for job af samme værdi", där även svensk domstolspraxis går igenom jämte praxis från Danmark och EU.

3. Problemområde

Det verkar finnas en allmän uppfattning om att den officiella lönestatistiken kan ge svar på frågan om det förekommer lönediskriminering på grund av kön i Sverige och hur stor den i

⁴ Fransson, 2000, s.68 f.

⁵ Kjellberg, 1998, s.74

⁶ Victorin, 1973

⁷ Calleman, 1991

⁸ se bl.a. Dahlberg, Anita. Rapporten *Jämställdhet och kollektivavtal i EU: Studie av förhållandena i Sverige*. 1996

⁹ Fransson, 2000

så fall är. Som jurister måste vi vara noggrannare än så. Först definierar vi vad lönediskriminering på grund av kön är.

Över hela den svenska arbetsmarknaden är skillnaden i lön mellan kvinnor och män i genomsnitt 13 procent¹⁰. Definierar vi lönediskriminering så här löst går det inte utan vidare att lagstifta bort den. Det krävs att kvinnodominerade yrken får en högre lönenivå över lag, och en rad politiska åtgärder som ligger utanför denna uppsats syfte. Det kan ändå vara värt att nämna att Sverige tillsammans med övriga EU, genom skäl 11 i recastdirektivet¹¹, åtagit sig att lösa det övergripande problemet att kvinnor generellt sett har lägre löner.

Tar man hänsyn till yrke, bransch, ålder, utbildning och arbetstid blir löneskillnaden mellan 5-6 procent beroende på vilken statistisk metod man använder sig av¹². Den löneskillnad som blir kvar efter standardavvägning eller regressionsanalys brukar kallas för den oförklarade löneskillnaden. Det är viktigt att påpeka att den är oförklarlig endast statistiskt och endast vid beaktande av den bristfälliga information som statistiken bygger på. Bristfällig i den mån att en mängd faktorer saknas (såsom andra löneförmåner, förhandlingsstyrka, sjukfrånvaro, rörlighet mellan arbetsgivare, osv).

Den officiella lönestatistiken kan inte svara på frågan om och i så fall i vilken utsträckning det förekommer lönediskriminering i diskrimineringslagens mening. Diskrimineringslagen riktar sig uttryckligen till den enskilda arbetsgivaren. Sista instans i dessa frågor är Arbetsdomstolen, och statistiken därifrån talar istället för att lönediskriminering i diskrimineringslagens mening är ovanlig. Sedan diskrimineringslagens införande har AD inte dömt för lönediskriminering på grund av kön en enda gång, och endast i två fall innan dess. Trots att andra faktorer kan spela in verkar ändå de övergripande löneskillnaderna i Sverige motivera en undersökning av AD:s praxis.

¹⁰ Medlingsinstitutet, 2015, kap. 11

¹¹ 2006/54/EC

¹² Medlingsinstitutet, 2015, kap. 11.3

4. Syfte & Frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att med ett kritiskt perspektiv jämföra för Sverige relevant lagreglering med rättspraxis kring lönediskriminering mellan kvinnor och män vid likvärdigt arbete på en arbetsplats.

- Hur görs bedömningen om två arbeten är likvärdiga, och
- Vad blir avgörande för om en löneskillnad är tillåten eller otillåten då en man fått högre lön än en kvinna, eller vice versa, för ett likvärdigt arbete?

5. Avgränsning

Uppsatsen är av utrymmesskäl avgränsad till att undersöka lönediskriminering mellan män och kvinnor inom diskrimineringslagens räckvidd och relevant praxis i högsta instans. Europakonventionen om mänskliga rättigheter gäller som lag i Sverige sedan 1995 men täcks för denna uppsats syften in väl av EU-regleringen. Inga ansatser har gjorts för att besvara - den humanistiskt, politiskt och marknadsekonomiskt mycket intressanta - frågan om i vilken utsträckning lönediskriminering faktiskt existerar på svenska arbetsplatser. Inte heller har jag undersökt uppgörelser som inte nått Arbetsdomstolen utan gjorts upp i (varierande grad av) godo, genom fackliga förhandlingar eller enskilda uppgörelser.

5. Teori

Som teoretisk grund för uppsatsen har jag med ett kritiskt perspektiv i den deskriptiva delen använt mig av konstruktiv rättsdogmatik de lege lata ("vad lagen är") för att i analysdelen göra inslag även av konstruktiv rättsdogmatik de lege ferenda ("vad lagen borde vara").

Med konstruktiv rättsdogmatik de lege lata avses en analyserande datainsamling inom ett visst regelsystem, här diskrimineringslagstiftning runt kön, som i första hand har som mål att redogöra för dess utformning och regler. Vidare de tolkningsproblem som regleringen ger upphov till, den rekommenderade tolkningen samt situationer som inte har lagreglerats.¹³

¹³ Lambertz, SvJT 2002 s. 265 f.

En konstruktiv rättsdogmatik de lege ferenda innebär också en datainsamling av aktuellt regelsystem, men har som första mål att ge övervägda rekommendationer om hur regelsystemet borde ändras. Den tar sikte på de intressen som lagen ska tillgodose, effektivitet, rättspolitisk balans, hot mot rättssäkerheten, de krav som det internationella rättssystemet ställer på den nationella staten och eventuella brister i lagen och dess förarbeten.¹⁴

¹⁴ Lambertz, SvJT 2002 s. 265 f.

6. Metod

I den första, deskriptiva, delen av uppsatsen använder jag mig av traditionell rättsdogmatisk metod, vilket innebär att materialet har sitt ursprung i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och rättsdogmatisk litteratur. Uppsatsen bygger till stor del på en undersökning av den nu upphävda jämställdhetslagen och dess alltiämt aktuella förarbeten, nuvarande diskrimineringslagen, svensk praxis i Arbetsdomstolen och EU-domstolens förhandsavgöranden.

Av uppsatsens natur och det faktum att sambandet mellan kön och rätt undersöks följer att även genusrättsvetenskaplig metod har använts.

I den analytiska delen för författaren - med en bakgrund som civilekonom - också in ett ekonomiskt perspektiv i tolkningen av gällande rätt och praxis.

6.1 Analysstrategin

Uppsatsen är gjord delvis med ett deduktivt förfarande och delvis med ett induktivt förfarande. Uppsatsen är deduktiv i avseendet att studien utgår från gällande lagar och praxis och att doktrinen i den utvalda litteraturen är representativ och stämmer överens med verkligheten.

Därefter övergår studien i ett induktivt förfarande i jämförelsen av data där det ej utgått från en hypotes.

6.2 Reliabilitet/validitet

Samtliga fall från Arbetsdomstolen har gått igenom och analyserats. Sedan 2001 har dock endast ett enda rättsfall avgjorts i AD och det är rätt kortfattat i sin argumentation och hänvisar endast i ett par delar till tidigare praxis på området. Detta gör det svårt att värdera hur tidigare beslut (som togs innan den nya diskrimineringslagen antogs och med avsaknad av nyare EU-praxis) skulle stå sig idag. Beslutet verkar ändå följa den trend av ett mindre fokus på kollektivavtal och en högre värdering av individuell lönesättning och marknadens krafter som gick att se redan i fallen från 90-talet och framåt. Som högsta instans och med slutlig kompetens att besluta på området är domarna trots allt det bästa tillgängliga för att besvara uppsatsens syfte. EU-praxisen är bindande vägledning för svenska domstolar och har sett en i tid jämnare utveckling och får anses väl representera gällande rätt inom EU.

7. Lagstiftning

Efter stort motstånd från arbetsmarknad och fackföreningar (det hade redan gjorts upp om att avskaffa särskilda kvinnolöner och arbetsmarknadens parter ansåg att det därför inte var nödvändigt att lagreglera frågan) ratificerades ILO:s konvention nr 100 av Sverige år 1962¹⁵. Internationella arbetsorganisationen (ILO) är FN:s fackorgan för sysselsättnings- och arbetslivsfrågor. ILO har som grundläggande mål att bekämpa fattigdom och befrämja social rättvisa. Konventionen förbjuder diskriminering av kvinnliga arbetstagare och minoritetsgrupper som migrantarbetare. Den är en av ILO:s åtta kärnkonventioner och har idag ratificerats av 183 medlemsstater.

Andra konventioner som haft betydelse för jämställdhet i lönefrågor är 1966 års FN-konvention *om medborgerliga och politiska rättigheter* och 1979 års FN-konvention *om avskaffandet av all slags diskriminering av kvinnor*¹⁶.

Störst påverkan på svensk diskrimineringslagstiftning i lönefrågor kommer dock från EU, där jämställdhet i lönefrågor har fått stort utrymme i direktiv och praxis.¹⁷

7.1 EU

Så tidigt som i Romfördraget från 1957¹⁸ fanns en bestämmelse om lika lön mellan kvinnor och män, i artikel 119 (numera 157). Redan här talas om "equal work", alltså *likvärdigt arbete*, och inte "same work", eller *samma arbete*. Artikelnen byggde i sin tur på Internationella arbetsorganisationens (ILO) konvention nr 100 från 1951 om lika lön, i vilken principen om lika lön för arbete "av lika värde" fastställs i artikel 2.

1976 fastslog EG-domstolen att artikel 119 har direkt effekt, såväl vertikalt som horisontellt.¹⁹

Här fastställs en princip, numera kallad likalönsprincipen, om lika lön för kvinnor och män vid lika arbete (eller för arbete som tillerkänns lika värde), både vid prestationslön och

¹⁵ Fransson, 2000, s. 175

¹⁶ Fransson & Strüber, 2010, s. 28

¹⁷ Nyström, 2011, s. 167

¹⁸ *Treaty establishing the European Economic Community* (Rom, 25 Mars 1957)

¹⁹ 43/75 *Defrenne* och senare även i 129/79 *Macarthy's*

tidlön. När ett arbetsvärderingssystem används för att bestämma lönen, måste detta alltså vara baserat på samma kriterier för både kvinnor och män och vara utformat så att det utesluter all diskriminering på grund av kön.²⁰

Diskrimineringsförbudet i artikel 119 (157) gäller inte bara lagbestämmelser utan omfattar även alla avtal som syftar till att kollektivt reglera lönen och alla avtal mellan enskilda.²¹

7.1.1 Lissabonfördraget och stadgan

Enligt artiklar 2 och 3.2 i nuvarande Lissabonfördraget, och EU-domstolens praxis, är jämställdhet mellan kvinnor och män en grundläggande princip i EU-lagstiftningen. Medlemsländerna har en skyldighet att främja jämställdhet i all sin verksamhet.²²

Enligt artikel 23 i stadgan²³ ska jämställdhet mellan kvinnor och män säkerställas på alla områden, inklusive frågan om anställning, arbete och lön, med undantag för åtgärder som gynnar det underrepresenterade könet.

7.1.2 Recastdirektivet

Under 1970-talet tog rådet ytterligare några steg framåt på jämställdhetens område.

Likabehandlingsdirektivet utökade rättigheterna till att även omfatta tillträde till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.²⁴

Likalönedirektivet preciserade innebörden av artikel 119 (157) och krävde i artikel 3 ett avskaffande av all lönediskriminering mellan kvinnor och män som kan hänföras till lagar och författningar. Artikel 4 förband medlemsstaterna att vidta de åtgärder som behövdes för att alla bestämmelser i kollektivavtal, löneavtal och liknande som strider mot

²⁰ 75/117/EEG, art. 1, 2 st

²¹ 43/75 *Defrenne*

²² 2006/54/EC

²³ *Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna*

²⁴ 76/207/EEG

likalönsprincipen blev ogiltiga eller fick ändras. Artikel 6 krävde möjligheter för de som ansåg sig utsatta att göra sina rättigheter gällande vid nationell domstol.²⁵

1997 antogs *bevisbördesdirektivet*. Detta direktiv slog fast att om käranden kunde lägga fram fakta som ger anledning att anta att det förekommit direkt eller indirekt diskriminering så skulle svaranden bevisa att det inte förelåg något brott mot principen om likabehandling.²⁶

Dessa direktiv är nu, tillsammans med fyra andra direktiv på samma område, sedan 2006 sammanförda under det nya *recastdirektivet*. Dessutom infördes en bestämmelse om att bevisbördan gäller alla sakområden som omfattas av direktivet och att ett organ för främjande av likabehandling ska finnas för alla sakområden som omfattas av direktiven. Detta för att förenkla och stärka den EU lagstiftning som växt fram på området, men också för att lyfta fram och befästa viss tidigare rättspraxis på området.²⁷

Utöver tidigare direktiv och rättspraxis får vi också en definition på indirekt diskriminering i artikel 2.2:

”[...] när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer av ett visst kön jämfört med personer av det andra könet, om inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt kan motiveras av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga”.

Enligt skäl 11 i recastdirektivet bör medlemsstaterna också försöka lösa det övergripande problemet att kvinnor generellt sett har lägre löner.

7.2 Sverige

Lönebildningen i Sverige har gått från central styrning och fastställda löner till en mer decentraliserad lönebildning och individuell lönebildning. Endast 15 procent av alla som arbetar i den privata sektorn har idag kollektivavtal som innebär att hela lönen bestäms

²⁵ 75/117/EEG

²⁶ 97/80/EG

²⁷ 2006/54/EC

genom övergripande avtal. Även i offentligt finansierade verksamheter går utvecklingen mot sifferlösa avtal där det lokala inflytandet över individuella löner blir stort.²⁸

Den svenska modellen har länge karaktäriserats av självreglering och genom kollektivavtal har det varit möjligt att avvika från en stor del av lagstiftningen. Lagen var till en början delvis semidispositiv men blev snart tvingande i sin helhet då förhållandena för detta system förändrats. Dels har det genom vårt EU-medlemskap tillkommit tvingande lagstiftning och dels har det skett en utveckling mot mer individuell lönesättning där kollektivavtalen haft mindre inflytande.²⁹

7.2.1 Jämställdhetslagen

Den första jämställdhetslagen³⁰ trädde i kraft 1980 och ersattes av en ny jämställdhetslag³¹ 1992. En av anledningarna till att den ersattes endast tolv år efter sitt införande var att den fått en mycket begränsad effekt på löneområdet. Det krävdes nämligen att det gjorts en arbetsvärdering för att man skulle kunna hävda att två arbeten var likvärdiga och arbetsvärderingar var än så länge ovanliga på stora delar av arbetsmarknaden³². I den nya jämställdhetslagen togs kravet på arbetsvärdering bort. En annan anledning till att förnya lagen var att man ville öka möjligheterna till att få fall prövade i domstol³³.

Även denna lag ändrades vid ett antal tillfällen. Något som fick stor genomslagskraft var kravet på en lönekartläggning och efterföljande handlingsplan, som infördes 1994. Alla arbetsgivare med fler än tio anställda skulle nu varje år genomföra en kartläggning av löneskillnader mellan män och kvinnor för att sedan så snart som möjligt göra de justeringar som behövdes.³⁴

²⁸ Fransson & Strüber, 2014, s.114

²⁹ Fransson & Stüber, 2004, s. 154 f.

³⁰ SFS 1979:1118

³¹ SFS 1991:433

³² SOU 1990:41

³³ Prop. 1990/91:113, s. 87

³⁴ Lena Svenaeus (JämO mellan 1994 och 2000), Arbetet 2010

Kravet gällde inte bara vid en jämförelse mellan enskilda kvinnor och män som utförde likvärdigt arbete. Lagen krävde också uttalat att skillnader i lön mellan kvinnodominerade och ej kvinnodominerade grupper skulle analyseras och justeras av varje arbetsgivare³⁵.

7.2.2 Diskrimineringslagen

Den nuvarande diskrimineringslagen trädde i kraft 1 januari 2009, då tidigare jämställdhetslagen och övriga diskrimineringslagar upphävdes³⁶. Jämställdhetslagens bestämmelser har i princip överförts till diskrimineringslagen³⁷. Det finns dock en del att notera.

Det finns inget uttalat förbud mot lönediskriminering i diskrimineringslagen på det sätt som i 17 § p.5 i jämställdhetslagen. Förarbeten och praxis tyder dock på att innebörden lever kvar i diskrimineringslagen. I förarbetet till diskrimineringslagen uttrycks att diskrimineringsförbudet i frågan om arbetstagare gäller ”*alla situationer där arbetsgivare och arbetstagare kan mötas på arbetsplatsen eller som har en naturlig anknytning till arbetet*” och att förbudet gäller även arbetsgivarens hantering av löne- och anställningsförhållanden³⁸. Vad gäller definitionen av lika eller likvärdigt arbete används i praxis fortfarande förarbetena till den gamla jämställdhetslagen som komplement till diskrimineringslagens 3 kap. 2 § 2 st³⁹.

Lönekartläggningen begränsades något. Den ska numera göras minst vart tredje år i stället för varje år (3 kap. 11§) på alla arbetsplatser med fler än tjugofem anställda jämfört med tidigare tio. Syftet är fortfarande att upptäcka, åtgärda och förhindra osakliga skillnader i lön mellan kvinnor och män (3 kap. 10§).

³⁵ SFS 1991:433, 10 § 2 st. 2 p.

³⁶ SFS 2008:567

³⁷ Fransson & Strüber, 2010, s. 39

³⁸ Prop. 2007/08:95, s. 134

³⁹ se t.ex. AD 2013 nr 64

8. Praxis

Arbetsdomstolen är i Sverige högsta instans i frågor om lönediskriminering och har ensam kompetens att slutligt avgöra enskilda fall. EU-domstolens förhandsavgöranden är dock bindande vägledning för en del av de principer och EU-lagar Arbetsdomstolen har att följa.

8.1 EU

EU-domstolen har som huvudsaklig uppgift att se till att EU-rätten tolkas och tillämpas på samma sätt i alla medlemsländer. Artikel 267 i fördraget om EU:s funktionssätt⁴⁰ preciserar att nationella domstolar som dömer i sista instans är skyldiga att hämta in ett förhandsavgörande om en av parterna begär det (och alla nationella domstolar kan begära ett förhandsavgörande på eget initiativ).

EU-domstolen uttalar sig endast om sakförhållandena i det förhandsavgörande som begärts av den och tar inte ställning till faktiska omständigheter i enskilda fall - så den nationella domstolen behåller sin behörighet i målet.

EU-domstolens beslut har rättskraft och ska dessutom tillämpas inte bara av den nationella domstol som har begärt förhandsavgörandet, utan också av alla nationella domstolar i medlemsländerna.

8.1.1 Bevisbördans placering

Domstolen ansåg i fallet *Danfoss*⁴¹ att det var fråga om en presumtion för negativ särbehandling då genomsnittslönen låg 7% högre för männen än för kvinnorna. Arbetsgivaren fick då bevisbördan att visa att skillnaderna inte berodde på kön, och att göra sina bedömningskriterier synliga.

*Enderby-fallet*⁴², som även presenteras under rubriken marknadsargumentet, uttalar att så länge arbetstagaren genom en signifikant statistik kan visa på löneskillnader mellan män och kvinnor för två likvärdiga befattningar så övergår bevisbördan på arbetsgivaren. Arbetsgivaren måste då visa att löneskillnaden är berättigad av objektiva faktorer.

⁴⁰ 2010/C 083/01

⁴¹ C-109/88 *Danfoss*, p. 15

⁴² C-127/92 *Enderby*, p. 17-19

I *Royal Copenhagen*⁴³, som beskrivs längre fram i uppsatsen, antyds att varje skillnad i lönesättningen mellan kvinnor och män i lika eller likvärdigt arbete ger anledning att anta att det förekommer diskriminering, men det sägs inte rakt ut.

I *Brunnhofer-fallet*⁴⁴ slår domstolen fast att en vid anställningstillfället fastställd löneskillnad inte kan motbevisas med omständigheter som inte kommer fram förrän efter det att parterna har påbörjat sin anställning, såsom arbetsprestation (p.80 i domen).

I *Bilka-Kaufhaus-fallet*⁴⁵ anklagades ett varuhus för att indirekt diskriminera kvinnor. Ledningen lät inte deltidsanställda utnyttja pensionsförmåner på samma sätt som heltidsanställda, och det var mest kvinnor som arbetade deltid. Arbetsgivaren försvarade detta med att de ville få ner andelen deltidsanställda av kostnadsskäl och domstolen menade då att den här typen av ekonomiska skäl kan vara en sådan saklig omständighet som gör att presumtionen för indirekt lönediskriminering bryts.

8.1.2 Lika eller likvärdigt arbete

EU-domstolen har i en rad fall gett principiellt bindande uttalanden i fråga om hur definitionen av lika eller likvärdigt arbete ska uttalas.

Samma arbetsgivare eller åtminstone samma källa för sin ersättning

1976 slog domstolen i fallet *Defrenne II*⁴⁶ fast att arbetet måste utföras hos en och samma arbetsgivare för att en jämförelse ska bli aktuell.

2002 utökade domstolen möjligheterna något i fallet *Lawrence*⁴⁷ genom att uttala att det enligt artikel 141 (nuvarande 157) inte fanns något uttalat hinder att jämföra arbeten där ersättningen kommer från samma källa - vilket i vissa situationer skulle göra det möjligt att jämföra arbetstagare som arbetar för olika arbetsgivare.

⁴³ C-400/93 *Royal Copenhagen*

⁴⁴ C-381/99 *Brunnhofer*

⁴⁵ 170/84 *Bilka-Kaufhaus*

⁴⁶ 43/75 *Defrenne*

⁴⁷ C-320/00 *Lawrence*

Faktiskt eller potentiellt värde

I fallet *Macarthy*⁴⁸ slog domstolen 1980 fast att det är värdet av det konkreta arbetet som utförts som är avgörande för om arbetena är att betrakta som likvärdiga och att det inte är avgörande att arbetena utförts under olika tidsperioder. Kvinnan i fallet hade fått lägre lön än en man som tidigare haft samma tjänst.

Domstolen justerade sedan sin ståndpunkt 1999 i fallet *Wiener Gebietskrankenkasse*⁴⁹ där den slog fast att även om två personer utför samma arbete är inte alltid arbetet att betrakta som likvärdigt om de har olika utbildningsbakgrund. Detta skiljer sig från övriga fall där domstolen trycker på just det kvalitativa arbetet. En förklaring kan vara att domstolen menar att de blivit anställda med olika bakgrund för att utföra olika uppgifter men att de senare kommit att utföra liknande arbete⁵⁰. I fallet hade läkare fått högre lön än psykologer trots att de alla arbetade som psykoterapeuter. En av motiven i domen var just att läkare trots allt hade potential att skriva ut medicin.

Arbete av högre värde

I fallet *Murphy-falle*⁵¹ från 1988 slog domstolen fast att det faktum att någon utför ett arbete av högre värde än jämförelsepersonen inte hindrar likalöneprincipens tillämpning. I motiveringen framgår att det skulle strida mot likalöneprincipens syfte att tillåta lägre lön för ett arbete som är mer kvalificerat än ett annat.

Faktiska skillnader mellan könen och arbetets krav

I *Rummler*⁵²-fallet 1986 uttalade domstolen att värderingssystem som gynnar det ena könet kan vara tillåtet om det bygger på faktiska krav på arbetsuppgiften. I fallet var fysisk styrka ett av kraven och av betydelse för uppgiften.

⁴⁸ C-129/79 *Macarthys*

⁴⁹ C-309/97 *Wiener Gebietskrankenkasse*

⁵⁰ Bjørst 2005, s. 218

⁵¹ C-157/86 *Murphy*

⁵² C-273/85 *Rummler*

I *Royal Copenhagen*-målet⁵³ utförde en grupp (bestående av mestadels kvinnor) ett arbete som krävde fingerfärdighet och en annan grupp (bestående mestadels av män) ett arbete som krävde i första hand styrka. Frågan gällde huruvida ackordlönen var objektivt satt för de båda grupperna eller om de var jämförbara och om i så fall skillnaderna berodde på kön. Männen och kvinnorna kunde anses vara i en jämförbar situation så länge faktorer som arbetets art, utbildningskrav och arbetsvillkor var de samma.

8.1.3 Marknadsargumentet

I *Enderby-fallet*⁵⁴ har domstolen slagit fast att situationen på arbetsmarknaden, som kan resultera i att en arbetsgivare ger en högre lön för att locka fler sökande, kan vara ett objektivt grundat ekonomiskt skäl för en skillnad i lön. Domstolen trycker också på proportionalitetsprincipen och ger arbetsgivaren bevisbördan för att skillnaden i lön står i proportion till nyttan av anställningen. Det är sen upp till den nationella domstolen att pröva om hela - eller delar av - lönen kan förklaras av situationen på marknaden (p. 26-29).

8.2 Sverige

För att undvika upprepningar har en kort beskrivning av fallen gjorts under den första rubrik de är av intresse och sedan redogörs endast de för rubriken avgörande fakta i efterföljande stycken. Det senaste målet redovisas mer utförligt och separat, på ett och samma ställe under rubrik 8.2.4, då det är det enda mål som gått upp i Arbetsdomstolen på 14 år.

8.2.1 Bevisbördans placering

AD 1984 nr 140

Den första prövningen av eventuell lönediskriminering i AD. Två kvinnliga blanketteknikers löner på finansavdelning i Stockholms läns landsting jämfördes med en manlig blankettekniker på hälso- och sjukvårdsförvaltningen. Vid denna tid krävde lagen⁵⁵ att kåranden visade att arbetena var lika antingen genom praxis, kollektivavtal eller likvärdiga

⁵³ C-400/93 *Royal Copenhagen*

⁵⁴ C-127/92 *Enderby*

⁵⁵ SFS 1979:1118, 3 § samt 4 § 1p.

enligt en överenskommen arbetsvärdering - vilket kändes som en överraskning enligt domstolen inte lyckades med.

AD 1991 nr 62

Lokalradion i Dalarna hade först anställt en kvinna och en tid senare en man, som då fått 700 kr mer i lön för samma tjänst. Det gällde två nyanställningar vid olika tidpunkter och där en lönerörelse hunnit ske innan mannen anställdes med högre lön. Vad gäller bevisfrågan var den första jämställdhetslagen⁵⁶ fortfarande gällande och skäl som att den högre lönen föregåtts av en mellanliggande lönerörelse räckte för att arbetsgivaren skulle kunna bryta presumtionen i dåvarande 4 § 1p.

AD 1995 nr 158

Den enda dom som kändes som helt segrande ur i AD. En kvinnlig förvaltningsekonom i en kommun med lägre lön än två manliga kolleger vid samma arbetsplats ansågs diskriminerad och tilldömdes skadestånd. Förbudsregeln i dåvarande 18 § var utformad på det sättet att könsdiskriminering enligt första stycket presumerades föreligga om en arbetsgivare tillämpade lägre lön för en arbetstagare än för andra arbetstagare av motsatt kön, vid lika eller likvärdigt arbete. Presumtionen kunde sedan brytas om arbetsgivaren visade att löneskillnaden berodde på sakliga förutsättningar för arbetet eller att den i vart fall inte direkt eller indirekt berodde på arbetstagarnas könstillhörighet. I propositionen⁵⁷ utvecklas också innebörden av indirekt diskriminering till effekten av beslut som fattats på i och för sig könsneutrala grunder.

AD 1996 nr 41

En barnmorska jämfördes med två klinikingenjörer vid Örebro läns landsting. Jämställdhetsombudsmannen förde kvinnans talan och hade gjort en egen arbetsvärdering, som domstolen avvisade som bristfällig. En del av kritiken berodde, enligt domstolen, på att barnmorskans arbete beskrevs mycket mer livligt och utförligt. AD tyckte inte att jämförelsen höll måttet och avvisade JämO:s yrkanden.

⁵⁶ SFS 1979:1118

⁵⁷ Prop. 1990/91:113 s.106

AD 1997 nr 68

Målet gällde två kvinnliga civilingenjörer som undervisade på ett gymnasium med lägre lön än en manlig civilingenjör som undervisade på samma plats. AD fann att löneskillnaderna inte berodde på lönediskriminering. Domstolen noterar att lagstiftaren inte satt upp en vidare stark presumtion för att en arbetsgivare har gjort sig skyldig till könsdiskriminering, och att det räcker att arbetsgivaren för fram omständigheter som verkar övertygande för en utomstående och som talar för att anledningen till löneskillnaden inte har med kön att göra. Det faktum att mannen vid en senare lönerevidering fått en betydlig lägre lön ansågs inte bevisat vara ett resultat av påtryckningar från facketes jämställdhetsombudsman och ett medgivande av skuld till lönediskriminering. Domstolen gick istället på försvarrets linje, som hävdade att lönesänkningen var ett resultat av att mannen inte uppfyllt de förväntningar som skapats vid hans anställningsintervju.

AD 2001 nr 13

Detta mål liknar AD 1996 nr 41, beskrivit ovan, och gäller två kvinnliga barnmorskor som fått lägre lön än en manlig medicintekniker. Precis som i det förra fallet var lönerna fastställda genom kollektivavtal och den här gången presenterade både landsting och JämO var sin arbetsvärdering. Domstolen nämner åter igen att trots att den måste beakta andra värderingsgrunder än de som gjorts upp mellan parterna i kollektivavtalet så väger kollektivavtalen tungt. Efter en samlad bedömning utifrån kriterierna kunskap/förmåga, ansvar, ansträngning och arbetsförhållanden gör domstolen bedömningen att arbetena är att betrakta som likvärdiga, och genom domen står det klart att även olika arbeten kan betraktas som likvärdiga.

8.2.2 Lika eller likvärdigt arbete

AD 1984 nr 140

Ingen arbetsvärdering hade gjorts och beskrivningarna i kollektivavtalet var enligt domstolen så allmänt hållna att de inte kunde tillmätas någon särskild betydelse. Man använde sig istället av vittnesutsagor för att avgöra om arbetena var likvärdiga.

Med rösterna fyra mot tre ansåg domstolen att arbetena inte var att betrakta som lika och målet avskrevs.

AD 1995 nr 158

Domstolen noterar i domen⁵⁸ att lagen omformulerats endast ett par månader innan det aktuella fallet, men att lagändringen inte haft som syfte att ändra den tidigare lagen utan snarare att belysa innehållet på ett sätt som stämmer överens med redan tidigare bindande EU-praxis. Betydelsen blir att det inte kan krävas att det finns ett arbetsvärderingssystem på plats och att kärandens egna metod för arbetsvärdering är godtagbar. Denna metod byggde på redogörelse för sakomständigheter i anslutning till de generella kriterier som nämns i förarbetena, nämligen arbetenas beskaffenhet och svårighetsgrad. Viktiga faktorer var ansvar (för personal, patienter, maskiner osv), beslutsfattande, krav på planering, påfrestningar och budgetansvar⁵⁹.

AD 1996 nr 41

Med hänvisning till EU-rätten resonerade domstolen att det måste vara möjligt att ta hänsyn till en fristående arbetsvärdering vid bedömningen om två arbeten är lika eller likvärdiga, men att detta inte betydde att kollektivavtalen saknar betydelse. Vidare pekade man på att förarbetena snarare gav stor betydelse till kollektivavtalens generella värderingsgrunder. I detta fall var skillnaderna i arbetsuppgifter för stora för att domstolen skulle vilja frångå kollektivavtalens uppdelning.

AD 1996 nr 79

Ett av totalt två fall där Arbetsdomstolen dömt för könsdiskriminering i lönesättningen⁶⁰. En kvinnlig avdelningschefs arbete bedömdes under vissa perioder vara likvärdigt med en manlig avdelningschef inom samma kommun.

Kvinnan hade lägre lön än mannen och det enda parterna var oense om var just om arbetena var likvärdiga eller ej. Precis som i det tidigare fallet, AD 1996 nr 41, tyckte domstolen inte att kärandens arbetsvärderingar av mannen och kvinnan gick att fästa någon vikt vid eftersom de hade tillkommit på olika sätt (kvinnan hade till exempel intervjuats medan mannen endast fått fylla i ett formulär). I detta fallet gjorde dock domstolen den samlade bedömningen, av vad kommunen och hörda parter fört fram under rättegången, att arbetena varit att betrakta som likvärdiga under två av de totalt fyra tidsperioder som målet gällde.

⁵⁸ se 4:e stycket på sid 25 i domen.

⁵⁹ se 7:e stycket på sid 24 i domen.

⁶⁰ det andra är AD 1995 nr 158, som behandlats ovan.

AD 2001 nr 76

JämO lyckades visa att en kvinnlig intensivvårdssjuksköterska och en manlig medicintekniker hade utfört arbete som var att betrakta som likvärdigt i jämställdhetslagens mening. Domstolen upprepar här tidigare praxis och påpekar att det inte finns någon begränsning i vilka arbeten som kan jämföras, utan gick på huvudkriterierna kunskap/förmåga, ansvar, ansträngning och anställningsförhållanden. Kollektivavtalet nämns bara i förbigående och verkar inte ha haft samma ställning i bedömningen som i tidigare fall.

8.2.3 Marknadsargumentet

AD 1984 nr 140

Domstolen påpekade i detta fall att det i förarbetena till dåvarande jämställdhetslagen poängteras att marknadens grunder för lönesättningen inte får förändras genom rättstillämpningen.

AD 1991 nr 62

I fallet hade mannen anställts senare än kvinnan och arbetsgivaren argumenterade, och fick stöd för, att löneutvecklingen på marknaden var orsak till skillnaden och inte kön. I domen påpekar domstolen att den inte uttalat sig i en eventuell motsatt situation, alltså att den sist anställde av annat kön skulle ha fått en lägre lön för lika arbete. Värt att notera kan också vara att kvinnan i fallet faktiskt fick en högre lön än mannen efter en senare lönerrevision.

AD 1996 nr 41

Domstolen uttalade också sig om att JämO uppenbarligen hade större planer om domstolen dömde till diskriminering och att en dom kunde få förödande konsekvenser och kanske ogiltigförklara ett stort antal lokala kollektivavtal.

I domen togs också upp att lagen enligt förarbetena inte ska göra några ingrepp i parternas lönesättning och att man vid bedömningen av vad som är lika eller likvärdigt arbete måste ta hänsyn till arbetsmarknadens normer.

AD 1997 nr 68

Ledamot Solveig Paulsson uttryckte sin skiljande mening i domen. Hon menade att presumtionen enligt 18 § i dåvarande jämställdhetslagen inte brutits, då hon tolkade "sakliga förutsättningar" annorlunda. Hennes ståndpunkt var att sakliga förutsättningar för en lärare är dels ämneskunskaper och dels pedagogisk förmåga. Mannen i fråga kom direkt från arbetslivet och hans tidigare lönenivå var alltså av förklarliga skäl högre. Detta skulle dock inte motivera en högre lön inom ett yrke med andra krav på förmåga, och alltså hade inte presumtionen brutits genom sakliga skäl.

AD 2001 nr 13

I fallet finner domstolen, med rösterna fyra mot tre, att med hänsyn till ålderskillnader, kollektivavtalsbakgrunden och förhållandena på arbetsmarknaden så har arbetsgivaren visat att skillnaderna i lön inte har med kön att göra. De tre med skiljaktig mening håller med om domen i sak och instämmer i betydelsen av marknadssituationen, men menar att landstinget inte visat *hur stor del* av lönegapet som kan motiveras av marknadens värderingar. De är inte övertygade om att han skulle få riktigt så hög lön någon annan stans. Detta uttryck för proportionalitetsprincipen (jämför *Enderby*-fallet, som presenterats under rubrik 8.1.3) fick de dock inte gehör för hos majoriteten.

AD 2001 nr 51

Två manliga socialkonsulenter nyanställdes vid Länsstyrelsen i Skåne län till högre lön än två redan anställda kvinnliga konsulenter. Enligt AD förklarades skillnaderna av männens erfarenhet och marknadskrafterna. Männerna kom direkt från en anställning inom kommunen, där de fått erfarenheter som var värdefulla för landstinget och löneläget inom kommunerna var högre än inom landstingen.

AD 2001 nr 76

Arbetsdomstolen ansåg att marknadskrafter låg bakom att en manlig medicintekniker skulle få högre lön än en kvinnlig intensivvårdssjuksköterska och att lönediskriminering därför inte förelåg. Marknadssituationen för de två titlarna medicintekniker och intensivvårdssjuksköterska och de normer som gäller på marknaden talade enligt AD för att löneskillnaderna inte hade samband med de anställdas kön. Ledamot Maud Jansson var skiljaktig till den del att hon menade att landstinget inte visat på ett verkligt behov, att genom en högre lön locka till sig just en medicintekniker, som adekvat och nödvändigt för att uppnå det eftersträvade resultatet.

8.2.4 AD 2013 nr 64

I detta det senaste, och enda fallet på över ett årtionde, har en man anställts som behandlingssekreterare hos ett vårdbolag och vid anställningen samt senare genomförd lönerevision fått en högre lön än en sedan tidigare anställd kvinna som också var behandlingssekreterare. Frågan var om arbetsgivaren genom att ge kvinnan en lägre lön har diskriminerat henne på grund av hennes kön och/eller ålder.

Bevisbördan

Bevisbördan för att arbetet är lika eller likvärdigt ligger på käranden. Den som anser sig diskriminerad ska också, enligt domen och 6 kap. 3§ diskrimineringslagen, visa på omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon blivit diskriminerad.

I fallet dömde domstolen att käranden visat att de befunnit sig i en liknande situation. Att kvinnan hade lägre lön och därigenom missgynnades var otvistigt.

Har detta uppfyllts faller det på svaranden att visa att missgynnandet har helt andra orsaker än könstillhörighet (och/eller som i det här fallet ålder).

Lika eller likvärdigt arbete

Domstolen konstaterar till en början att kvinnan har haft lägre lön än mannen. För att detta ska kunna utgöra ett missgynnande måste man som första steg avgöra om kvinnan befunnit sig i en jämförbar situation (lika eller likvärdigt arbete) med mannen.

Inledningsvis konstaterar domstolen att det förhållandet att det rör sig om en nyanställningssituation inte påverkar bedömningen av om arbetena är att anses som lika eller likvärdiga. Inte heller övriga uppgifter i fallet, som att mannen hade kompetens att vidareutbilda andra anställda i en del av deras rapportskrivande, hade avgörande betydelse eftersom utredningen enligt domstolen inte gav stöd för att så faktiskt skedde i större omfattning. De ansågs sammantaget ha befunnit sig i en jämförbar situation.

Marknadsargumentet

Arbetsgivaren hävdade att mannens högre lön var ett resultat av marknadskrafterna. De behövde någon med erfarenhet av en behandlingsmetod benämnd BBIC på grund av krav från Socialstyrelsen. Kvinnan i fallet hade i och för sig gått en utbildning i metoden men mannens utbildning var tre dagar längre vilket gav honom rätt att vidareutbilda andra i

metoden (något som han i och för sig ännu inte ombetts göra och som inte nämndes vid anställningstillfället - min egen kommentar).

Kärandesidans motargument var att marknadskrafterna aldrig får användas på ett sådant sätt att de får en diskriminerande verkan.

Här hänvisade domen till tidigare praxis (AD 2001 nr 51) samt EU-rätten och slog fast att en lönesättning som styrts av marknadsskäl inte strider mot likalöneprincipen om den är saklig och rationellt motiverad. I detta fall var kravet från Socialstyrelsen på att införa behandlingsmetoden BBIC ett sådant adekvat och nödvändigt skäl och eftersom mannen inte godtog lägre lön var en högre lön nödvändig för att uppnå det eftersträvade resultatet. Skälet hade alltså enligt domstolen inget med kön eller ålder att göra.

9. Sammanfattande analys

Nedan presenteras gällande domstolsprocess i fall av lönediskriminering på grund av kön i Sverige och relevant vägledning från EU-domstolen, tillsammans med en analys av effekten härav.

9.1 Är arbetena att anse som lika eller likvärdiga?

I ett första steg avgör domstolen om de två tjänster saken gäller är att anse som lika eller likvärdiga, och bevisbördan faller här på käranden (arbetstagaren)⁶¹.

EU-domstolen har slagit fast ett par vägledande principer för att avgöra om två arbeten är att betrakta som lika eller likvärdiga.

- a) En grundförutsättning är att arbetet måste utföras hos en och *samma arbetsgivare*⁶² - eller åtminstone att ersättningen ska komma från samma *källa*⁶³ (man kan här tänka sig samarbetsprojekt mellan två företag).
- b) Det faktiska⁶⁴ och potentiella⁶⁵ *värdet* av arbetet är avgörande vid en jämförelse.
- c) Att jämförelsepersonen utför arbete av ett *lägre* värde än den missgynnade får inte stå i vägen för en prövning⁶⁶.

Redan i den första jämställdhetslagen⁶⁷ nämndes de huvudkriterier som idag är avgörande i AD när en samlad bedömningen ska göras om två arbeten ska anses lika eller likvärdiga, nämligen kunskap och färdigheter, ansvar, ansträngning och arbetsförhållanden.

Svensk praxis började dock med en starkare vikt vid gällande kollektivavtal och arbetsvärderingar, för att först i AD 1996 nr 79 efter en samlad bedömning gå emot kollektivavtalets uppdelning (vilket kom att bli avgörande för en fällande dom). I dagens

⁶¹ se bl.a. AD 2013 nr 64

⁶² C-43/75 *Defrenne*

⁶³ C-320/00 *Lawrence*

⁶⁴ C-129/79 *Macarthys*

⁶⁵ C-309/97 *Wiener Gebeitskrankenkasse*

⁶⁶ C-157/86 *Murphy*

⁶⁷ SFS 1979:1118

diskrimineringslag⁶⁸ definieras likvärdigt arbete med just dessa huvudkriterier uttryckligen i 3 kap. 2§.

Det kan kort konstateras att inga motsägelser numera syns mellan svensk praxis och praxis från EU-domstolen. Arbetets värde och inkomstens källa blir avgörande, tillsammans med inställningen att syftet bakom lagen måste vara vägledande.

9.2 Föreligger ett missgynnande?

I nästa steg måste käranden visa att det skett ett missgynnande⁶⁹, och i de flesta svenska fall är det här otvistigt, då vi i Sverige inte har någon möjlighet till gruppömsättning och individuella löner är lätta att jämföra.

Det är ändå tänkbart att jämföra en enskild lön mot ett genomsnitt av de med samma tjänst och annat kön och här finns en del relevant EU-praxis. EU-domstolen har i en rad domar slagit fast att det finns en presumtion för att diskriminering på grund av kön föreligger om en arbetstagare kan visa på generella löneskillnader mellan män och kvinnor vid liknande arbetsuppgifter. Bevisbördan faller då över på arbetsgivaren som måste försvara skillnaden med objektiva faktorer. Det som fortfarande är oklart är vilka gränsvärden som gäller här. I Danfoss-fallet godtog domstolen en skillnad på 7 procent⁷⁰, i Enderby-fallet talades om en ”signifikant” skillnad⁷¹ medan det i Royal Copenhagen⁷² inte krävs någon speciell magnitudskillnad.

9.3 Visa på objektiva faktorer

När ovanstående steg klarats av faller det på svaranden (arbetsgivaren) att visa att missgynnandet har helt andra orsaker än könstillhörighet.

EU-domstolen har i Enderby-fallet gett stöd för att en högre lön för att locka fler sökande kan vara ett exempel på ett objektivt grundat ekonomiskt skäl. Domstolen lägger sen

⁶⁸ SFS 2008:567

⁶⁹ SFS 2008:567, 6 kap. 3§

⁷⁰ C-109/88 *Danfoss*, p. 15

⁷¹ C-127/92 *Enderby*, p. 17

⁷² C-400/93 *Royal Copenhagen*

ansvaret för att pröva till vilken del detta i så fall motiverar en löneskillnad på den nationella domstolen.⁷³

Detta argument har också med framgång använts vid ett flertal fall i Arbetsdomstolen⁷⁴. I två av fallen uttalades skiljaktig mening⁷⁵ med hänvisning till proportionalitetsprincipen men utan gehör från majoriteten. Speciellt i det senaste fallet från 2013 är det anmärkningsvärt att inte proportionalitetsprincipen diskuteras med tanke på en löneskillnad på 2450 kr per månad för en 3 dagars vidareutbildning och viss arbetslivserfarenhet⁷⁶.

⁷³ C-127/92 *Enderby*, p. 26-29

⁷⁴ AD 1991 nr 62, AD 1997 nr 68, AD 2001 nr 13, AD 2013 nr 51, AD 2001 nr 76 och AD 2013 nr 64

⁷⁵ AD 1997 nr 68 och 2001 nr 13

⁷⁶ AD 2013 nr 64, sid 2 tredje stycket i domen

10. Slutsatser & Diskussion

Beroende på kollektivavtalens minskade betydelse har det skett en viss förändring i bedömningen av om två arbeten är likvärdiga. Utvecklingen går mot en större individuell lönesättning och skäl som att en dom skulle få verkningar över hela branscher genom kollektivavtals underkännande i individuella domar håller inte längre. Arbetsdomstolen har också matchat denna utveckling och senare praxis visar på en större vilja att följa EU-domstolens praxis (nu också uttalad i vår egen diskrimineringslag) och istället för arbetsvärderingar och kollektivavtalsindelningar göra bedömningen på faktiska grunder. Arbetets värde och svårighet blir nu avgörande och det finns inte mycket att anmärka på i senare domar på denna punkt.

Om en löneskillnad är tillåten eller otillåten då en man fått en högre lön än en kvinna (eller vice versa) för ett likvärdigt arbete har istället blivit den avgörande frågan.

Arbetsdomstolen har i samtliga fall utom ett (AD 1995 nr 158) godkänt arbetsgivarens hänvisning till "marknaden", så också nu senast 2013. Som diskuterats i analysen är det anmärkningsvärda inte att marknaden får styra lönerna utan att domstolen inte verkar villig att granska marknadens faktiska påverkan. Proportionalitetsprincipen som är en så viktig del av EU-rätten gör det möjligt, som EU-domstolen visat i Enderby-fallet, att döma till skadestånd i de delar som löneskillnaden inte kan motiveras till 100% av marknadskrafterna. Arbetsdomstolen, sammansatt av just arbetsmarknadens parter, borde också ha kompetens att undersöka och döma även i fall där endast en del av löneskillnaden kan hänföras till marknadens krafter. Vi ser redan 1997 och 2001 försök till detta i domarnas skiljaktiga meningar men det verkar ha stannat där.

Om vi tar företagets perspektiv, så har de (med ett par undantag) en skyldighet att vinstmaximera, det framgår till och med av aktiebolagslagen 3 kap 3§. Skulle vår, till synes väl fungerande, marknadsekonomi kunna hålla vid liv en rabatt på kvinnor? Borde det inte i så fall reglera sig självt så fort någon inser vilka besparingar som skulle göras genom att anställa kvinnor i stället för män? Ser vi till de fall som gått upp i Arbetsdomstolen ser vi också att senare lönerevisioner har jämnat ut de löneskillnader som anklagats för att vara oskäliga (antingen domen fallit eller inte). Kanske är det på grund av dåligt samvete, kanske är det på grund av att marknaden fungerar. Båda alternativen känns betryggande.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

- Fransson, Susanne *Lönediskriminering*
IUSTUS Förlag
Uppsala 2000
- Fransson, Susanne;
Stüber, Eberhard *Diskrimineringslagen: En kommentar (uppl. 1:1)*
Norstedts Juridik
Stockholm 2010
- Fransson, Susanne;
Eberhard Stüber *Lönediskriminering i ett system med normlösa avtal
och individuell lönesättning
- en kommentar till målet AD 2013 nr 64
ur Festskrift till Catharina Calleman*
IUSTUS förlag
Uppsala 2014
- Bjørst, Byrial *Ligeløn for job av samme værdi*
Jurist- og Økonomforbundets Forlag
København 2005
- Kjellberg, Anders *"Sweden: Restoring the Model?" (s.74-117)*
ur *Changing Industrial Relations in Europe* (uppl. 2)
Blackwell Business
Oxford 1998
- Victorin, Anders *Lönenormering genom kollektivavtal*
Allmänna förlaget
Stockholm 1973

Calleman, Catarina

Kvinnors anställningsskydd

IUSTUS förlag

Uppsala 1995

Nyström, Birgitta

EU och arbetsrätten

Norstedts Juridik AB

Stockholm 2002

Artiklar

Lambertz, Göran

Nyttig och onyttig rättsvetenskap

Svensk Juristtidning, 2002

Fransson, Susanne

Samverkan och lönekartläggning – en rättsutveckling

Stüber, Eberhard

Arbetsmarknad & Arbetsliv, årg. 10, nr 3, 2004

Jenny Lundberg

En urholkad lag som ingen vill fira

Arbetet, 8 mars 2010

Rapporter

Medlingsinstitutet

Rapporten Avtalsrörelsen och lönebildningen 2014

Taberg Media Group

Taberg 2015

Offentligt tryck

Regeringens proposition 1990/91:113 *Om en ny jämställdhetslag*

Regeringens proposition 2007/08:95 *Ett starkare skydd mot diskriminering*

SOU 1990:41 *Tio år med jämställdhetslagen – utvärdering och förslag*

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från EU-domstolen

C-43/75 Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena (1976) ECR 455

C-109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsforening, för Danfoss (1989) ECR 3199

C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535

C-129/79 Macarthy's Ltd mot Wendy Smith (1980) ECR 1275

C-157/86 Mary Murphy m. fl. mot An Bord Telecom Eireann (1988) ECR 673

C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz (1986) ECR 1607

C-273/85 Rummler mot Dato-Druck GmbH (1986) ECR 2101

C-309/97 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse (1999)

C-320/00 A.G. Lawrence m.fl. mot Regent Office Care Ltd, Commercial Catering Group och Mitie Secure Services Ltd. (2002) ECR I-7325

C-381/99 Susanna Brunnhofer mot Bank der Österreichische Postsparkasse AG
2001-06-26

C-400/93 Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri för Royal Copenhagen A/S (1995) ECR I-1275

Konsoliderade versioner av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Treaty establishing the European Economic Community (Rom, 25 Mars 1957)