

Lönediskriminering på grund av kön

– en granskning av beviskraven

Mikaela Walter och Rebecca Noring

Kandidatuppsats i arbetsrätt

HARH16

HT 2016

Handledare: Anneli Carlsson



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1. INLEDNING	6
1.1 ÄMNE OCH BAKGRUND	6
1.2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNING	8
1.3 METOD OCH MATERIAL	8
1.4 AVGRÄNSNINGAR	10
1.5 DISPOSITION	11
2. KARTLÄGGNING AV LÖNEDISKRIMINERING	12
2.1 ILO:S KONVENTION NUMMER 100 OCH EU-RÄTTEN	12
2.2 DEN SVENSKA DISKRIMINERINGSLAGSTIFTNINGEN	13
2.2.1 <i>Bakgrund</i>	13
2.2.2 <i>Direkt och indirekt diskriminering</i>	14
2.2.3 <i>Likvärdigt arbete och arbetsvärdering</i>	16
2.2.4 <i>Begreppet lön</i>	18
2.3 LÖNESÄTTNING PÅ DEN SVENSKA ARBETSMARKNADEN	18
3. LÖNEDISKRIMINERING – PRINCIPER FÖR BEVISNING	21
3.1 EU:S PRINCIPER FÖR BEVISNING	21
3.1.1 <i>Likvärdigt arbete</i>	24
3.1.2 <i>Kollektivavtalet</i>	25
3.1.3 <i>Marknadskrafter</i>	26
3.2 NATIONELLA PRINCIPER FÖR BEVISNING	27
3.2.1 <i>Likvärdigt arbete</i>	30
3.2.2 <i>Kollektivavtalet</i>	32
3.2.3 <i>Marknadskrafter</i>	33
4. ANALYSERANDE SLUTSATS	35
4.1 RÄTTSLIGA PRINCIPER FÖR BEVISNING	35
4.2 RÄTTSLIGA KRAV PÅ ARBETSGIVARENS MOTBEVISNING	37
4.3 AVSLUTANDE REFLEKTION	39

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
DO	Diskrimineringsombudsmannen
EG	Europeiska gemenskapen (tidigare beteckning EEG)
EU	Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om EU:s funktionssätt
HD	Högsta domstolen
ILO	International Labour Organization
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
NJA	Nytt juridiskt arkiv
JämO	Jämställdhetsombudsmannen
Prop.	Proposition
SAF	Svenska arbetsgivarförbundet
SCB	Statistiska centralbyrån
SOU	Statens offentliga utredningar

Sammanfattning

Ur ett internationellt perspektiv har Sverige ett högt anseende gällande jämställdhet mellan kvinnor och män. Trots detta finns det en generell löneskillnad på 12,5 procent mellan könen. Att det finns oförklarade löneskillnader mellan kvinnor och män kan förklaras med att Sverige har en könssegregerad arbetsmarknad. Statistiskt sett finns det oförklarade löneskillnader, men Arbetsdomstolen har inte avkunnat någon fällande dom avseende lönediskriminering sedan 1995.

Uppsatsens syfte är att studera och utreda rättsläget avseende lönediskriminering på grund av kön på den svenska arbetsmarknaden, och utifrån detta granska Arbetsdomstolens bedömning av kraven på bevisning rörande lönediskriminering mellan kvinnor och män. Sveriges medlemskap i EU innebär att EU-domstolens förhandsavgörande och de principer som fastställts som vägledande när det gäller beviskraven, har kommit att influera Arbetsdomstolens domar i mål avseende lönediskriminering.

Uppsatsen leder fram till slutsatsen att lönediskriminering på grund av kön är komplicerat ämne, och att kraven på motbevisning från arbetsgivarens sida är för lågt ställda. Dessa krav skulle kunna höjas genom att ställa relevanta motfrågor från Arbetsdomstolens sida avseende de omständigheter som arbetsgivaren lägger fram som motbevisning i mål avseende lönediskriminering på grund av kön. Sammanfattningsvis bör Arbetsdomstolen bedömning av kraven på arbetsgivarens motbevisning ses över och större vikt läggas vid syftet med EU-rättens förhandsavgörande och dess principer i framtida domar.

Nyckelord: lönediskriminering, oförklarade löneskillnader, beviskrav, principer för bevisning, marknadskrafter.

Summary

Sweden is regarded as one of the top countries in the world in terms of equality between women and men. Even so, there is a general pay gap of 12.5 % between the sexes. The unexplained pay differences between women and men can be explained by a gender segregated labour market. Even though statistics show unexplained pay differences between the sexes, there has not been a single conviction of pay discrimination from the Labour Court since 1995.

The purpose of this essay is to study and investigate the legal framework regarding pay discrimination based on sex in the Swedish labour market. The essay will also include a review of the Labour Courts assessment of the requirements for evidence, concerning pay discrimination between women and men. Since Sweden is a member of the EU, the Labour Court interprets the preliminary rulings and the principles set by the European Court of Justice, as guidance in judgements.

The conclusion of this essay is that pay discrimination based on sex is a complicated subject, and that the evidentiary for the employer is low. The Labour court could increase the requirements for evidence, by asking relevant counter questions regarding the employer's rebuttal. In summary, the Labour Court's assessment of the employer's rebuttal needs some adjustment with reference to the purpose of EU law and its principles.

Keywords: pay discrimination, unexplained pay differences, evidentiary, principles of evidence, market forces.

1. Inledning

1.1 Ämne och bakgrund

Lönediskriminering är ett både omtalat och omskrivet ämne, som inte sällan rört upp heta känslor. En viktig förklaring till att kvinnor har haft begränsade resurser på arbetsmarknaden och därmed en underordnad ställning har varit deras brist på utbildning och arbetslivserfarenhet.¹ Aktuell statistik visar att trenden vänt. Kvinnorna har hunnit ikapp. Ur ett internationellt perspektiv har Sverige idag ett högt anseende gällande jämställdhet mellan kvinnor och män. I rapporten ”På tal om kvinnor och män, en lathund om jämställdhet 2016” som SCB producerat, uppges det att kvinnor i Sverige förvärvsarbetar i nästan lika hög utsträckning som män. Kvinnor är politiskt aktiva i samma utsträckning som män och har generellt sett en högre utbildningsgrad än män.² I rapporten kan det även utläsas att andelen kvinnor i riksdag och regering är mellan 40-50 % vilket är bland den högsta andelen kvinnor i den positionen i världen.³ Med den statistiken som bakgrund, blir fördelningen av lön mellan kvinnor och män på den svenska arbetsmarknaden av högsta intresse.

Enligt Medlingsinstitutets årliga rapport ”Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2015” finns det en generell löneskillnad på 12,5 % mellan kvinnor och mäns löner i Sverige. Inom den privata tjänstesektorn är den *oförklarliga* löneskillnaden högst på 7,7 %.⁴ *Oförklarliga* löneskillnader inte är samma sak som *osakliga* löneskillnader. Begreppen har en tendens att blandas samman i diskussioner rörande lönediskriminering och därför bör de förklaras var för sig. *Oförklarliga* löneskillnader är ett begrepp som används ur ett statistiskt perspektiv som enbart belyser att det finns en oförklarad skillnad mellan kvinnor och mäns löner. En *osaklig* löneskillnad är en definition av en löneskillnad som enbart beror på kön.⁵ *Osakliga* löneskillnader är sådana faktorer som enligt diskrimineringslagstiftningen inte får lov att påverka lönesättningen.⁶

¹ SOU 2004:43, s. 11.

² Statistiska centralbyråns rapport, *På tal om kvinnor och män, en lathund om jämställdhet 2016*, s. 26 ff.

³ Statistiska centralbyråns rapport, *På tal om kvinnor och män, en lathund om jämställdhet 2016*, s. 91 ff.

⁴ Medlingsinstitutets rapport, *Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2015*, s. 23.

⁵ Medlingsinstitutets rapport, *Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2015*, s. 16. För vidare läsning avseende begreppen *oförklarade* löneskillnader och *osakliga* löneskillnader se: SOU 2005:66, s. 162.

⁶ SOU 2005:66, s. 162.

Att det finns en generell löneskillnad mellan kvinnor och män kan förklaras med att Sverige har en könssegregerad arbetsmarknad, som delas in horisontella och vertikala dimensioner. Detta innebär att kvinnor och män arbetar inom olika yrken hos olika arbetsgivare, dessa är sedan fördelade inom olika branscher och sektorer på arbetsmarknaden. Vidare har detta inneburit att kvinnor generellt sett inte nått samma hierarkiska nivåer och chefspositioner som män på arbetsmarknaden. En könssegregerad arbetsmarknad ger upphov till strukturell diskriminering som är ett samhällsvetenskapligt begrepp som belyser hur olika normer och strukturer kan skapa skillnader för människor i samhället. Strukturell diskriminering leder till att olika arbeten värderas olika beroende på vem som utför arbetet. Att arbeten värderas olika benämns som värdediskriminering och bygger på att arbeten som i huvudsak innehas av kvinnor, värderas och betalas lägre, än arbeten med liknande kvalifikationskrav som i huvudsak innehas av män.⁷

Arbetsdomstolen har sedan år 1995⁸ inte avkunnat en enda fällande dom avseende lönediskriminering trots statistiken över löneskillnader. Löneskillnaden mellan kvinnor och män har sedan mitten av 1990-talet varit relativt konstant.⁹ Detta är inte något unikt för Sverige utan samma tendenser är synliga i resten av Europa.¹⁰ Mellan år 1994 till 2001 upplevde den dåvarande Jämställdhetsombudsmannen (JämO) något av en ”boom” i antalet anmälningar om lönediskriminering. Sedan domen i det uppmärksammade *Barnmorskemålet II*¹¹ från 2001 har antalet anmälningar nästan helt avstannat.¹² Domen avkunnade att skillnaden i lön mellan en manlig klinikingenjör och två barnmorskor som utförde likvärdigt arbete inte berodde på kön utan på marknadens efterfrågan.¹³ Det finns således konkret statistik på löneskillnader men inga fällande domar avseende lönediskriminering. Har löneskillnaden saklig grund i marknadens utbud och efterfrågan eller är det helt enkelt för svårt att lyckas framlägga bevis för lönediskriminering i Arbetsdomstolen?

⁷ SOU 2005:66, s. 156-158.

⁸ AD 1995 nr 158.

⁹ Olsson, Hans, *Nio perspektiv på jämställdhet: en antologi om kvinnors och mäns löner*, 2009, s. 102-104.

¹⁰ Europeiska kommissionen, *Hur vi får bukt med löneskillnaderna mellan kvinnor och män i EU*, 2016, s. 10-11.

¹¹ AD 2001 nr 13.

¹² <https://feministisktperspektiv.se/2015/03/06/noll-fallande-domar-sedan-1995-vid-lonediskriminering/> 2016-11-04. Feministiskt perspektiv är en nätbaserad tidning som publicerar nyheter avseende inrikes- och utrikeshändelser, politik, ekonomi, kultur och sport.

¹³ AD 2001 nr 13.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att studera och utreda rättsläget avseende lönediskriminering på grund av kön på den svenska arbetsmarknaden, och utifrån detta granska Arbetsdomstolens bedömning av kraven på bevisning rörande lönediskriminering mellan kvinnor och män. Uppsatsen uppnår syftet genom att försöka besvara följande frågor:

- Vilka är de rättsliga principerna för bevisning i mål avseende lönediskriminering?
- Vilka rättsliga krav ställer arbetsdomstolen på arbetsgivarens motbevisning?

1.3 Metod och material

Denna uppsats kommer att utreda vad som är gällande rätt, *de lege lata*, utifrån aktuella rättskällor. Tillvägagångssättet för denna uppsats kommer således att vara traditionell juridisk metod. Metoden avser att studera en rättsregels innehåll för att sedan kunna tolka och tillämpa den.¹⁴ Den traditionella juridiska metoden inkluderar rättslärans – *läran om vilka rättskällor som ska, bör och får beaktas*. Den traditionella juridiska metoden ger möjlighet att ur ett bredare perspektiv tolka, förstå och översätta rättsreglernas innehåll. Eftersom EU:s rättskällor används i uppsatsen, kommer även EU-rättslig metod att användas. Uppsatsen utgår ifrån *triaden* som utgör kriterier för ämne, material och metod.¹⁵ Relationen mellan ämne, material och metod utgår från en hierarkisk ordning där ämnet är överordnat material och metod. Vid ett ämnesval formuleras frågeställningar. Dessa frågeställningar besvaras genom olika val av material. Med hänsyn till materialet väljs en lämplig metod, *ett systematiskt tillvägagångssätt* för att vidare behandla materialet.¹⁶ För att besvara de frågeställningar som uppsatsen avser kommer följande rättskällor behandlas: författningar, EU-fördrag, EU-direktiv, ILO:s konvention nr 100, förarbeten, rättspraxis och doktrin.¹⁷

EU-rättens direkta effekt på den svenska lagstiftningen innebär således att det är av vikt att studera såväl svenska som EU-rättsliga källor. De europeiska unionsfördragen intar en särställande

¹⁴ Hydén, Håkan & Therese, *Rättsregler – en introduktion till juridiken*, 2011, s. 15.

¹⁵ Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 2015, s. 20.

¹⁶ Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 2015, s. 57-58.

¹⁷ Samuelsson, Joel & Melander, Jan, *Tolkning och tillämpning*, 2003, s. 29 ff.

position i rättsordningen.¹⁸ Fördragen utgör *primärrätten* som är en *bindande rättskälla* tillsammans med rättighetsstadgan, bindande sekundärrätt, internationella avtal och allmänna rättsprinciper.¹⁹ EU:s medlemsländers myndigheter och domstolar är skyldiga att tillämpa EU-rätten, vilket innebär att denna har företräde framför nationell rätt.²⁰ Vikten av att belysa EU-rätten och nationell lagstiftning är av högsta intresse i uppsatsen för att kunna behandla materialet på ett korrekt vis. När det s.k. Lissabonfördraget trädde i kraft den 1 december 2009 övergick benämningen av Europeiska Gemenskapen (EG) till Europeiska Unionen (EU). I de äldre framställningarna används benämningen EG, detta har tagits i beaktning vid uppsatsens utförande.²¹ I uppsatsen används beteckningen EU trots att rättspraxis från EG-domstolen behandlas.

I den svenska lagstiftningen är förarbeten en rättskälla som behandlar lagens tillkomst. Ur förarbetet till en lag kan man utläsa såväl det allmänna syftet med lagen, men även hur det är tänkt att lagen ska tillämpas.²² I uppsatsen kommer förarbeten i form av statens offentliga utredningar (SOU) och propositioner²³ studeras för att förstå och tolka den svenska lagstiftningen.

Rättspraxis från domstolar och rättstillämpande myndigheter är i sin karaktär vägledande, men inte formellt bindande. Rättspraxis har stor betydelse för lagtolkning och tillämpning, samt ger möjlighet att studera hur regleringar omsätts i praktiken.²⁴ Då det i jämförelse med andra rättsfrågor finns relativt lite rättsfall på området, har vi valt att använda oss av samtliga rättsfall avseende lönediskriminering på grund av kön som publicerats av Arbetsdomstolen sedan införandet av Jämställdhetslagen år 1979 fram tills idag. Då EU-rätten varit direkt vägledande för utformningen av den svenska diskrimineringslagen och för hur Arbetsdomstolen vidare tolkat denna, har särskild hänsyn tagits till förhandsavgörande från EU-domstolen. De EU-rättsliga domar som är återkommande i uppsatsen har valts ut genom individuella sökningar i rättsdatabaser.²⁵ Resultatet av de individuella sökningarna har sedan jämförts med doktrinen för att säkerställa relevanta förhandsavgöranden för uppsatsens ämnesområde samt syfte.

¹⁸ Samuelsson, Joel & Melander, Jan, *Tolkning och tillämpning*, 2003, s. 36.

¹⁹ Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 40-41.

²⁰ Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 32.

²¹ Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 16.

²² Hydén, Håkan & Therese, *Rättsregler – en introduktion till juridiken*, 2011, s. 157.

²³ Samuelsson, Joel & Melander, Jan, *Tolkning och tillämpning*, 2003, s. 42-44.

²⁴ Hydén, Håkan & Therese, *Rättsregler – en introduktion till juridiken*, 2011, s. 158.

²⁵ Rättsdatabaser: KARNOV, EUR-lex, InfoTorg Juridik. Sökord: lönediskriminering, likalöneprincipen, equal pay, equal treatment.

De rättsvetenskapliga arbeten som doktrinen utgör, med bland annat doktorsavhandlingar, vetenskaplig litteratur, lagkommentarer och festskrifter har valts ut som material för uppsatsen för att kunna hjälpa och bidra till att lättare utreda rättsläget.²⁶ Vid instudering av ämnet lönediskriminering finns ett par namn som är ständigt återkommande i litteraturen och som varit tongivande för utvecklingen av ämnet. Dessa författares arbeten på området har en central position i utformandet av teorin i denna uppsats. Materialet har valts utifrån författarnas sakkunskap och erfarenhet av ämnet lönediskriminering i såväl rättsprocesser som i forskning. Bert Lehrberg skriver även att förståelsen för hur rättsreglernas funktion speglar verkligheten kan hämtas från exempelvis statistik.²⁷ Det empiriska underlag i form av statistik som används i uppsatsen avser statistik från Statistiska centralbyrån²⁸ och Medlingsinstitutet²⁹.

1.4 Avgränsningar

Diskrimineringslagen har sju diskrimineringsgrunder. Då arbetet först och främst behandlar lönediskriminering på grund av kön har en avgränsning från övriga diskrimineringsgrunder gjorts.

Rättspraxis från Arbetsdomstolen är av yttersta vikt för detta arbete och särskilt rättsfall avseende lönediskriminering på grund av kön. Rättsfall som publicerats innan år 1979 har inte beaktats då dessa med tanke på sin ålder och avsaknad av tillämplig lag inte kan ge en rättvisande bild av dagens rättsläge. I arbetet har ingen särskild hänsyn tagits till de uppgörelser som gjorts upp i godo utanför rättssalen genom fackliga förhandlingar eller enskilda överenskommelser.

Föräldraledighetslagen (1995:584) innehåller ett förbud mot missgynnande av föräldralediga vid lönesättning och anställning. Förbudet mot missgynnande av föräldralediga är ett komplext ämne och innehåller mycket material. Detta material behöver ett visst utrymme för att utredas på ett kvalitativt sätt. Då ett sådant avsnitt riskerar att bli alltför stort för att passa in i detta arbete, har en avgränsning från föräldraledighetslagen gjorts. Arbetsdomstolens dom 2003 nr 74 avser en man som indirekt diskriminerats i fråga om föräldralön. Med hänsyn till att arbetet gjort en av-

²⁶ Samuelsson, Joel & Melander, Jan, *Tolkning och tillämpning*, 2003, s. 48-50.

²⁷ Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 2016, s. 204.

²⁸ Statistiska centralbyråns rapport, *På tal om kvinnor och män, en lathund om jämställdhet 2016*.

²⁹ Medlingsinstitutets rapport, *Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2015*.

gränsning från föräldraledighetslagen, tas AD 2003 nr 74 inte i beaktande vid genomgång av, för vårt ämne, relevanta rättsfall.

Det finns många internationella konventioner avseende jämställdhet och likabehandling. Dessa behandlas inte i uppsatsen eftersom ämnet rör lönediskriminering och inte andra diskrimineringsområden. Teoriavsnittet om diskrimineringslagen är inte ämnat som en djupgående och fullständig genomgång av lagen utan har medvetet gjorts förhållandevis kort och sammanfattande. Avsnittet syftar till att underlätta för läsaren och ge goda förutsättningar för att kunna förstå arbetets huvudsakliga ämne.

1.5 Disposition

I syfte att förenkla läsningen och tydliggöra en röd tråd har arbetet delats upp i fyra kapitel. Kapitel ett introducerar läsaren till ämnet och avhandlar därefter arbetets syfte och frågeställning. Vidare presenteras metod, material och avgränsningar. Syftet med kapitel ett är att ge läsaren en god introduktion till ämnet och erbjuda vägledning för vidare läsning av arbetet. Kapitel två avser en kartläggning av lönediskriminering utifrån EU-rätt och nationell lagstiftning. Kapitel tre inleds med en genomgång av bakgrunden till vägledande direktiv och lagstiftning. Vidare presenteras innehållet och väsentliga rättsliga begrepp definieras och förklaras för att bereda läsaren en viss förkunskap inför påföljande analys. Kapitel tre innehåller inledningsvis en deskriptiv genomgång avseende principer för bevisning inom EU- och nationell rätt. Därefter följer en analys där betydelsefulla rättsfall diskuteras. Återkommande faktorer som är av vikt för domstolens bedömning och målets utgång definieras och behandlas. Kapitel fyra avser en övergripande analys och slutsats. De inledande frågeställningarna besvaras och ett resonemang kring potentiella utvecklingsmöjligheter avseende lagstiftningen avslutar arbetet.

2. Kartläggning av lönediskriminering

2.1 ILO:s konvention nummer 100 och EU-rätten

En av de viktigaste förklaringarna till hur de generella principerna om likabehandling och icke-diskriminering tagit sin form i Europa, är den effekt som efterkrigstiden hade på villkoren för näringslivet och marknaden. Likalöneprincipen stadgades första gången 1951 av Internationella arbetsorganisationen (ILO)³⁰ och återfanns i Romfördraget då detta trädde i kraft år 1958. I Romfördraget syftade likalöneprincipen främst till att värna om den fria konkurrensen på marknaden. Det var från början värnandet om den fria konkurrensen, snarare än jämställdhet mellan kvinnor och män, som var en bidragande faktor till att förbudet mot lönediskriminering infördes i artikel 119 (sedermera artikel 141, numera artikel 157 FEUF).³¹

Det som stadgades i artikel 119 var att varje enskild medlemsstat skulle säkerhetsställa och upprätthålla principen om lika lön för lika arbete mellan kvinnor och män.³² Trots att likalöneprincipen stadgades i Romfördraget, ansågs inte principen i sig ha ett grundläggande värde.³³ Det var den franska regeringen som tog initiativet till en reglering på Europeanivå, eftersom Frankrike redan i sin nationella lagstiftning hade regleringar gällande lika lön för lika arbete.³⁴ Anledningen till att Frankrike redan hade infört en likalöneprincip var för att skydda den inhemska textilindustrin mot låglönekonkurrens från bland annat Beneluxländerna. Karin Lundström förklarar syftet med likalöneprincipen på följande sätt: *“förhindra en pool av billig, kvinnlig arbetskraft som hotade att snedvrída konkurrensen på den gemensamma marknaden”*.³⁵

I början av 1970-talet utvecklades socialpolitiken och arbetsrätten gentemot den fria rörligheten.³⁶ Ett viktigt exempel på hur EU-domstolens aktivitet under denna här perioden klargjort hur likalöneprincipen ska tillämpas, skildras i *Defrenne II-målet*.³⁷ Gabrielle Defrenne arbetade som flygvärdinna för det Belgiska flygbolaget Sabena och hade i sin anställning både sämre lön och

³⁰ ILO konvention nummer 100.

³¹ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2015, s. 28.

³² Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 167.

³³ Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, 2011, s. 634.

³⁴ Fransson, Susanne, *Lönediskriminering: en arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, 2001, s. 182.

³⁵ Lundström, Karin, *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten: en feministisk analys*, 1999, s. 367.

³⁶ Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 49-50.

³⁷ Mål 43/75 *Defrenne II*.

pensionsförmåner än sina manliga kollegor. Dessutom tvingades hon och hennes kvinnliga kollegor att sluta arbeta vid 40 års ålder.³⁸ I EU-domstolens förhandsavgörande i målet konstaterar domstolen att artikel 119 (numera artikel 157 FEUF) och dess likalöneprincip direkt kan åberopas i nationella domstolar³⁹ och belyser direktivets direkta vertikala effekt. EU-domstolen fastställer vidare att likalöneprincipen är en grundläggande såväl ekonomisk som social, ovillkorlig princip i gemenskapsrätten.⁴⁰

Sedan 1995 är Sverige som EU-medlemsstat⁴¹ förpliktigad att se till att principen om lika lön för lika eller likvärdigt arbete för kvinnor och män tillämpas i nationell lagstiftning, vilket anges i Artikel 157 FEUF (tidigare artikel 141 EG, dessförinnan artikel 119).⁴² Som ovan nämnts var förbudet mot diskriminering inom EU i första hand ett medel för att nå balans på den inre marknaden. Idag har diskrimineringsförbuden en såväl stark som självständig konstitutionell position och är inte enbart ett medel utan ett uttalat mål.⁴³

2.2 Den svenska diskrimineringslagstiftningen

2.2.1 Bakgrund

Sveriges första arbetsrättsliga diskrimineringslag, Lag (1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet (jämställdhetslagen) infördes 1979 och innehöll då ett förbud mot könsdiskriminering. Förbudet grundades i första hand ur ett individperspektiv med påföljden att en tvist kunde resultera i ogiltigförklaring av anställningsavtal eller medföra skadestånd. Lagen ändrades 1994 och inkluderar sedan dess även lönebildning. Ytterligare en förändring infördes 2001 då hela rekryteringsförfarandet kom att omfattas av lagen.⁴⁴ I samband med *Barnmorske-målet II*⁴⁵ diskuterades Arbetsdomstolens opartiskhet intensivt.⁴⁶ Under 2002 resulterade detta i att regeringen tillsatte en kommitté som fick till uppgift att utvärdera behovet av en utökad dis-

³⁸ Mål 149/77 *Defrenne III*, p. 12,14. Se även: Fransson, Susanne, *Lönediskriminering: en arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, 2001, s. 212.

³⁹ Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 2011, s. 50.

⁴⁰ Mål 43/75 *Defrenne II*, p. 10-12.

⁴¹ Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, 2011, s. 140.

⁴² FEUF, avd. X, art. 157, pt. 1.

⁴³ Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, 2011, s. 634.

⁴⁴ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2015, s. 32.

⁴⁵ Mål 2001 nr 13.

⁴⁶ Ämnet debatterades i: Fernvall, Eva, Svenaeus, Lena, m.fl. *Processordningen i diskrimineringsmål m.m.* 2001-2002. Se även: SOU 2006:22, s. 306-308.

krimineringslag och även Arbetsdomstolens partssammansättning. Detta arbete genererade så småningom ett betänkande genom SOU 2006:22. Efter remissförfarande och departementsberedning lades proposition 2007/08:95 fram.⁴⁷

Diskrimineringslagen i dess nuvarande form antogs 2008 och trädde i kraft den 1 januari 2009. Genom införandet upphörde jämställdhetslagen och ytterligare sex andra diskrimineringslagar att gälla.⁴⁸ Detta innebar att den nya diskrimineringslagen kom att omfatta ett stort antal samhällsområden och flertalet diskrimineringsgrunder.⁴⁹ Syftet med förändringen var dels att stärka skyddet mot diskriminering dels att uppfylla EU-rättens krav på diskrimineringslagstiftningens utformning.⁵⁰ Äldre förarbeten har fortfarande viss betydelse för tolkning av lagen. De skall läsas med försiktighet då dessa inte länge ger en fullt tillfredsställande bild av vad som varit avsikten med bestämmelserna när de flyttades över, omarbetats och kompletterats i den nya lagstiftningen.⁵¹ I samband med införandet av diskrimineringslagen avskaffades även de tidigare diskrimineringslagarnas ombudsmän⁵² och ersattes av den nya myndigheten Diskrimineringsombudsmannen (DO), vars uppgift är att kontrollera att lagen efterföljs.⁵³

2.2.2 Direkt och indirekt diskriminering

I diskrimineringslagen skiljer man på direkt och indirekt diskriminering. Lönediskriminering är i de allra flesta fall en form av indirekt diskriminering.⁵⁴ Då begreppen är tätt sammanhängande och bäst förklaras i förhållande till varandra kommer därför båda att definieras. Av proposition 2007/08:95 framgår det att syftet med att förtydliga begreppet ”direkt diskriminering” inte är att ändra begreppets innebörd i sak utan det skall tolkas såsom tidigare. Begreppet är fortsatt uppbyggt kring *missgynnande, jämförelse* och *orsakssamband*.⁵⁵

⁴⁷ Göransson, Håkan Gabinus, *Diskrimineringslagen*, 2013, s. 22.

⁴⁸ Lagen om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning (1999:130), Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder (1999:132), Lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning (1999:133), Lagen om likabehandling av studenter i högskolan (2001:1286), Lagen om förbud mot diskriminering (2003:307) samt Lagen om förbud av diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever (2006:67).

⁴⁹ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2015, s. 39-40.

⁵⁰ Göransson, Håkan Gabinus, *Diskrimineringslagen*, 2013, s. 22.

⁵¹ Prop. 2007/08:95, s. 485.

⁵² Jämställdhetsombudsmannen, Ombudsmannen mot etnisk diskriminering, Handikappombudsmannen och Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning.

⁵³ Göransson, Håkan Gabinus, *Diskrimineringslagen*, 2013, s. 30.

⁵⁴ Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, 2011, s. 346.

⁵⁵ Prop. 2007/08:95, s. 99-101.

Missgynnade innebär att en person som omfattas av lagen såsom exempelvis en arbetstagare, försätts i ett sämre läge eller går miste om en förmån eller förbättring jämfört med andra arbetstagare. Ett typiskt missgynnande innehåller alltid någon typ av skada eller nackdel för utsatt person. Att inte ha samma löneutveckling som andra medarbetare i likvärdig position skulle kunna vara ett exempel på missgynnande. *Jämförelse* sker mellan den som påstått sig vara diskriminerad och någon annan i jämförbar position. Är behandlingen avvikande mot hur någon annan har behandlats, behandlas eller skulle ha behandlats, bedöms behandlingen såsom diskriminerande. Det är dock viktigt att jämförelsen är av naturlig och rimlig karaktär för att den ska vara rättvisande. Har två arbetstagare olika erfarenhet vid löneutveckling är de inte i en jämförbar situation och personen med mindre erfarenhet har då inte diskriminerats. *Orsakssamband* avser ett samband mellan missgynnandet och någon av diskrimineringsgrunderna såsom kön. Orsakssambandet bedöms som starkt eller svagt beroende på avsikten med att missgynna någon.⁵⁶ Kopplingen till diskrimineringsgrunden behöver inte vara direkt eller stå som enda anledning utan det räcker med att kopplingen har samband med en diskrimineringsgrund eller är en av flera orsaker till missgynnandet. Att någon inte anställer kvinnor till en IT-avdelning för att de ”inte passar” där är ett exempel på direkt diskriminering med starkt orsakssamband.⁵⁷

Formuleringen av ”indirekt diskriminering” skiljer sig från tidigare lagstiftning men innebörden i sak är densamma som tidigare och är även fortsättningsvis uppbyggd kring *missgynnande*, *jämförelse* och *intresseavvägning*. Syftet med en förändring av formuleringen var att ge ett tydligare uttryck för begreppet än vad som tidigare ansetts.⁵⁸ *Missgynnande* har i stort samma innebörd som vid direkt diskriminering men den negativa effekten som drabbar den missgynnande är sällan lika uppenbar som vid direkt diskriminering. En bestämmelse som till en början verkar neutral kan vid en närmare granskning missgynna personer i en viss grupp när den tillämpas i praktiken och faller då under kategorin missgynnande. *Jämförelse* vid indirekt diskriminering tar till skillnad från direkt diskriminering sikte på en jämförelse mellan grupper än mellan individer. Om det finns en betydande skillnad mellan möjligheten att uppfylla ett särskilt krav mellan den diskrimi-

⁵⁶ Prop. 2007/08:95, s. 486-489.

⁵⁷ Göransson, Håkan Gabinus, *Diskrimineringslagen*, 2013, s. 47.

⁵⁸ Prop. 2007/08:95 s. 103-104.

nerades grupp och en annan grupp på arbetsplatsen är detta ett tecken på indirekt diskriminering. I domstol krävs statistiskt material från kärende för att jämförelsen skall beaktas som saklig.⁵⁹

I arbetslivet finns det situationer och omständigheter som kräver en viss typ av åtgärder för att arbetet ska kunna fungera på ett säkert och tillfredsställande sätt. En del av dessa åtgärder kommer att ha negativa effekter för en viss grupp människor och per definition vara diskriminerande. För att säkerställa att åtgärden eller bestämmelsen är relevant och inte diskriminerande görs en *intresseavvägning* av syftet med åtgärden. Kravet är uppdelat i två delar där den första delen behandlar huruvida syftet kan anses godtagbart och berättigat. I andra delen bedöms huruvida åtgärden anses lämplig eller nödvändig. Vid rekrytering av poliser och ambulanssjukvårdare finns vissa krav på fysiska förutsättningar som kommer att missgynna personer med exempelvis funktionshinder. Då det ändå får anses både lämpligt och nödvändigt med ett sådant krav anses syftet godtagbart och åtgärden skall inte bedömas som indirekt diskriminerande. EU-domstolens förhandsavgörande *Defrenne-målet*⁶⁰ är ett tydligt exempel på indirekt diskriminering av kvinnor eftersom ett ålderskrav på flygvärdinnor varken är särskilt lämpligt eller nödvändigt.⁶¹

2.2.3 Likvärdigt arbete och arbetsvärdering

För att kärenden skall kunna påvisa omständigheter som gör det antagligt att denne har diskriminerats, måste vissa förutsättningar vara uppfyllda enligt lag. En förutsättning vid lönediskriminering är att aktuellt arbete varit att betrakta som *lika* eller *likvärdigt* i förhållande till annan arbetstagare av motsatt kön hos samma arbetsgivare.⁶² I diskrimineringslagen finns definitionen av likvärdigt arbete i kapitel tre, om arbetsgivarens aktiva åtgärder. Ett arbete är att betrakta som likvärdigt med ett annat arbete om det utifrån en sammantagen bedömning av de krav som arbetet ställer samt dess natur kan anses ha lika värde som det andra arbetet.⁶³ Bedömningen av de krav som arbetet ställer ska göras med beaktande av kriterier som *kunskap och färdigheter* samt *ansvar och ansträngning*. Vid bedömning av arbetets natur ska särskilt *arbetsförhållandena* beaktas.⁶⁴ Det finns inget förutbestämt mönster för hur bedömningen ska gå till utan denna kan göras

⁵⁹ Prop. 2007/08:95, s. 490-493.

⁶⁰ Mål 149/77 *Defrenne III*.

⁶¹ Mål 149/77 *Defrenne III*, p. 12, 14.

⁶² Fransson, Susanne & Norberg, Per, *Att lagstifta om diskriminering*, 2007, s. 82-83.

⁶³ Diskrimineringslagen 3:2.

⁶⁴ Prop. 1993/94:147, s. 51-55.

på lite olika sätt. Om det finns ett arbetsvärderingssystem för att bestämma lönen på arbetsplatsen skall detta utformas i enlighet med diskrimineringslagen 3:10.⁶⁵ Systemet skall vara baserat på samma kriterier för både män och kvinnor och vara utformat på ett sätt som utesluter könsdiskriminering.⁶⁶ Om det inte finns en förutbestämd arbetsvärderingsmetod på arbetsplatsen är ovan angivna kriterier från proposition 1993/94:147 av särskild betydelse för bedömningen.

Kunskap och färdigheter är ett kriterium där bland annat arbetstagarens förmåga att kommunicera och analysera under arbetet bedöms. Arbetstagarens handlingsförmåga, simultanförmåga och problemlösning i arbetet är även de exempel på förmågor som värderas i bedömningen. Kunskap och färdigheter inom ett visst yrke förvärvas främst genom utbildning och praktisk erfarenhet. I kriteriet *ansvar* tar man hänsyn till i vilken utsträckning arbetstagaren ansvarar för något. Det kan till exempel vara en arbetstagare som ansvarar för ekonomiska aspekter såsom budget eller investeringar. Det kan också innebära ansvar för andra människors välbefinnande och säkerhet. Särskild hänsyn tas till om arbetstagaren ansvarar för någon form av arbetsledning och har befogenhet att fatta självständiga beslut. Med *ansträngning* menas den psykiska och fysiska insats som fordras av arbetstagaren. Arbetstagaren har kanske ett fysiskt tungt och slitsamt yrke som kräver muskelmassa och utsätter arbetstagaren för ensidig belastning. Det kan också vara så att yrket kräver hög koncentrationsförmåga och innebär lång tid av stillasittande arbete. *Arbetsförhållande* avser främst arbetstagarens arbetsmiljö. Hänsyn tas till om arbetstagaren arbetar skift, utomhus, på hög höjd, under jord osv. Även andra arbetsmiljörelaterade faktorer såsom buller, damm och kyla skall beaktas.⁶⁷

Vid jämförelse av arbetsuppgifter är en faktisk jämförelse att föredra framför en hypotetisk jämförelse, men det finns inget krav på en faktisk jämförelseperson. Det är inte absolut nödvändigt att arbetena har samma beteckning eller är precis likartade för att en jämförelse skall kunna vara genomförbar. Arbetsdomstolen visar i målen AD 2001 nr 13⁶⁸ och AD 2001 nr 76⁶⁹ att en jämförelse mellan två helt olikartade arbeten kan vara tillämplig.⁷⁰

⁶⁵ En implementering av Direktiv 2006/54/EG.

⁶⁶ Direktiv 2006/54/EG, avd. II, kap. 1, art. 4.

⁶⁷ Prop. 1993/94:147, s. 51-55.

⁶⁸ AD 2001 nr 13, s. 18-21.

⁶⁹ AD 2001 nr 76, s. 21-23.

⁷⁰ Göransson, Håkan Gabinus, *Diskrimineringslagen*, 2013, s. 76-77.

Att likvärdigt arbete är en absolut förutsättning för fällande dom vid lönediskriminering syns särskilt tydligt i *Karlskogamålet*⁷¹. Målet avsåg huruvida en kvinnlig avdelningschef lönediskriminerats, i förhållande till en manlig avdelningschef i Karlskoga kommun. Då arbetstagarna i perioder haft olika mycket ansvar i sina befattningar, kunde det inte anses ostridigt att arbetena varit att betrakta som lika eller likvärdiga under dessa perioder. Arbetsdomstolen ansåg inte att det visats att arbetet varit lika eller likvärdigt under period ett och två. Därmed kunde kvinnan inte ha utsatts för lönediskriminering under dessa perioder. Under period tre och fyra gjorde Arbetsdomstolen däremot bedömningen att arbetet varit att betrakta som likvärdigt. Under dessa två perioder ansågs det ostridigt att den kvinnliga avdelningschefen lönediskriminerats.⁷² Skadestånd utdömdes för kränkningen samt för den förlust den kvinnliga avdelningschefen gjort. Då båda parter delvis förlorat och delvis vunnit fick vardera part bära sina rättegångskostnader.⁷³

2.2.4 Begreppet lön

Begreppet ”lön” kan vid en första anblick tyckas tämligen självklart. För att tydliggöra vad som i denna uppsats avses med begreppet, följer en definition utifrån proposition 1999/2000:143. Begreppet ”lön” omfattar alla förmåner, i form av kontanter eller naturaförmåner, aktuella eller framtida, som arbetstagaren direkt eller indirekt får från arbetsgivaren och som grundar sig på ett anställningsförhållande.⁷⁴ Den svenska tolkningen av begreppet har sin grund i EU-rättens artikel 157 punkt 2 och är föremål för en vidsträckt tolkning.⁷⁵

2.3 Lönesättning på den svenska arbetsmarknaden

Den svenska modellen⁷⁶ har sitt ursprung i den partsrelation mellan LO och SAF som växte fram under 1930-talet, genom det så kallade Saltsjöbadsavtalet.⁷⁷ Saltsjöbadsavtalet fastställer att arbetslivsfrågor, däribland lönebildning och lönesättning, ska avtalas mellan arbetsmarknadens parter, utan statens inblandning. Ett exempel på ansvaret som parterna har gällande lönebild-

⁷¹ AD 1996 nr 79.

⁷² AD 1996 nr 79, s. 11-16.

⁷³ AD 1996 nr 79, s. 16. För vidare läsning avseende Högsta Domstolens bedömning av Arbetsdomstolens resonemang kring likvärdigt arbete, se även resningsansökan: HD Ö 4141-01.

⁷⁴ Prop. 1999/2000:143, s. 49.

⁷⁵ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2015, s. 182.

⁷⁶ Modellen symboliserar fack- och arbetsgivarförningarnas centrala förhandlingsmodell.

⁷⁷ SOU 1999:69, s. 29.

ningsprocessen är Industriavtalet från 1997.⁷⁸ När det gäller lön och ekonomiska anställningsvillkor på den svenska arbetsmarknaden är utgångspunkten att det råder avtalsfrihet. Avtalsfrihet innebär således att man kan ingå avtal med vem man vill, bestämma om villkoren för avtalet samt dess innehåll.⁷⁹ I den svenska lagstiftningen förekommer inga regleringar avseende ekonomiska anställningsvillkor, med undantag för de regler som avser semester och sjuklön. Detta innebär att Sverige inte har några lagstadgade minimilöner, utan lönesättningen regleras främst genom kollektivavtal mellan arbetsmarknadens parter.⁸⁰

Kollektivavtalens centrala roll karaktäriserar den svenska arbetsmarknadsmodellen. I Sverige omfattas 90 % av arbetstagare av ett kollektivavtal.⁸¹ Kollektivavtalets *tvingande* och *normerande* verkan enligt MBL och praxis har stor betydelse för lönesättningen då enskilda avtal inte får strida mot kollektivavtalet.⁸² Kollektivavtalet i sin tur måste ta hänsyn till de tvingande bestämmelser som finns i bland annat LAS, diskrimineringslagen, eller vad som anses vara god sed på arbetsmarknaden.⁸³ Kollektivavtalen har tidigare haft en struktur där arbetets pris har bestämts enligt prislistor, *tariffer*, medan dagens kollektivavtal reglerar *lägsta pris* för arbete. Genom denna övergång har det avtalade priset på ett arbete gått från att benämnas genom utbud och efterfrågan på marknaden, till de fackliga organisationernas styrka mot arbetsgivarnas betalningsförmåga. Dagens kollektivavtal bygger på grundprincipen om lika lön för lika arbete och lönen bestäms i huvudsak genom lokala lönebildningar med en mer individuell och differentierad lönesättning. Inom den offentliga sektorn har det denna modell av lokal lönebildning blivit vanligare och resulterat i s.k. sifferlösa avtal.⁸⁴

Vad som har blivit tydligt gällande dagens kollektivavtal är att lönen för en arbetstagare ska vara individuell och differentierad. Vad som är genomgående är också att lönesättningen ska se till verksamhetens krav, arbetsuppgifternas innehåll, svårighetsgrad och ansvar. Vissa kollektivavtal reglerar även att marknadskrafter kan påverka lönesättning. Begreppet marknaden eller marknadskrafter används inom såväl juridiken som ekonomin. Inom arbetsrätten beskrivs marknads-

⁷⁸ Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, 2011, s. 153 ff.

⁷⁹ Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt*, 2011, s. 27.

⁸⁰ Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, 2011, s. 608.

⁸¹ Medlingsinstitutets årliga rapport, *Avtalsrörelsen och lönebildningen 2015*, s. 42.

⁸² Lundberg, Konrad, *Juridik: civilrätt, straffrätt, processrätt*, 2013, s. 334.

⁸³ Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, 2011, s. 633.

⁸⁴ Eriksson, Kurt, *Marknaden - saklig grund för lönesättning? En fråga tio svar*, 2006, s. 41-42.

krafterna som externa faktorer som påverkar lönen.⁸⁵ Den svenska arbetsmarknaden är en specifik typ av marknad, där lönen sätts utifrån arbetsgivarnas efterfrågan och arbetstagarnas utbud. Begreppet marknad kan på ett förenklat vis uttryckas genom att arbetstagarna bestämmer vilken arbetskraft de är villiga att erbjuda och hur mycket produkter som de vill köpa. Företagen i sin tur, bestämmer hur mycket de är villiga att betala för arbetskraften och mängden varor de producerar. Marknaden uppnår jämvikt när pris och kvantitet har enats mellan arbetstagarna och företagen. Lönen blir ett jämviktspris som arbetsmarknaden fastställer. Om efterfrågan för ett arbete ökar i förhållande till utbudet uppstår ett överskott, resultatet kan då bli att ett företag eller en arbetsgivare erbjuder en högre lön för ett arbete för att attrahera arbetskraft.⁸⁶ I *Socialkonsulentmålet*⁸⁷ ger arbetsdomstolen uttryck för marknadsbegreppet. Marknadens efterfråga ansågs vara nödvändig och försvarlig i motiveringen till varför den manliga arbetstagaren fick en högre lön än den kvinnliga.⁸⁸

Förutom ovan nämnda faktorer⁸⁹ bedöms även arbetstagarens personliga kvalifikationer, såsom engagemang, problemlösningsförmåga och samarbetsförmåga. Denna värdering av arbetet och lönesättning ska vara lika för såväl kvinnor som män. Detta innebär vidare att löneskillnader ska kunna motiveras *sakligt* och att de ovanstående faktorerna ska användas av de lokala parterna på ett systematiskt sätt för att värdera ett arbetes innehåll och en arbetstagares personliga kvalifikationer. Vid en löneförhandling ska denna värdering kunna användas för att kartlägga om diskriminerande eller osakliga löneskillnader förekommer mellan kvinnor och män – och att möjliggöra en utjämning av dessa.⁹⁰

⁸⁵ Carlsson, Pål, *Lönesättning*, 2010, s. 73.

⁸⁶ Säve-Söderbergh, Jenny, *Marknaden - saklig grund för lönesättning? En fråga tio svar*, 2006, s. 202-204.

⁸⁷ AD 2001 nr 51.

⁸⁸ AD 2001 nr 51, s. 14.

⁸⁹ Verksamhetens krav, arbetsuppgifternas innehåll, svårighetsgrad, ansvar samt marknadskrafter.

⁹⁰ Eriksson, Kurt, *Marknaden - saklig grund för lönesättning? En fråga tio svar*, 2006, s. 56-57.

3. Lönediskriminering – principer för bevisning

3.1 EU:s principer för bevisning

I enlighet med likalönedirektivet 75/117/EG och bevisbördedirektivet 97/80/EG (numera recast direktivet 2006/54/EG) ska varje medlemsstat se till att enskilda arbetstagare ska kunna få frågan om löneskillnader på grund av kön prövat i domstol. I artikel 4.1 i bevisbördedirektivet 97/80/EG framgår det hur EU-domstolens praxis fastställt bevisbördans placering och beviskravets styrka. I artikel 4.1 framgår det att den som blivit kränkt, genom att principen om likabehandling inte har tillämpats på ett korrekt vis, kan framlägga fakta som ger anledning att anta att det förekommit direkt eller indirekt diskriminering, övergår bevisbördan på svarande. Svarande åläggs då att bevisa att diskriminering inte förekommit. Det innebär att den som påstår sig ha blivit diskriminerad inledningsvis även har bevisbördan. Vidare i artikel 4.2 fastställs att nationell lagstiftning inte hindras från att införa bevisregler som är mer fördelaktiga för kärende än vad direktivet stadgar. Syftet med bevisbördedirektivet är att förhindra att kärende fråntas möjligheten att göra likabehandlingsprincipen gällande inför de nationella domstolarna.⁹¹

Genom EU-rättens företräde och EU-domstolens rättsutveckling, är nationella domstolar därtill tvungna att respektera effektivitetsprincipen och proportionalitetsprincipen. Dessa principer har betydelse för bevisfrågor och främst för arbetsgivarens motbevisning.⁹² *Effektivitetsprincipen* utgör en minimistandard som nationell rätt måste respektera vid utformningen av processuella regler och sanktioner som är kopplade till de materiella EU-rättsliga reglerna. Det görs en bedömning om huruvida den nationella regeln är effektiv, och om det i ett andra steg finns några godtagbara skäl att begränsa de materiella EU-reglernas genomslag i vissa situationer, som till exempel vid processuella tidsfrister. Det ska inte vara omöjligt eller orimligt svårt att göra gällande de rättigheter som följer av EU-rätten.⁹³ *Proportionalitetsprincipen* är en allmän rättsprincip som bland annat rör förhållandet mellan unionsrätten och nationell rätt.⁹⁴ Den utvecklades genom EU-domstolen och återfinns i EU-fördragets artikel 5 och definieras ”enligt proportional-

⁹¹ Prop. 2007/08/95, s. 442.

⁹² Fransson, Susanne, *Lönediskriminering: en arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, 2001, s. 256.

⁹³ Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2011, s. 199.

⁹⁴ Fransson, Susanne, *Lönediskriminering: en arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, 2001, s. 258.

itetsprincipen ska unionens åtgärder till innehåll och form inte gå utöver vad som är nödvändigt för att nå målen i fördraget".⁹⁵ Avsikten med principen är bland annat att värna om den enskildes rätt mot att utsättas för betungande och onödiga förpliktelser från det allmänna.⁹⁶ Den är vägledande vid olika former av intresseavvägningar.

Om käreande kan framföra bevis som visar att man kan anta att indirekt diskriminering förekommit, blir följden av detta att svarande har bevisbörda för att så inte är fallet. Ett exempel på EU-domstolens praxis när bevisbörderegeln används enligt *effektivitetsprincipen* är *Danfoss-målet*.⁹⁷ Målet handlade om en arbetsgivare som tillämpade ett lönesystem med individuella lönetillägg, vilket resulterade i att kvinnliga medarbetare i snitt hade en lägre genomsnittslön än män vid likvärdigt arbete. Arbetsgivarens avsaknad av transparens i hur lönetillägget tilldelades medarbetarna, gjorde det antagligt att lönediskriminering förelåg och bevisbördan övergick till arbetsgivaren. EU-domstolen menade vidare att arbetstagarna skulle sakna varje *effektivt medel* för att kunna driva igenom likalöneprincipen i den nationella domstolen om inte bevisbördan övergick till arbetsgivaren när bevis presenterats.⁹⁸

EU-domstolen bekräftade bevisbördereglererna vidare i *Brunnhofer-målet*⁹⁹. Målet handlade om en kvinnlig bankmedarbetare, som enligt kollektivavtalet var placerad i samma tjänstekategori som sin manliga kollega med samma grundlön. I det individuella anställningsavtalet reglerades ett lönetillägg som avsåg bland annat prestation. Den manliga medarbetaren fick ett högre månatligt lönetillägg, varvid den kvinnliga medarbetaren ansågs sig ha blivit lönediskriminerad. EU-domstolen resonerar likt *Danfoss-målet* i fråga om bevisbörda och arbetsgivarens transparens i lönesystem, och bekräftar att en arbetstagare enbart behöver lägga fram fakta som kan gör det antagligt att lönediskriminering förekommit för att bevisbördan ska övergå till arbetsgivaren.¹⁰⁰

Proportionalitetsprincipen används av EU-domstolen i ett specifikt syfte gällande mål om indirekt diskriminering. Principen prövar tre förutsättningar: det *berättigade syftet*, *lämplighet* och *nöd-*

⁹⁵ FEU, avd. I, art. 5, pt 4.

⁹⁶ Fransson, Susanne, *Lönediskriminering: en arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, 2001, s. 259.

⁹⁷ Mål 109/88 *Danfoss*.

⁹⁸ Mål 109/88 *Danfoss*, p. 13.

⁹⁹ Mål 381/99 *Brunnhofer*.

¹⁰⁰ Mål 381/99 *Brunnhofer*, p. 51-55. Se även: Bjørst, Byrial Rastad, *Ligeløn for job af samme værdi*, 2005, s. 289-291.

vändighet. För att ett syfte ska vara berättigat, måste det vara såväl viktigt som objektivt.¹⁰¹ Som tidigare nämnts har proportionalitetsprincipen betydelse vid bevisfrågor och speciellt i arbetsgivarens motbevisning, vilket bekräftas i *Bilka-Kaufhaus-målet*¹⁰². I målet ställde den nationella domstolen frågan till EU-domstolen om man kan särbehandla deltidsanställda i lönepolitiska frågor om det är av objektivt grundade ekonomiska skäl.¹⁰³ EU-domstolen menade att skälet som angavs av arbetsgivaren som motbevisning i målet måste prövas utifrån ett *verkligt behov* som var ägnat att uppnå de mål som Bilka eftersträvade – att attrahera fler heltidsanställda än deltidsanställda. Detta blev senare känt som Bilka-testet. Testet syftade till att avgöra om det bakom normen, att flertalet män än kvinnor arbetade heltid, fanns omständigheter av ekonomisk karaktär som inte kunde kopplas till kön.¹⁰⁴ EU-domstolen fastslog följande:

”I enlighet med artikel 119 kan ett varuhusföretag till stöd för att det tillämpar en lönepolitik som medför att de deltidsanställda oavsett kön utestängs från företagets pensionssystem åberopa att företaget eftersträvar att anställa så få deltidsarbetande som möjligt, om det slås fast att de medel som valts för att uppnå detta mål svarar mot ett verkligt behov hos företaget, är ägnade att uppnå målet i fråga och är nödvändiga härför.”¹⁰⁵

Domstolen fastställer i sitt uttalande att det krävs en avvägning mellan kvinnors intressen att inte bli särbehandlade och arbetsgivarens företagsekonomiska intressen.¹⁰⁶ I *Enderby-målet*¹⁰⁷ har EU-domstolen utvecklat proportionalitetsprincipen vidare genom att låta den nationella domstolen bedöma till vilken del en löneskillnad utgör ett objektivt ekonomiskt skäl i förhållande till marknaden. Kan en arbetsgivare visa att åtgärderna för en löneskillnad med hänvisning till marknadsaspekten, vid ett rekryteringsförfarande, står i proportion till målet, är denna löneskillnad sakligt grundad utan någon relation till kön.¹⁰⁸

¹⁰¹ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2015, s. 77. Se även: prop. 2007/08:95, s. 491 för en mer specifik definition.

¹⁰² Mål 170/84 *Bilka-Kaufhaus*.

¹⁰³ Mål 170/84 *Bilka-Kaufhaus*, p. 32-33.

¹⁰⁴ Mål 170/84 *Bilka-Kaufhaus*, p. 35-36. Se även: Fransson, Susanne, *Lönediskriminering: en arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, 2001, s. 259.

¹⁰⁵ Mål 170/84 *Bilka-Kaufhaus*, p. 37.

¹⁰⁶ Fransson, Susanne, *Lönediskriminering: en arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, 2001, s. 260.

¹⁰⁷ Mål 127/92 *Enderby*.

¹⁰⁸ Mål 127/92 *Enderby*, p. 26-29.

3.1.1 Likvärdigt arbete

Begreppet lika och likvärdiga arbeten har inte alltid omfattats inom samma tillämpningsområde inom EU-rätten.¹⁰⁹ Det var först efter Amsterdamfördragets genomslag som begreppet lika och likvärdigt arbete stadgades i artikel 141 (numera artikel 157 FEUF). EU-domstolen har inte direkt fått frågan från en nationell domstol gällande definitionen och innebörden av lika eller likvärdigt arbete. Detta har resulterat i att EU-domstolen inte har avkunnat något förhandsavgörande som direkt definierar vad som är lika eller likvärdigt arbete, utan har lämnat denna tolkning för den nationella domstolen att ta ställning till. EU-domstolen har däremot uttalat sig rent principiellt i både *Enderby-målet*¹¹⁰ och *Royal Copenhagen-målet*¹¹¹ om vad som kan vara av vikt att jämföra med, vilket kan ses som en vägledning för de nationella domstolarna.¹¹²

Royal Copenhagen-målet handlar om en porslinsfabrik i Köpenhamn som tillämpar ett lönesystem för ackordsarbete. Vid fabriken arbetade olika former av drejare och målare. Arbetarnas löner var fastställda genom kollektivavtal. "Blåmålarna" och "Tallriksmålarna" som främst var kvinnor, hade en genomsnittligt lägre ackordslön än "Rulldrejarna" som främst var män. För att kunna avgöra huruvida likalöneprincipen respekteras menar EU-domstolen att det "kräver att en jämförelse görs mellan de löner som utbetalas till arbetstagare av olika kön för lika arbete eller för arbeten som anses ha lika värde."¹¹³ EU-domstolen framhåller vidare att ett par olika faktorer måste tillgodoses vid en sådan jämförelse såsom *arbetets art, utbildningskrav samt arbetsvillkor*.¹¹⁴ Detta innebär att fackföreningens möjlighet att gå vinnande ur tvisten hade förbättrats avsevärt genom en omfattande utvärdering av alla arbeten inom avdelningarna på fabriken. Varje enskilt kriterium avseende ersättning skulle isoleras och utvärderas specifikt för varje arbete och därmed uppfylla EU-domstolens krav på jämförelse av faktorer.¹¹⁵

¹⁰⁹ Mål 96/80 *Jenkins*, p. 2. I målet framhålls artikel 119 vilket innan Amsterdamfördraget enbart "lika" arbeten.

¹¹⁰ Mål 127/92 *Enderby*, p. 11.

¹¹¹ Mål 400/93 *Royal Copenhagen*.

¹¹² Fransson, Susanne, *Lönediskriminering: en arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, 2001, s. 233-234.

¹¹³ Mål 400/93 *Royal Copenhagen*, p. 32.

¹¹⁴ Mål 400/93 *Royal Copenhagen*, p. 33.

¹¹⁵ Bell, Mark, Schiek, Dagmar, Waddington, Lisa, Bell, Mark & Droshout, Dimitri, *Cases, materials and text on national, supra-national and international non-discrimination law*, 2007, s. 403.

3.1.2 Kollektivavtalet

Inom EU-rätten har frågor avseende tolkningen av ett kollektivavtals könsneutralitet och icke-diskriminerande grund uppkommit i lönediskrimineringstvister. *Enderby-målet*¹¹⁶ handlar om en kvinnlig talpedagog som anser sig vara könsdiskriminerad då hon har en påtagligt lägre årslön än sina manliga kollegor inom likvärdiga befattningar som farmaceut och psykolog. Lönen för yrkeskategorierna reglerades i olika kollektivavtal mellan samma kollektivavtalsparter. En av frågorna som den nationella domstolen ställde till EU-domstolen handlade om löneskillnaderna mellan befattningarna kan motiveras som sakliga då de har förhandlats fram genom kollektivavtal mellan samma parter fast vid olika tillfällen.¹¹⁷ Kollektivavtalens könsneutralitet skulle då innebära att det inte kan handla om diskriminering på grund av kön. Enligt generaladvokaten Lenz skulle motiveringen av kollektivavtalen som objektiv grund för löneskillnader mellan kvinnor och män leda till att vidmakthålla könsroller i arbetslivet. Vidare beskriver han att kollektivtalet skulle vara ett rättsligt argument för att upprätthålla ”status quo” snarare än att upprätthålla lika-behandling mellan kvinnor och män.¹¹⁸ EU-domstolen diskuterar även problematiken i att en arbetsgivare enbart motiverar en löneskillnad med att det finns ett kollektivavtal och att kollektivavtalet har förhandlats fram på icke-diskriminerande grunder.¹¹⁹ Svaret som EU-domstolen ger den nationella domstolen lyder enligt följande:

”Det är inte tillräckligt för att objektivt motivera skillnaden i lön mellan två likvärdiga befattningar, av vilka den ena nästan uteslutande innehålls av kvinnor och den andra huvudsakligen av män, att åberopa den omständigheten att lönerna för dessa båda befattningar har fastställts genom kollektivavtalsförhandlingar, som visserligen har ägt rum mellan samma parter men varit separata och som betraktade var för sig inte medför någon diskriminering.”¹²⁰

I *Royal Copenhagen-målet*¹²¹, som EU-domstolen dömde ett par år efter *Enderby-målet*, blev ytterligare ett mål där kollektivavtalets centrala roll prövades gentemot likalöneprincipens tillämplighet och omfattning. Det framfördes intressanta frågor gällande om faktorer i arbetsvärderingen spelade in, som fingerfärdighet och muskelstyrka, om arbetet var maskinstyrt eller manu-

¹¹⁶ Mål 127/92 *Enderby*.

¹¹⁷ Mål 127/92 *Enderby*, fråga 2. Se även: Fransson, Susanne, *Lönediskriminering: en arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, 2001, s. 229.

¹¹⁸ Förslag till avgörande av generaladvokat Lenz föredraget den 14 juli 1993, s. I-5563, p. 49.

¹¹⁹ Mål 127/92 *Enderby*, p. 22.

¹²⁰ Mål 127/92 *Enderby*, p. 23.

¹²¹ Mål 400/93 *Royal Copenhagen*.

ellt, samt möjligheten att styra sitt eget arbetstempo.¹²² I målet ställdes bland annat frågan om hur bedömningen av likalöneprincipen ska tolkas då ackordslöner har fastställts genom förhandlingar mellan de berörda parterna.¹²³ EU-domstolen svar på frågan som ställdes lyder enligt följande:

”Principen om lika lön för manliga och kvinnliga arbetstagare är även tillämplig när lönefaktorerna fastställs genom kollektiva förhandlingar eller genom förhandlingar på det lokala planet. Den nationella domstolen kan emellertid ta hänsyn till denna omständighet vid bedömningen av om skillnaderna mellan genomsnittslönerna i de två grupperna av arbetstagare beror på objektiva faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra.”¹²⁴

Både *Bilka-Kaufhaus-målet*¹²⁵ och *Danfoss-målet*¹²⁶ omfattar kollektivavtalsbestämmelser som särbehandlar deltidsanställda. EU-domstolen har genom ovan nämnda förhandsavgörande, bekräftat att likalöneprincipen sätter upp spelreglerna för kollektivavtalade parter, där ett kollektivavtal inte får lov att vara varken direkt eller indirekt diskriminerande på grund av kön. Detta innebär att om två arbeten hos en arbetsgivare med olika kollektivavtal, framförhandlade mellan samma parter, är att anse som lika eller likvärdiga, är inte kollektivavtalet i sig en objektiv eller sakligt grundad faktor för en löneskillnad.¹²⁷

3.1.3 Marknadskrafter

Begreppet marknaden och marknadskrafter är återkommande inom lönediskrimineringstvister som ett sakligt grundat skäl för en löneskillnad. Marknadskrafter behandlas inom såväl EU-domstolens förhandsavgörande som i nationella domar. I *Enderby-målet*¹²⁸ ställer den nationella domstolen frågan om ”i vilken mån den omständigheten att en del av löneskillnaden beror på brist på sökande till den ena befattningen och på att det är nödvändigt att attrahera sökande genom högre löner, kan utgöra en objektiv grund för denna löneskillnad”.¹²⁹ EU-domstolen fastställer att löneskillnader av *objektivt grundade ekonomiska skäl* som syftar till situationen på marknaden är godtagbara. Vidare menar EU-domstolen att det ankommer på den nationella dom-

¹²² Mål 400/93 *Royal Copenhagen*, fråga 4a - i.

¹²³ Mål 400/93 *Royal Copenhagen*. Se även: Fransson, Susanne, *Lönediskriminering: en arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, 2001, s. 230.

¹²⁴ Mål 400/93 *Royal Copenhagen*, p. 47.

¹²⁵ Mål 170/84 *Bilka-Kaufhaus*, p. 20.

¹²⁶ Mål 109/88 *Danfoss*, p. 3 samt fråga 4a.

¹²⁷ Bell, Mark, Schiek, Dagmar, Waddington, Lisa, Bell, Mark & Droshout, Dimitri, *Cases, materials and text on national, supra-national and international non-discrimination law*, 2007, s. 392.

¹²⁸ Mål 127/92 *Enderby*.

¹²⁹ Mål 127/92 *Enderby*, p. 24.

stolen att avgöra, i enlighet med *proportionalitetsprincipen*, om bristen på sökande till en befattning och nödvändigheten av att attrahera sökande genom högre löner, utgör ett ekonomiskt skäl som objektivt sett berättigar delar av, alternativt hela löneskillnaden mellan befattningarna.¹³⁰ Generaladvokaten Lenz gör ett intressant uttalande i sitt förslag till avgörande avseende löneskillnaden på grund av marknadskrafter. Lenz menar, att om enbart en del av en löneskillnad, tillåts att motivera hela löneskillnaden, lämnas fortsatt möjlighet till eventuell diskriminering.¹³¹

Lenz uttalande är i sig inget revolutionerande. I *Clay Cross-målet*¹³² uttalar Lord Denning MR att en arbetsgivare inte kan undvika sina skyldigheter enligt likalöneprincipen genom att ange yttre faktorer som skäl för en löneskillnad. Genom att exempelvis säga: "*Han bad om den summan eftersom det var vad han fick i sitt tidigare arbete*" eller "*Jag har inte betalat honom mer för att han var en man. Jag betalade honom mer eftersom han var den enda lämpliga personen som ansökte om jobbet. Man eller kvinna gjorde ingen skillnad för mig.*"¹³³ Lord Denning MR påpekar de risker som denna typ av resonemang kan leda till, att de objektiva grunderna som en arbetsgivare framställer, kan ha sin grund i indirekt diskriminering. Vidare framhåller Lord Denning MR domstolarnas skyldighet att fortsatt noga undersöka om "objektiva grunder" verkligen är objektiva i frågor rörande lönediskriminering.¹³⁴

3.2 Nationella principer för bevisning

Under 2000-talet infördes EU-rättens bevisbördedirektiv 97/80/EG i den svenska jämställdhetslagen (1991:433). Införandet innebar att jämställdhetslagen fick en enhetlig bevisregel oavsett vilken typ av diskriminering som avsågs.¹³⁵ Av direktivet framgår att det ankommer på de nationella domstolarna att bedöma frågor om bevisning.¹³⁶ Kraven på bevisningen förändrades således inte utan skulle tillämpas i enlighet med vad som vitsordats i proposition 1978/79:175.¹³⁷ I fall som rörde lönediskriminering tillämpades en svag bevispresumtion. Enligt propositionen behövde de

¹³⁰ Mål 127/92 *Enderby*, p. 26-29.

¹³¹ Förslag till avgörande av generaladvokat Lenz föredraget den 14 juli 1993, s. I-5564, p. 55.

¹³² *Fletcher v Clay Cross (Quarry Services) Ltd* [1978] IRLR 361, inhämtat från Ellis, Evelyn & Watson, Philippa, *EU anti-discrimination law*, 2012, s. 235.

¹³³ Citaten är översatta från engelska till svenska av författarna till uppsatsen.

¹³⁴ Ellis, Evelyn & Watson, Philippa, *EU anti-discrimination law*, 2012, s. 235.

¹³⁵ Svenaeus, Lena, *Marknaden - saklig grund för lönesättning? En fråga tio svar*, 2006, s. 110.

¹³⁶ Direktiv 97/80/EG, p. 13.

¹³⁷ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2015, s. 541-544.

krav som ställdes på arbetsgivarens motbevisning inte vara särskilt omfattande.¹³⁸ Syftet med den svaga bevispresumtionen vid lönediskriminering var att tillämpningen av förbudet inte skulle leda till något ingrepp på de normer och värderingar som i övrigt påverkar den lönesättning som finns på arbetsmarknaden.¹³⁹

Utgångspunkten i tvistemål är vanligen att den som påstår något också skall kunna bevisa detta. Regleringen av bevisbördan i diskrimineringssituationer är ett undantag från huvudregeln och syftar till att underlätta bevisbördan för käreande.¹⁴⁰ Vid införandet av diskrimineringslagen 2009, gjordes bedömningen att den EU-rättsligt baserade bevisregeln i jämställdhetslagen, skulle överföras till diskrimineringslagen med ett undantag.¹⁴¹ I proposition 2007/08:95 gör regeringen bedömningen att kraven på tydlighet, bevislättnad och direktivkonformitet bäst tillgodoses genom att bevisregeln fortsatt utformas i enlighet med vad som hittills gällt.¹⁴² I diskrimineringslagen återfinns regler för beviskraven i lagens sjätte kapitel.¹⁴³ Denna paragraf är applicerbar för samtliga diskrimineringstvister och i mål om förbud mot repressalier. För att kunna tillämpa den på bästa sätt bör den läsas ihop med beskrivningen av den diskrimineringsgrund och det förbud som tvisten avser.¹⁴⁴

I jämställdhetslagen beskrevs förbudet mot diskriminering som en presumtionsregel men i samband med att EU-rättens bevisbördedirektiv infördes i lagstiftningen avskaffades presumtionsregeln.¹⁴⁵ Detta är dock en sanning med modifikation. I förarbeten till bevisbörderegeln beskrivs reglerna för bevisprövning förvisso såsom vid delad bevisbörda¹⁴⁶ men i NJA 2006 tolkar Högsta domstolen 21 § jämställdhetslagen som en presumtionsregel. HD hänvisade till doktrinen, bland annat till Jonas Malmberg och Lars Heuman.¹⁴⁷

¹³⁸ Prop. 1978/79:175, s. 76.

¹³⁹ Prop. 1978/79:175, s. 74.

¹⁴⁰ NJA 2006, s. 170. Se även: Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2015, s. 532-533.

¹⁴¹ Lagen (2006:67) om förbud mot diskriminering och annan kränkande behandling av barn och elever har en särskild bevisregel i § 19.

¹⁴² Prop. 2007/08:95, s. 445.

¹⁴³ Diskrimineringslagen 6:3.

¹⁴⁴ Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2015, s. 532-533.

¹⁴⁵ Bjørst, Byrial Rastad, *Ligeløn for job af samme værdi*, 2005, s. 323.

¹⁴⁶ Se bl.a. prop. 2002/03:65, s. 104 och prop. 2004/05:147, s. 138.

¹⁴⁷ NJA 2006, s. 170.

I Jonas Malmbergs artikel ”*Bevisfrågor i den nya diskrimineringsrätten*”¹⁴⁸ diskuteras problemet med att se bevisbördan såsom delad vid diskriminering. Jonas Malmberg menar att det inte kan anses varken logiskt eller förnuftigt att bevisbörderegeln tycks föreskriva delad bevisbörda för ett och samma rättsfaktum. Om domstolen skall beakta arbetsgivarens och arbetstagarens bevisfakta i ett sammanhang, blir arbetsgivarens och arbetstagarens orsakssamband (rättsfaktum) oförenliga i den mån att båda inte kan vara sanna. Jonas Malmberg exemplifierar därefter detta resonemang med en fiktiv omplaceringssituation. En arbetstagare omplaceras till ett tyngre och sämre betalt arbete. Arbetstagar sidan gör gällande att arbetstagaren diskriminerats, då det finns ett orsakssamband mellan omplaceringen och det faktum att arbetstagaren kom ut som homosexuell i en stor tidskrift. Arbetsgivarsidan å sin sida förnekar ett sådant orsakssamband. Arbetsgivaren lägger istället fram bevisning (vittnesmål) som stödjer att denne dels inte haft vetskap om arbetstagarens sexuella läggning innan omplaceringen, dels att omplaceringen skett av organisatoriska skäl.¹⁴⁹ Risken med att tillämpa delad bevisbörda på ett och samma rättsfakta, blir i praktiken att den förkärande avsedda bevislättningen inte uppnås. Bevisbörderegeln bör istället fortsatt beaktas såsom en presumptionsregel.¹⁵⁰

Presumption betyder antagande. Presumptionsregeln innebär att om den som anser sig ha blivit diskriminerad kan visa omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon blivit diskriminerad, är det arbetsgivaren som skall visa att diskriminering inte förekommit. Bevisbördan går därmed över på svarande vars uppgift blir att bryta presumptionen genom att presentera motbevisning. I de fall som svarande kan visa att löneskillnaden beror på skillnader i arbetstagarnas sakliga förutsättningar eller att löneskillnaden inte vare sig direkt eller indirekt har samband med arbetstagarnas könstillhörighet, anses presumptionen vara bruten.¹⁵¹ En förutsättning för att kunna påvisa omständigheter som pekar på lönediskriminering är att arbetet kan betraktas som lika eller likvärdigt i jämförelse med annan arbetstagare hos samma arbetsgivare.¹⁵² Av prop. 2007/08:95 framgår att kritik riktats mot den tekniska utformningen av bevisregeln, men att det centrala är att ta hänsyn till hur domstolarna de facto tillämpat regeln. Regeringen konstaterar vidare att det ofta är problematiskt för en domstol att avgöra vad som krävs för att kunna konstatera att en part upp-

¹⁴⁸ Malmberg, Jonas, *Bevisfrågor i den nya diskrimineringsrätten*, 2005, s. 241-256. Se även: Malmberg, Jonas, *Bevisning i diskrimineringsstvister*, 2001-2002, s. 804-814.

¹⁴⁹ Malmberg, Jonas, *Bevisning i diskrimineringsstvister*, 2001-2002, s. 807-808.

¹⁵⁰ NJA 2006, s. 170.

¹⁵¹ Göransson, Håkan Gabinus, *Diskrimineringslagen*, 2013, s. 78.

¹⁵² *Diskrimineringslagen* 3:2.

fyllt sin bevisbörda. Slutsatsen blir ändå efter en sammantagen bedömning utifrån krav på tydlighet och behovet av att följa EU-rätten att föra över bevisregeln oförändrad till diskrimineringslagen.¹⁵³

I *Mjölbymålet*¹⁵⁴ ansåg Arbetsdomstolen det ostridigt att arbetstagarna innehaft arbete som varit att betrakta som lika eller likvärdigt och att det således funnits en presumtion om lönediskriminering.¹⁵⁵ Bevisbördan gick därmed över på svarande vars uppgift blev att bryta presumtionen. Fallet avsåg två kvinnliga civilingenjörer, som ansåg sig ha blivit lönediskriminerade i förhållande till en manlig kollega, i sina anställningar som gymnasielärare i Mjölby kommun. Med hänsyn till tidigare domar¹⁵⁶ samt uttalandet om att presumtionen i praxis inte behövde vara allmänt sett stark¹⁵⁷ ansåg domstolen att kraven på arbetsgivarens motbevisning inte kunde ställas särskilt högt. Arbetsgivaren kunde påvisa att den manliga arbetstagaren tidigare innehaft anställning inom BT-koncernen och på så vis skaffat sig särskild kompetens på dataområdet. Denna datakompetens hade sedan kommit att värderas särskilt högt vid lönesättningen av de tre arbetstagarna. Domstolen gjorde då bedömningen att arbetsgivaren gjort det antagligt att den manliga civilingenjören innehaft särskild datakompetens. Domstolen ansåg att presumtionen om lönediskriminering hade brutits eftersom arbetsgivaren hade påvisat en saklig förklaring som visat att löneskillnaden inte hade samband med arbetstagarnas könstillhörighet. Talan kom därmed att avslås.¹⁵⁸

I fall där kärke kan påvisa omständigheter som gör det antagligt att diskriminering förekommit går bevisbördan enligt presumptionsregeln över på svarande. I nästkommande avsnitt redogörs för kraven på svarandes motbevisning efter det att presumtionen om lönediskriminering infriats.

3.2.1 Likvärdigt arbete

I domar avseende lönediskriminering finns det i inledningen av domskälen en omfattande bedömning och utredning av begreppet likvärdigt arbete. Anledningen till bedömningens omfattning och placering är det faktum att övrig utredning och bedömning blir överflödig, om det visar

¹⁵³ Prop. 2007/08:95, s. 443-445.

¹⁵⁴ AD 1997 nr 68.

¹⁵⁵ Kraven på bevisning är desamma i nuvarande Diskrimineringslag såsom i tillämplig lag vid tiden för tvisten.

¹⁵⁶ AD 1991 nr 62 och AD 1995 nr 158

¹⁵⁷ Prop. 1978/79:175, s. 76.

¹⁵⁸ AD 1997 nr 68, s. 9-12.

sig att arbetet inte kan betraktas som lika eller likvärdigt. Presumtionen om lönediskriminering anses då inte uppfylld och talan avvisas.

I AD 1996 nr 41 får Arbetsdomstolens bedömning av likvärdigt arbete betydande konsekvenser för utgången av målet. Domen är känd såsom *Barnmorskemålet I* och drevs av dåvarande JämO. Tvisten avsåg otillåten lönediskriminering av en kvinnlig barnmorska i Örebro län. Landstinget i Örebro hade gett den kvinnliga barnmorskan lägre lön än vad de gett två manliga klinikingenjörer vid samma förvaltning. I sin utvärdering av de båda arbetena använde sig JämO av ett arbetsvärderingssystem kallat "Likvärdigt arbete". Värderingssystemet hade sin utgångspunkt i 14 faktorer som baserats på huvudområdena kunskap och förmåga, ansträngning, ansvar och arbetsmiljö. JämO anförde utifrån nämnda värderingssystem att arbetena var att betrakta som likvärdiga. Landstinget kritiserade arbetsvärderingen för att vara alltför oprövad i sammanhanget och för att den inte hade visats vara könsneutral i sitt utförande.

Talan kom att avvisas då Arbetsdomstolen gjort bedömningen att JämO inte lyckats visa att arbetet som barnmorska var likvärdigt med det för en klinikingenjör. Arbetsdomstolen ansåg att det av JämO anförda värderingssystemet innehöll sådana brister att det inte kunde anses utgöra säkert underlag för en värdering av arbetsbeskrivningarna. Bland annat det faktum att det varit samma personer som utfört intervjuer, upprättat arbetsbeskrivningar och sedan gjort värderingarna kritiserades starkt. Domstolen anförde vidare att en påtaglig obalans mellan beskrivningen av barnmorskans arbetsuppgifter och de hos en klinikingenjör inte reparerats genom övrig utredning och därmed sänkt trovärdigheten hos systemet. Eftersom JämO hade bevisbördan i detta skede kom utredningens brister att gå ut över JämO:s talan, vars övriga yrkande avlogs i sin helhet utan ytterligare prövning.¹⁵⁹

Det står relativt klart att begreppet likvärdigt arbete är något som absolut inte bör underskattas i arbetsrättsliga tvister. Har kärke inte ett tydligt och väl underbyggt system för arbetsvärdering, som på ett objektivt sätt kan påvisa likvärdigt arbete, bör denna inte ta sin tvist till domstol. Det är viktigt att förstå de olika parternas intressen och att väga in denna faktor i sin bedömning. I fallet ovan är det inte särskilt överraskande att barnmorskan som hade ett större intresse av tvisten

¹⁵⁹ AD 1996 nr 41, s. 20-29.

än klinikingenjörerna, därför gjorde en mer uttömmande och utförlig beskrivning av sina arbetsuppgifter.

Några år efter det första barnmorskemålet väckte JämO återigen talan mot Örebro Landsting. Det mycket omtalade *Barnmorskemålet II*¹⁶⁰ avser som sin föregångare otillåten lönediskriminering. Denna gång ansågs två kvinnliga barnmorskor ha missgynnats i förhållande till en manlig klinikingenjör inom samma förvaltning. Till skillnad från det första barnmorskemålet ansåg Arbetsdomstolen att JämO denna gång lyckats påvisa en presumtion om lönediskriminering. Genom systematisk arbetsvärdering utifrån de huvudsakliga kriterier som anges i förarbetena till jämställdhetslagen, kunde JämO visa att kraven i de båda barnmorskornas arbete inte kunde anses vara lägre än kraven i klinikingenjörens arbete.¹⁶¹ Därmed kunde två arbeten från två olika yrkeskategorier ändå anses likvärdiga. Även om JämO i slutändan förlorade målet med hänvisning till marknadskraften så beskrivs målet ändå som en framgång för JämO.¹⁶²

3.2.2 Kollektivavtalet

Som nämnt i kapitel 2.4 reglerar kollektivavtalen på arbetsmarknaden i dagsläget *lägsta pris* för ett arbete. Genom övergången från fasta priser, *tariffer*, till ett mer flexibelt lönesättningsystem är det av stor vikt att löneprinciperna i kollektivavtalen är objektivt och sakligt grundande. I såväl *Blanketteknikermålet*¹⁶³ som i *Mjölbymålet*¹⁶⁴ används kollektivavtal som en del av motbevisning från svarandes sida avseende lönediskriminering. I de båda målen menar svarande att lönesättningen är framförhandlat mellan de berörda kollektivavtalsparterna, och att kollektivavtalet i sig utgör en objektiv grund för lönesättning.¹⁶⁵ Det principiellt viktiga domslutet avseende kollektivavtal som objektiv faktor till en löneskillnad avkunnas i *Barnmorskemålet II*¹⁶⁶. Örebro Landsting menade i målet att kollektivavtal är könsneutrala och att lönesättningsprinciper är desamma för både kvinnor och män. Vidare menade Örebro Landsting att de fackliga organisationerna kan ses som garantier för att lönesättningen är korrekt och icke-diskriminerande, detta exemplifieras genom att lönetillägg för arbetsförkortning samt obekväm arbetstid är detsamma för kvinnor och

¹⁶⁰ AD 2001 nr 13.

¹⁶¹ AD 2001 nr 13, s. 18-21.

¹⁶² Söderlöf, Göran, *Marknaden - saklig grund för lönesättning? En fråga tio svar*, 2006, s. 69.

¹⁶³ AD 1984 nr 140.

¹⁶⁴ AD 1997 nr 68, s. 5.

¹⁶⁵ AD 1996 nr 41, s. 17.

¹⁶⁶ AD 2001 nr 13.

män.¹⁶⁷ I domskälen gör Arbetsdomstolen en analog tolkning av EU-domstolens förhandsavgörande¹⁶⁸ avseende löner som fastställts genom kollektivavtal. Arbetsdomstolen drar den slutsatsen, att utifrån de omständigheter, där lönen bestämts i ett kollektivavtal, inte utan vidare innebär att presumptionen om att lönediskriminering är bruten. Vidare tillägger däremot domstolen att kollektivavtalet som *en omständighet* i förhållande till *flera andra omständigheter*, kan tas i beaktning när den totala bedömningen för brytandet av presumptionen ska fastställas.¹⁶⁹

3.2.3 Marknadskrafter

I flera avkunnade domar¹⁷⁰ från Arbetsdomstolen anges marknadskraften vara en av de huvudsakliga anledningarna till att en man och en kvinna kan ha olika lön trots att de innehar lika eller likvärdigt arbete. I *Barnmorskemålet II*¹⁷¹ anför Landstinget att den manliga klinikingenjörens lön avpassats efter både den privata och den offentliga marknaden. Man menar att klinikingenjören har en teknisk kompetens som kan tas i anspråk inom fler områden av det tekniskt inriktade näringslivet. De anser sig därmed varit tvungna att ge klinikingenjören en högre lön för att denne inte skulle söka anställning någon annanstans. I *Barnmorskornas fall* anses de inte ha samma alternativa arbetsmarknad inom det privata näringslivet. Domstolen uttrycker i sina domskäl att Landstinget genom påvisad statistik avseende löneläget, gjort det antagligt att klinikingenjörens lön håller samma nivå som den skulle haft på den privata arbetsmarknaden. Domstolen anger att det saknas rättsligt stöd för ett krav gentemot arbetsgivaren, att visa att den sammanlagda lönen innefattar ett särskilt, individuellt bestämt lönetillägg av marknadsskäl. Därmed finns det inget faktiskt krav på Landstinget, att kunna visa uppgifter om att klinikingenjören skulle ha sökt andra jobb eller erbjudits annan anställning med högre lön.¹⁷² Det är tydligt att kravet på svarandes motbevisning inte ställs högre än på kärende genom att denne endast behöver göra det antagligt att marknaden påverkat klinikingenjörens lön.

I det uppmärksammade *Socialkonsulentmålet*¹⁷³ aktualiserades återigen marknadskrafterna. Länsstyrelsen Skåne anställde under våren 1999 två manliga socialkonsulenter som då erhöll högre

¹⁶⁷ AD 2001 nr 13, s. 13.

¹⁶⁸ Mål 127/92 *Enderby* och Mål 400/93 *Royal Copenhagen*.

¹⁶⁹ AD 2001 nr 13, s. 23.

¹⁷⁰ AD 1991 nr 62, AD 2001 nr 76, AD 2013 nr 64.

¹⁷¹ AD 2001 nr 13.

¹⁷² AD 2001 nr 13, s. 24-25.

¹⁷³ AD 2001 nr 51.

lön än de tio kvinnliga socialkonsulenter som redan arbetade där. Ostridigt i målet var att arbetstagarna utförde likvärdigt arbete. Enligt staten är det marknadskrafterna som styr lönesättningen av de två manliga socialkonsulterna och inte deras kön. Statens inställning är att det måste vara möjligt att kunna betala, för att locka till sig de arbetstagare på arbetsmarknaden, som anses mest lämpade för tjänsten. De båda manliga arbetstagarna hade båda en månadslön som översteg 25 000 kronor i sina tidigare kommunala anställningar. Vid löneförhandlingen med staten användes detta som argument i lönesättningen. Domstolen anförde med stöd av EU-rätten att lönesättning som styrts av marknadsskäl inte strider mot likalöneprincipen så länge dessa är sakligt och rationellt motiverade. Eftersom staten visat att de haft önskemål om att anställa arbetstagare med färsk erfarenhet från kommunal socialtjänst, och löneläget inom kommunal verksamhet var högre än vid Länsstyrelsen, ansåg domstolen att lönesättning var att betrakta som nödvändig och försvarlig. Domstolen ogillade yrkandet då det ansågs antagligt att det två manliga socialkonsulterna löner vare sig direkt eller indirekt hade anknytning till deras kön.¹⁷⁴ Värt att nämna är att de båda manliga arbetstagarna hade erfarenhet från kommunal verksamhet men helt saknade erfarenhet av arbetet som socialkonsulent.¹⁷⁵ Det framgår inte av statens anställningsannons att det fanns önskemål om personer med intresse för förändringsarbete.¹⁷⁶ Men med bakgrund av en rapport om det pågående utvecklingsarbetet på Länsstyrelsen ansågs staten ändå ha gjort det antagligt att det varit ett uttryckt önskemål. Kravet på arbetsgivarens motbevisning har i förhållande till arbetstagarsidans bevisning hållits proportionerligt lågt, då staten inte behövt redogöra för övriga sökande, deras inställning till förändringsarbete eller deras löneanspråk. Något som kan tyckas märkligt med tanke på att sådan information hade avslöjat vad den faktiska marknadssituationen hade erbjudit för löneläge.

¹⁷⁴ AD 2001 nr 51, s. 14.

¹⁷⁵ AD 2001 nr 51, s. 7.

¹⁷⁶ AD 2001 nr 51, s. 8.

4. Analyserande slutsats

Uppsatsen syftar till att studera och utreda rättsläget avseende lönediskriminering på grund av kön på den svenska arbetsmarknaden, och utifrån detta granska Arbetsdomstolens bedömning av kraven på bevisning rörande lönediskriminering mellan kvinnor och män. I uppsatsen redogörs för principer som utgör motbevisning i mål om lönediskriminering på grund av kön. Utifrån dessa principer följer nu en analys och besvarande av de två frågeställningarna som uppsatsen ämnat söka svar på:

- Vilka är de rättsliga principerna för bevisning i mål avseende lönediskriminering?
- Vilka rättsliga krav ställer arbetsdomstolen på arbetsgivarens motbevisning?

4.1 Rättsliga principer för bevisning

Lönediskriminering på grund av kön har visat sig vara ett komplicerat fenomen att studera. Svårigheten i att studera ämnet beror på dels på att lönediskriminering som begrepp grundar sig i de djupt rotade samhällsliga strukturer som format den könssegregerade arbetsmarknaden, såväl som svårigheten att bevisa att en kvinnas lön i förhållande till en mans inte har fastställts av varken direkta eller indirekta diskriminerande grunder.

Utifrån avkunnade domar i ämnet är det tydligt att vikten av likvärdigt arbete inte nog kan betonas. Likvärdigt arbete är den absoluta förutsättningen för att arbetstagersidan överhuvudtaget skall kunna göra lönediskriminering antaglig. I de fall som arbetstagersidan misslyckats med utformningen av arbetsvärderingen eller på andra sätt misslyckats med att påvisa likvärdigt arbete, utreds aldrig frågan om lönediskriminering. I *Blanketteknikermålet*¹⁷⁷ *Barnmorskefallet I*¹⁷⁸ och i *Karlskogamålet*¹⁷⁹ misslyckas arbetstagersidan helt eller delvis med att påvisa likvärdigt arbetet. I framförallt *Karlskogamålet* hade ett påvisande av likvärdigt arbete i allra högsta grad kunnat ge en fällande dom. Vid en första anblick kan lydelsen av bevisbörderegeln i Diskrimineringslagen 6:3 ge intryck av att det skulle vara förhållandevis enkelt att påvisa diskriminering. Formulering-

¹⁷⁷ AD 1984 nr 140.

¹⁷⁸ AD 1996 nr 41.

¹⁷⁹ AD 1996 nr 79.

en ”göra det antagligt” blir en aning missvisande i fråga om lönediskriminering, då ett påvisande om likvärdigt arbete är allt annat än enkelt. En sådan utredning med påföljande arbetsvärdering kräver både stor noggrannhet och djup förståelse av arbetsmarknaden och den aktuella organisationen.

Då arbetstagersidan påvisat omständigheter som lett till en presumtion om lönediskriminering ankommer det på arbetsgivarsidan att bryta denna presumtion. Vanligtvis motsätter sig arbetstagersidan i första hand påståendet om likvärdigt arbete. Skulle Arbetsdomstolen då ändå finna att det varit fråga om likvärdigt arbete, anges andra skäl till den befintliga löneskillnaden, som varken direkt eller indirekt haft koppling till arbetstagarens kön. Kollektivavtalet anges i flera fall av arbetsgivarsidan som ett godtagbart skäl till uppkommen löneskillnad. Utifrån Arbetsdomstolens bedömning är det tydligt att kollektivavtalet i sig själv inte anses godtagbart. Det går inte att utgå från att kollektivavtalet är könsneutralt eller att det i sin utformning inte kan ha indirekt diskriminerande konsekvenser för berörda arbetstagare. Kollektivavtalet får däremot anses godtagbart som en omständighet i förhållande till andra omständigheter. Det innebär att kollektivavtalet i sig inte kan bryta presumtionen om lönediskriminering men att det tillsammans med andra faktorer ändå kan ha ett värde i arbetsgivarens motbevisning.

Det skäl som visats sig väga tyngst i arbetsgivarsidans motbevisning är marknadsargumentet. Arbetsgivarsidan menar att de varit tvungna att betala en arbetstagare en högre lön än en annan arbetstagare, för att marknaden värderat den arbetstagaren till det priset. Arbetsgivaren menar vidare att det måste vara tillåtet att fritt kunna konkurrera om arbetskraften och därmed betala det pris som marknaden satt för de mest eftertraktade arbetstagarna, oavsett vilket kön den personen har. Detta resonemang i sig är inte anmärkningsvärt utan delas utav de allra flesta, kvinnor som män. Det som däremot är anmärkningsvärt, är kravet på arbetsgivarens motbevisning i dessa fall. Kravet på att rationellt och sakligt kunna påvisa, att det är marknaden som satt priset, är i förhållande till påståendet likvärdigt arbete, lågt satt. En förklaring till detta skulle kunna vara den betydelse som Arbetsdomstolen tillskriver lagens förarbeten.¹⁸⁰ I flera domar tillskrivs det 38 år gamla uttalandet¹⁸¹ i proposition 1978/79:175 ett oproportionerligt högt värde. Syftet med den

¹⁸⁰ Fransson, Susanne, *Lönediskriminering: en arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, 2001, s. 378.

¹⁸¹ Prop. 1978/79:175, s. 76.

svaga bevispresumtionen vid lönediskriminering anges i propositionen, vara att tillämpningen av förbudet inte skulle leda till något ingrepp på de normer och värderingar som i övrigt påverkar den lönesättning som finns på arbetsmarknaden.¹⁸² Man skulle kunna utifrån detta kunna dra slutsatsen att Arbetsdomstolens krav på arbetsgivarens motbevisning i första hand är ställt utifrån att arbetsmarknadens parter tillåts reglera sig själva, och i andra hand efter att bevisningen skall vara saklig och rationell. Detta innebär i förlängningen att en marknad som sig själv är strukturellt diskriminerande, kommer att fortsätta vara diskriminerande, om inte kraven på arbetsgivarens motbevisning förändras i enlighet med EU-rätten.

4.2 Rättsliga krav på arbetsgivarens motbevisning

Vad som har blivit tydligt i tvister om lönediskriminering, är problematiken med att kraven på motbevisning från arbetsgivaren sida inte behöver ställas särskilt högt. Sveriges medlemskap i Europeiska unionen har inneburit att vi varit bundna av en gemensam rättsordning. EU-domstolens förhandsavgöranden avseende likalöneprincipen är *vägledande uttalanden*, och i vår mening bör dessa påverka Arbetsdomstolens argumentation och bedömning i mål om lönediskriminering. Ett tydligt exempel på hur Arbetsdomstolen i vår mening brustit i sin tolkning av EU-domstolens förhandsavgörande avseende motbevisning i mål om lönediskriminering kan konstateras utifrån *Enderby-målet*¹⁸³. EU-domstolens uttalande avseende marknadskrafter och dess objektiva grunder, är helt avgörande för hur detta något svåra bevisstema bör hanteras. Vi tolkar EU-domstolens förhandsavgörande på så vis att marknaden i sig kan vara ett godtagbart objektivt grundat skäl till att det finns en löneskillnad mellan två likvärdiga arbeten som innehas mellan en kvinna och en man, men att detta ställer ett krav på den nationella domstolen, för att citera Lord Denning MR ”att fortsatt noga undersöka om ’objektiva grunder’ verkligen är objektiva i frågor rörande lönediskriminering”.¹⁸⁴ Med detta menar vi att arbetsgivarna inte enbart kan ropa ”marknadskrafter” och sedan är motbevisningen uppfylld, utan att kraven på *proportionalitet* och *nödvändighet* är såväl viktiga rekvisit som ska uppfyllas. I vår mening tolkar Arbetsdomstolen delar av EU-domstolens uttalande i *Enderby-målet* ur sitt sammanhang för att intresseavvägningen på den svenska arbetsmarknaden ska fortsätta upprätthålla ”status quo” mellan arbetsmark-

¹⁸² Prop. 1978/79:175, s. 74.

¹⁸³ Mål 127/92 *Enderby*.

¹⁸⁴ Ellis, Evelyn & Watson, Philippa, *EU anti-discrimination law*, 2012, s. 235. Citatet är översatt från engelska till svenska av uppsatsens författare.

nadens parter. Skulle en arbetsgivare bli dömd för lönediskriminering på grund av kön, där det finns ett kollektivavtal, som enligt berörda parter är framförhandlat på ett icke-diskriminerande och könsneutralt vis, blir detta i vår mening indirekt kritik mot arbetsmarknadens parter och hur dessa förhandlat fram kollektivavtalen.

Det Arbetsdomstolen gör i bland annat *Barnmorskemålet II* är att låta marknaden motivera delar av löneskillnaden, utan att säkerhetsställa att det inte kan finnas några som helst andra omständigheter som utgör delar av löneskillnaden – som exempelvis lönediskriminering. Detta lämnar, som Lena Svenaeus uttrycker det, kameleonten marknaden som en fortsatt dimridå kring könsbaserade löner.¹⁸⁵ Det senaste målet som kommit upp till Arbetsdomstolen avseende lönediskriminering drevs av fackförbundet Vision 2013. I *Vision-målet*¹⁸⁶ framhålls lönen, som en man erhåller i förhållande till en kvinna med likvärdigt arbete, som ett resultat av verksamhetens behov och arbetstagarens kunnande och erfarenhet. I egenskap av dessa faktorer är löneskillnaden ett resultat av marknadskrafterna. I Arbetsdomstolens domskäl finns tillnärmelsevis inga nyanserade eller utvecklande argument för marknadskrafternas påverkan på lönesättningen. I vår mening är detta essensen av motbevisningens problematik i mål avseende lönediskriminering. Det ställs inte några konkreta motfrågor som innebär att en arbetsgivare måste framlägga en sakligt grundade argument om varför marknadskrafterna faktiskt är objektivt grundande. I Susanne Fransson och Eberhard Stübers avsnitt i ”*Festskrift till Catharina Calleman – i rättens utkanter*” problematiseras just detta. De menar att Arbetsdomstolen skulle ha kunnat resonera kring frågor om hur annonseringen av tjänsten utformats, hur många kandidater som sökt och hur många av dessa som faktiskt haft likvärdiga kvalifikationer som den man som anställdes. Vidare skulle resonemang kring hur unik kompetens och yrkeserfarenhet varit mellan de sökande, och om denna kompetens inte på något annat vis kunnat tillgodoses inom organisationen, genom exempelvis kompetensutveckling.¹⁸⁷ Relevanta frågor ger relevanta svar.

¹⁸⁵ Svenaeus, Lena, *Marknaden - saklig grund för lönesättning? En fråga tio svar*, 2006, s. 117.

¹⁸⁶ AD 2013 nr 64, s. 13.

¹⁸⁷ Fransson, Susanne, Stüber, Eberhard, *Lönediskriminering i ett system med normlösa avtal och individuell lönesättning. En kommentar till målet AD 2013 nr 64*, 2014, s. 128.

4.3 Avslutande reflektion

Vi kan bara konstatera att arbetsmarknaden är könssegregerad och att det finns en svåråtkomlig strukturell diskriminering. Vi tror inte att det alltid finns ett syfte att lönediskriminera utan att det snarare uppstår en omedveten diskriminering till följd av gamla strukturer och normer. Att förändra gamla strukturer och normer är inte ett arbete som enbart görs i domstol, utan ligger till största del på vårt samhälle och dess politik. Däremot har domstolen en möjlighet att föra fram problematik som uppstår när ett ”nytt” problem möts av en ”gammal” lösning. Enligt vår mening behöver Arbetsdomstolen se över sin bedömning av kraven på arbetsgivarens motbevisning och förändra tolkningen av lagen. Det har hänt mycket på den svenska arbetsmarknaden sedan 1978. Ett alternativ i strävan efter förbättring och utjämning av oförklarliga löneskillnader, vore enligt vår mening att lägga större vikt vid syftet med EU-rättens förhandsavgörande och mindre vikt vid äldre i förarbeten till en inaktuell svensk lag.

Källförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Förarbeten

Prop. 1978/79/175 *Med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet.*

Prop. 1990/91/113 *om en ny jämställdhetslag.*

Prop. 1993/94/147 *Jämställdhetspolitiken, delad makt - delat ansvar.*

Prop. 1999/00/32 *Lönebildning för full sysselsättning.*

Prop. 1999/00/43 *Ändringar i jämställdhetslagen.*

Prop. 2002/03:65 *Ett utvidgat skydd mot diskriminering.*

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

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

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

SOU 1999:69 *Ett arbetsliv i förändring – Sverige 1950–2000.*

SOU 2004:43 *Den könsuppdelade arbetsmarknaden.*

SOU 2005:66 *Makt att forma samhället och sitt eget liv - jämställdhetspolitiken mot nya måls.*

SOU 2006:22 *En sammanhållen diskrimineringslagstiftning.*

Europeiska Unionen

Fördraget om Europeiska unionen (FEU). Avdelning I, Artikel 5.

Ur Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) (i sin lydelse enligt Lissabonfördraget 2007 C 306/1). Avdelning X, Artikel 157.

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 (omarbetning). Avdelning II, Kapitel 1, Lika lön, Artikel 4.

Rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen om medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män (Likalönedirektivet)

Rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering (Bevisbördedirektivet)

Domar från Högsta Domstolen

NJA 2006:22.

HD Ö 4141-01. Resningsansökan SACO.

Domar från Arbetsdomstolen

AD 1984 nr 140 *Blanketteknikermålet*.

AD 1991 nr 62 *Radio Dalarna*.

AD 1995 nr 158 *Kumlamålet*.

AD 1996 nr 41 *Barnmorskemålet I*.

AD 1996 nr 79 *Karlskogamålet*.

AD 1997 nr 68 *Mjölbymålet*.

AD 2001 nr 13 *Barnmorskemålet II*.

AD 2001 nr 51 *Socialkonsulentmålet*.

AD 2001 nr 76 *Danderydmålet*.

AD 2013:63 *Visionmålet*.

Förhandsavgörande från EU-domstolen

Mål C-43/75 Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena. Domstolens dom den 8 april 1976 (*Defrenne II-målet*).

Mål C-149/77 Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena. Domstolens dom den 15 juni 1978 (*Defrenne III-målet*).

Mål C-96/80 J.P. Jenkins mot Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. Domstolens dom den 31 mars 1981 (*Jenkins-målet*).

Mål C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz REG 1986 1607 (*Bilka-Kaufhaus-målet*).

Mål C-109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsgiverforening, for Danfoss (1989) ECR 3199 (*Danfoss-målet*).

Mål C-262/88 Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group, REG 1990 1889 (*Barber-målet*)

Mål C-127/92 Dr Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) (*Enderby-målet*).

Mål C- 400/93 Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri, för Royal Copenhagen A/S, REG 1995 I-1275. (*Royal Copenhagen-målet*)

Mål C-381/99 Susanna Brunnhofer mot Bank der österreichischen Postsparkassen AG 26 juni 2001 (*Brunnhofer-målet*).

Dom från Court of Appeal

Fletcher v Clay Cross (Quarry Services) Ltd [1978] IRLR 361.

Förslag till avgörande av generaladvokaten

Mål C-127/92 Dr Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health. Förslag till avgörande av generaladvokat Lenz föredraget den 14 juli 1993.

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt 1*, 13:e upplagan (reviderad) Juristförlaget, Lund, 2011.

Bell, Mark, Schiek, Dagmar, Waddington, Lisa, Bell, Mark & Droshout, Dimitri, *Cases, materials and text on national, supranational and international non-discrimination law*, Hart, Oxford, 2007.

Bjørst, Byrial Rastad, *Ligeløn for job af samme værdi*, Jurist- og Økonomforbundet, Ph.d. afhandling, Københavns Universitet, København, 2005.

Carlsson, Pål, *Lönesättning*, 3:e upplagan, Björn Lundén information, Näsvisen, 2010.

Ellis, Evelyn & Watson, Philippa, *EU anti-discrimination law*, 2nd edition, Oxford University Press, Oxford, 2012.

Eriksson, Kurt, *Marknaden - saklig grund för lönesättning? En fråga tio svar*, i Fransson, Susanne (red.), Norstedt juridik, Stockholm, 2006.

Fransson, Susanne (red.), *Marknaden - saklig grund för lönesättning? En fråga tio svar*, Norstedt juridik, Stockholm, 2006.

Fransson, Susanne, *Lönediskriminering: en arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, Iustus, Diss. Göteborg: Universitet, 2001, Uppsala, 2000.

Fransson, Susanne & Norberg, Per, *Att lagstifta om diskriminering*, SNS förlag, Stockholm, 2007.

Fransson, Susanne, Stüber, Eberhard, *Lönediskriminering i ett system med normlösa avtal och individuell lönesättning. En kommentar till målet AD 2013 nr 64*, ur Festskrift till Catharina Callleman – i rättens utkanter, Iustus, Uppsala, 2014.

Fransson, Susanne & Stüber, Eberhard, *Diskrimineringslagen: en kommentar*, 2:a (uppdaterade) upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2015.

Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, 2:a (uppdaterade) upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2011.

Göransson, Håkan Gabinus, *Diskrimineringslagen*, 3:e (uppdaterade) upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2013.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2:a omarbetade upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Hydén, Håkan & Hydén, Therese, *Rättsregler: en introduktion till juridiken*, 7:e (uppdaterade och bearbetade) upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2016.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013.

Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 9:e (uppdaterade och omarbetade) upplagan, Iusté, Uppsala, 2016.

Lundberg, Konrad, *Juridik: civilrätt, straffrätt, processrätt*, 2:a (uppdaterade) upplagan, Sanoma utbildning, Stockholm, 2013.

Lundström, Karin, *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten: en feministisk analys*, Iustus, Diss Lund : Universitet Uppsala, 1999.

Olsson, Hans, *Vad skulle det kosta att utjämna löneskillnader?* i Egerö, Anne-Marie (red.) *Nio perspektiv på jämställdhet: en antologi om kvinnors och mäns löner*, Medlingsinstitutet, Stockholm, 2009.

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 4:e omarbetade upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Samuelsson, Joel & Melander, Jan, *Tolkning och tillämpning*, 2:a upplagan, Uppsala, 2003.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3:e (utökade och reviderade) upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2015.

Säve-Söderbergh, Jenny, *Marknaden - saklig grund för lönesättning? En fråga tio svar*, i Fransson, Susanne (red.), Norstedt juridik, Stockholm, 2006.

Söderlöf, Göran, *Marknaden - saklig grund för lönesättning? En fråga tio svar*, i Fransson, Susanne (red.), Norstedt juridik, Stockholm, 2006.

Artiklar

Fernvall, Eva, Svenaeus, Lena, Eklund, Ronnie, Bergström, Gunnar, Fransson, Susanne, Borgström, Claes, Hamskär, Ingemar, Eklund, Ronnie, Viklund, Lars, Meijer, Håkan, Olauson, Erland, Ruben, Stefan, Ekbåge, Sune (2001-2002). *Processordningen i diskrimineringsmål m.m.* Ur debatt i Lag & Avtal 2001-2002.

Malmberg, Jonas, *Bevisfrågor i den nya diskrimineringsrätten*, Det 37 nordiske Juristmøte, Reyjkavik, 2005.

Malmberg, Jonas, *Bevisning i diskrimineringstvister*, Juridisk tidskrift, Stockholms universitet (Juridiska fakulteten), 2001-2002.

Rapporter och statistik

Hur vi får bukt med löneskillnaderna mellan kvinnor och män i EU - Rättsliga frågor, Europeiska kommissionen, 2016.

Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2015: Vad säger den officiella lönestatistiken? Medlingsinstitutet, 2015.

Avtalsrörelsen och lönebildningen år 2015, Medlingsinstitutet, 2015.

På tal om kvinnor och män lathund om jämställdhet 2016, Statistiska centralbyrån.

Internet

<https://feministisktperspektiv.se/2015/03/06/noll-fallande-domar-sedan-1995-vid-lonediskriminering/> 2016-11-04. Feministiskt perspektiv är en nätbaserad tidning som publicerar nyheter avseende inrikes- och utrikeshändelser, politik, ekonomi, kultur och sport.