



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

HT 2016

Marknadsargumentet och hur Arbetsdomstolen kan begränsa den strukturella diskrimineringen på arbetsmarknaden

HARH16

Kandidatuppsats i Arbetsrätt

Författare:

Emma Bengtsson

Jimmy Björklund

Handledare:

Andreas Inghammar

Innehållsförteckning

Förkortningar	1
Sammanfattning.....	2
Abstract.....	3
1.0 Inledning	4
1.1 Bakgrund.....	4
1.2 Syfte och frågeställningar.....	5
1.3 Avgränsningar	5
1.4 Metod och material.....	5
1.5 Disposition.....	8
2.0 Rättslig bakgrund	8
2.1 Internationell rätt	8
2.2 Svensk rätt	10
3.0 Rättslig reglering av lönediskriminering	11
3.1 Direkt diskriminering.....	11
3.1.1 Missgynnande	11
3.1.2 Jämförbar situation	12
3.1.3 Orsakssamband	12
3.2 Indirekt diskriminering	12
3.2.1 Missgynnande	13
3.2.2 Jämförelserекvisitet.....	14
3.2.3 Intresseavvägning	15
3.3 Delad bevisbörda	16
4.0 Problematisering av lönediskriminering	18
4.1 Lika och likvärdigt arbete	18
4.1.1 Lika arbete	18
4.1.2 Likvärdigt arbete	20
4.2 Marknadsargumentet	23
4.2.1 Kompetens	24
4.2.2 Offentlig och privat sektor.....	26
4.2.3 Anställningstidpunkt.....	28
5.0 Analys	30

5.1 Individuell och strukturell lönediskriminering	30
5.2 Att göra lönediskriminering sannolikt	30
5.3 Att motbevisa lönediskriminering	32
5.4 Arbetsdomstolen och marknadsargumentet	34
6.0 Avslutande ord	35
6.1 Slutsats	35
6.2 Diskussion	37
7.0 Bibliografi	39

Förkortningar

AD - Arbetsdomstolen

DL - Diskrimineringslagen

EG - Europeiska gemenskapen

EU - Europeiska Unionen

EUF - Fördraget om Europeiska unionen

FEUF - Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

JämO - Jämställdhetsombudsmannen

Prop. - Proposition

SOU - Statens Offentliga Utredningar

Sammanfattning

Dold i samhällets uppbyggnad finns en undermedveten strukturell lönediskriminering. Internationell och nationell rätt är endast tillämplig på den individuella lönediskrimineringen, vilket innebär att den strukturella diskrimineringen per automatik tolereras. Kandidatuppsatsen utreder och ifrågasätter rättsläget vad gäller individuell lönediskriminering samt uppmärksammar den strukturella lönediskrimineringen. Slutligen undersöks om Arbetsdomstolen kan ställa högre beviskrav på arbetsgivare som hävdar att marknadskrafterna ligger bakom en löneskillnad. För att uppfylla syftet och besvara frågeställningarna används rättsdogmatisk metod och EU-metod. Nationell rätt är underordnad EU-rätten varför även EU-rätten givits stort fokus. Efter en grundlig rättslig utredning av den individuella diskrimineringen studeras Arbetsdomstolens praxis gällande arbetsvärdering och marknadsargumentet ingående. I uppsatsen konstateras att det ställs höga krav på arbetsvärderingar som syftar till att bevisa två arbetens lika värde. Vidare konstateras även att motsvarande höga beviskrav inte ställs när arbetsgivaren anger marknadskrafterna som orsak till en löneskillnad. Domstolen hanterar marknaden som en könsneutral faktor som påverkar lönesättningen utan att närmare undersöka om den i realiteten är könsneutral. Avslutningsvis klargörs med stöd i bl.a. brittiska domstolars praxis och i recast-direktivet 2006/54 att det finns ett utrymme för Arbetsdomstolen att ställa högre krav på arbetsgivaren då denne hävdar marknadsargumentet utan att på något sätt frångå EU-rätten.

Nyckelord: Arbetsdomstolen, lönediskriminering, strukturell diskriminering, marknadsargumentet.

Abstract

Hidden in the construction of society lies subconscious structural wage discrimination. International and national law is only applicable on the individual wage discrimination, which means that the structural discrimination is automatically tolerated. The aim of this bachelor thesis is to investigate and question the current legislation regarding individual wage discrimination and highlight the structural wage discrimination. Finally the thesis examines whether the Swedish Labour Court can set a higher standard for the burden of proof from the employers who argue that market forces are the reason behind the pay gap. To fulfil the purpose and answer the questions a legal dogmatic method and EU-methods were used. Since national law is subordinate to the EU-law the EU law has been given great emphasis. After a thorough legal inquiry of the individual discrimination, the Swedish Labour Courts practices concerning evaluation of the value of labour and the argument concerning market forces are studied in depth. The thesis concludes that the demands on proof concerning evaluation of the value of labour are far reaching when it comes to proving that two jobs are of equal value. Further it is found that the demands of proof are far less when it comes to cases where the employer points at the market forces as the cause of the wage gap. The Labour Court sees the market as a gender-neutral factor that affects the wage setting without further investigating whether that is the reality. A final conclusion is that with support from among others British Courts practices and in the recast-directive 2006/54 that there is room for the Swedish Labour Court to raise the bar concerning the demand of proof in cases where the employer is pointing at market forces without departing from EU-law.

Key words: The Swedish Labour Court, wage discrimination, structural discrimination, market forces.

1.0 Inledning

1.1 Bakgrund

Arbetsgivare har flera gånger tillåtits förklara löneskillnader genom att hänvisa till arbetsmarknaden i lönediskrimineringsmål. Det har oftast accepterats av Arbetsdomstolen som ett sakligt skäl till en löneskillnad mellan två arbetstagare av olika kön för lika eller likvärdigt arbete utan att en närmare undersökning gjorts av marknadssituationen vid anställningstillfället. Detta förfaringssätt kan ifrågasättas. Det finns stora skillnader mellan ”normala” lönenivåer på arbetsmarknaden beroende på i vilken bransch och sektor en arbetstagare är anställd.

Idag motsvarar kvinnornas löner 87,5 procent av männens löner i Sverige. Skillnaden på 12,5 procent i inkomst motsvarar lönerna utan att hänsyn tagits till exempelvis i vilken bransch arbetstagare arbetar i. Det är den så kallade “ovägda skillnaden”.¹

Att lönenivåerna delvis beror på bransch och sektor är ingen nyhet och att detta påverkar kvinnors löner negativt kan verka okomplicerat då många av branscherna med lägre löner är kvinnodominerade. Det som komplicerar situationen är att de lägre lönenivåerna kan ha sin förklaring i just att branscherna är kvinnodominerade. Det pågår en undermedveten strukturell lönediskriminering dold i samhällets uppbyggnad och att påstå att arbetsmarknadens värdering av arbete är könsneutral utan att närmare undersöka saken är att blunda för denna diskriminering. Den internationella och nationella rätten omfattar bara individuell lönediskriminering.² Därför behöver den strukturella diskrimineringen uppmärksammas ytterligare och arbetet med att begränsa den inledas. Det är inte bara de utsatta grupperna som drabbas. Strukturell diskriminering innebär att samhället inte upprätthåller principen om människors lika värde vilket gör den till ett problem för hela samhället.³

¹ Medlingsinstitutet (2015) *Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2015- Vad säger den officiella lönestatistiken*. s.16.

² Fransson (2000). *Lönediskriminering*. s.66.

³ SOU 2005:56 s.22.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att utreda och ifrågasätta rättsläget vad gäller individuell lönediskriminering på grund av kön samt att uppmärksamma den strukturella lönediskrimineringen i samhället. Slutligen ämnar uppsatsen utreda Arbetsdomstolens möjligheter att ifrågasätta marknadsargumentet i mål som rör lönediskriminering på grund av kön.

- *Vad är skillnaden mellan individuell respektive strukturell lönediskriminering?*
- *Vad krävs av arbetstägaren för att göra lönediskriminering sannolikt?*
- *Under vilka förutsättningar kan en arbetsgivare motivera skillnader i lönesättning mellan kvinnor och män?*
- *Vilket utrymme finns i Arbetsdomstolen för att genom praxis dels hantera marknadsargumentet, dels skillnader mellan typiskt manliga respektive kvinnliga yrken?*

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen kommer inte att behandla lönesättningsfaktorer som åldersskillnad mellan jämförelsepersonerna och lönesättningsregleringar i gällande kollektivavtal. Åldersskillnad tas inte upp då det i domstolen behandlats separat från själva diskrimineringsfrågan. En löneskillnad mellan två arbetstägare kan bero både på en åldersskillnad och på könsdiskriminering samtidigt, men ålder är en separat diskrimineringsgrund och faller därför inte in under könsdiskriminering. Kollektivavtalsregleringar är något arbetsgivaren måste förhålla sig till vid lönesättning och de finns oftast redan där när lönen ska förhandlas fram. De kan förklara en del av en löneskillnad men då arbetsgivaren inte har kontroll över dessa regleringar vid nyanställningstillfället, kommer uppsatsen inte heller att ta upp dem.

1.4 Metod och material

Rättsdogmatisk metod bygger på att analysera de olika dimensionerna i rätten, dvs. en tolkning av gällande rätt. I rättsdogmatiken är analysen i fokus. För att analysen ska bli rättvisande krävs goda kunskaper om lagen. Det uppnås genom att studera förarbeten, rättspraxis och doktrin.⁴

⁴ Kleinman (2013) Rättsdogmatisk metod, i Korling & Zamboni (Red.), *Juridisk metodlära* s.23-25.

Lagar är de författningar som beslutats av riksdagen. De utgör bindande regler och är Sveriges primära rättskälla.⁵ Eftersom lagar utgör den primära rättskällan har de också högst dignitet av alla rättskällor. Om två rättskällor är motstridiga väger den med högst dignitet tyngst.⁶ Eftersom lagtexten har högst dignitet utgör den grunden för vårt arbete. Domstolar avgör hur lagar, rättsregler och rättsprinciper ska tillämpas. Genom rättspraxis visar domstolen i praktiken hur en lag ska tolkas.⁷ När ett mål har avgjorts bildas ett så kallat *prejudikat*. Domstolen är inte bunden att följa dessa i senare liknande fall, men de utgör ändå betydelsefulla rättskällor.⁸ De prejudikat som anses vara mest betydelsefulla kommer från högsta instans.⁹ Trots att domstolen inte är bunden att följa prejudikat har de en stark tendens att göra det.¹⁰ Därför har de studerats noggrant. Rättsfallen från Arbetsdomstolen som uppsatsen behandlat har hittats genom sökmotorn KARNOV. Sökorden vi använde var "lönediskriminering kön". Förarbeten i svensk rätt är utförliga. I dem går att utläsa lagstiftarens motiv och hur lagens anvisningar ska förstås, vilket gör dem väsentliga.¹¹ Begreppet lönediskriminering går inte att utläsa direkt genom lagen. Förarbeten har därför studerats för att förstå domstolens resonemang när de tillämpat lagstiftningen. Doktrins betydelse och funktion varierar. Både monografier och lagkommentarer tillmäts stor betydelse, medan exempelvis läroböcker har lägre dignitet.¹² För att få en så bred förståelse som möjligt har uppsatsen behandlat alla typer av doktrin som funnits relevant.

Enligt Reichel kan EU-metod behandlas som ett tillvägagångssätt att hantera EU-rättsliga källor. Likt hennes tillvägagångssätt behandlas dessa rättskällor i uppsatsen ur en svensk rättstillämpares perspektiv för att se hur de ska tillämpas och tolkas på nationell nivå i Sverige.¹³ EU-domstolen hette från början EG-domstolen, men har sedan dess bytt namn. För extra tydlighet kommer domstolen genomgående att benämnas vid sitt nuvarande namn oavsett när diskuterade domar fastslagits.¹⁴

⁵ Samuelsson, Melander (2012) *Tolkning och tillämpning*. s.31.

⁶ Kleinman (2013) *Rättsdogmatisk metod* s.38.

⁷ Lehrberg (2016) s.165.

⁸ Hydén & Hydén (2011) *Rättsregler*. s.158.

⁹ Samuelsson & Melander (2012) s.39.

¹⁰ Lehrberg (2016) s.165.

¹¹ Lehrberg (2016) s.149.

¹² Samuelsson & Melander (2012) s.49.

¹³ Reichel (2013) *EU-rättslig metod*, i Korling & Zamboni (Red.), *Juridisk metodlära* s.109.

¹⁴ Nyström (2011) *EU och arbetsrätten*. s.16.

I Europeiska Unionen finns ett samlat gemensamt regelverk som alla medlemsstater måste följa. Det består av rättskällor som bl.a. fördragen, EU-domstolens praxis och rättsprinciper. EU kan ha exklusiv kompetens i vissa frågor och i andra frågor delas den med medlemsstaterna. I vissa fall får de endast utgöra stöd. Arbetsrätten är ett område där EU har delad kompetens med medlemsstaterna. Den delade kompetensen innebär att medlemsstaterna behåller sina befogenheter utom i de fall där EU har beslutat något.¹⁵ Fördraget om Europeiska unionen och Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt utgör primärrätten i EU. Dessa innehåller EU-rättens grundläggande rättskällor. Fördragen är direkt tillämpliga i medlemsstaterna och gäller därför oavsett hur nationell lagstiftning ser ut.¹⁶ EU-domstolen har ansvar för att EU-rätten tolkas på ett korrekt sätt. Nationella domstolar kan begära förhandsavgöranden från EU-domstolen för att få hjälp med hur EU-rätten ska tolkas. De kan även ha en skyldighet att göra detta.¹⁷ Sekundärrätten i EU utgörs av de rättsakter som utfärdas av kommissionen och rådet.¹⁸ Dessa består av förordningar, direktiv, beslut, rekommendationer och yttranden. Förordningar är allmänna regler som gäller i alla EU:s medlemsstater. Dessa måste följas och likt fördragen är de gällande oavsett hur den nationella lagstiftningen ser ut. Direktiv är mål som medlemsstaterna måste uppnå, på det sätt de själva anser är bäst, genom nationell lagstiftning. Direktiv utgör den största delen av arbetsrättens lagstiftning. Ett beslut är alltid bindande för den medlemsstat det riktas mot. Rekommendationer och yttranden är inte bindande.¹⁹ Sverige har i princip fullständigt infört lagstiftningen från EU.²⁰

De domar från EU-domstolen som uppsatsen behandlar är alla betydelsefulla domar vilka hittats genom hänvisningar i såväl doktrin som Arbetsdomstolens domskäl. Detta då den nationella rätten är underordnad EU-rätten och därför måste EU-domstolens praxis ses över för tolkning av de nationella regleringar som kan hänföras till EU-rätten.²¹

¹⁵ Nyström (2011) s.32-33.

¹⁶ Nyström (2011) s.33 & 39.

¹⁷ Hydén & Hydén (2011) s.108-109.

¹⁸ Nyström (2011) s.33.

¹⁹ FEUF Artikel 288.; Nyström (2011) s.32-33 & 39.

²⁰ Nyström (2011) s.21.

²¹ Reichel (2013) EU-rättslig metod s.125.

1.5 Disposition

Uppsatsen är uppdelad i sex kapitel. Det första kapitlet är till för att väcka läsarens intresse med en introduktion till ämnet och problematiken. I kapitel två beskrivs internationell och svensk rätt för att ge läsaren en bakgrundsförståelse. I det tredje kapitlet behandlas rättsläget för individuell diskriminering. Strukturell diskriminering omfattas inte av lagtexten varför inget motsvarande kapitel för denna finns. Introduktionen kring rättsläget för individuell diskriminering anses av författarna ändå vara nödvändig för att kunna förstå problematiken med strukturell diskriminering. Individuell diskriminering består av både direkt och indirekt diskriminering. Den indirekta formen av diskriminering har varit föremål för EU-domstolen i betydligt högre grad än vad direkt diskriminering har och det finns större utrymme för frågor kring denna diskrimineringsform varför den även fått ta större plats i uppsatsen. Det fjärde kapitlet behandlar begreppen lika och likvärdigt arbete samt marknadsargumentet. I kapitlet beskrivs problematiken med rättsläget för individuell diskriminering. Både svårigheten att bevisa två arbetens lika värde och hur marknadsargumentet kan förklara en löneskillnad synliggörs. I kapitel fem analyseras rättskällorna. Kapitlet har strukturerats efter uppsatsens frågeställningar och varje fråga får i kapitlet ett objektiva svar. Kapitel sex inleds med en kortfattad slutsats i vilken frågeställningarnas svar tydligt redovisas för att därefter avslutas med en diskussion där författarna reflekterar över svaren.

2.0 Rättslig bakgrund

2.1 Internationell rätt

Mycket har gjorts både i Sverige och internationellt för att göra något åt ojämlikheterna i lön mellan arbetstagare av olika kön. Ett jämställdhetskydd utvecklades på internationell nivå som har lett till ett antal grundläggande rättigheter och principer. Principer som är viktiga att ta hänsyn till vid fall av lönediskriminering är proportionalitetsprincipen, likalöneprincipen och likabehandlingsprincipen. Proportionalitetsprincipen återfinns i EU fördragets artikel 5.4:

- *“Enligt proportionalitetsprincipen ska unionens åtgärder till innehåll och form inte gå utöver vad som är nödvändigt för att nå målen i fördragen.”*

Om ett medlemsland exempelvis väljer att använda sanktioner som ett verktyg för att uppfylla ett direktiv, måste dessa sanktioner stå i rimligt förhållande till överträdelsen för att följa proportionalitetsprincipen.²² I mål som rör direkt lönediskriminering har EU-domstolen aldrig sagt att proportionalitetsprincipen ska tillämpas. Däremot har de sagt att indirekt lönediskriminering ska ha ett krav på saklighet och att sakligheten ska bedömas genom att skälen ställs i relation till arbetsgivarens verksamhet.²³

I EU-rätten fanns likalöneprincipen initialt i artikel 119 i Romfördraget. Den kompletterades av likalönedirektivet 75/117 där det förtydligades att lika arbete även innebar likvärdigt arbete.²⁴ Idag återfinns likalöneprincipen i FEUF, artikel 157.1 (tidigare artikel 141 (f.d.119) i Romfördraget):

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

I fördraget ska "lön" förstås som den grundlön eller minimilön samt alla övriga förmåner arbetstagaren kan erhålla från arbetsgivaren.²⁵

Redan år 1989 togs principen upp i den sociala stadgan som grundläggande rättigheter. När Amsterdamfördraget trädde i kraft 1999 fördes jämställdheten mellan kvinnor och män in som ett för gemenskapen grundläggande mål. I och med Amsterdamfördragets ikraftträdande fick även det europeiska rådet möjlighet att lagstifta på likabehandlingsområdet.²⁶ Detta ledde till ett flertal jämställdhetsdirektiv. I bevisbördedirektivet 97/80 beskrevs likabehandlingsprincipen tydligt:

Artikel 2

- *1. I detta direktiv avses med principen om likabehandling att ingen som helst diskriminering får ske på grundval av kön, varken direkt eller indirekt.*

²² Nyström (2011) s.69.

²³ Fransson (2000) s.259.

²⁴ Fransson (2000) s.196-198.

²⁵ Artikel 157 FEUF.

²⁶ Nyström (2011) s.168-169.

De ovan nämnda direktiven har sedan dess ersatts, tillsammans med ett antal ytterligare direktiv, av det så kallade recast-direktivet 2006/54/EG.²⁷

2.2 Svensk rätt

Parallellt med utvecklingen av diskrimineringskyddet på internationell nivå har ett liknande skydd även utvecklats i Sverige. Jämställdhetslagen (1979:1118) infördes år 1980 i Sverige och har sedan omarbetats vid flera tillfällen, bl.a. vad gäller bevisregler i lönediskrimineringsmål, för att till slut ersättas med Diskrimineringslagen (2008:567) som är gällande idag. Ursprungligen innehöll Jämställdhetslagen en presumtionsregel som innebar att när kärke gjord diskriminering antaglig bildades en presumtion som arbetsgivaren tvingades motbevisa. Förarbeten till lagen klargjorde att det endast rörde sig om en svag presumtion i fall av lönediskriminering vilket gjorde arbetsgivarens bevisbörda lättare.²⁸ År 2001 genomgick lagen en stor förändring som bl.a. innebar att presumtionsregeln togs bort. Istället anpassades lagen efter bevisbördedirektivet.²⁹ Det svenska skyddet mot lönediskriminering har de senaste decennierna utvecklats i syfte att efterleva EU-rättens fördrag, vilka blivit en del av den svenska lagstiftningen.³⁰

I 17 § p.5 Jämställdhetslagen fanns ett förbud mot lönediskriminering. Nu finns motsvarande förbud istället i form av likalöneprincipen i FEUF.³¹ I Diskrimineringslagen saknas detta uttryckliga förbud men genom förarbeten, praxis och FEUF lever innebörden av förbudet fortfarande kvar i den nya lagen. I förarbetet till Diskrimineringslagen står följande vad gäller diskrimineringsförbudets omfattning:

- *“I fråga om arbetstagare omfattas alla situationer där arbetsgivare och arbetstagare kan mötas på arbetsplatsen eller som har en naturlig anknytning till arbetet.”³²*

Vidare tydliggörs att detta även omfattar löne- och anställningsvillkor.³³

²⁷ Recast-direktivet 2006/54/EG

²⁸ Prop. 1978/79:175 s.76.

²⁹ Fransson & Stüber (2010) *Diskrimineringslagen En kommentar*. s.39.

³⁰ Fransson & Stüber (2010) s.34.

³¹ Artikel 157.1 FEUF.

³² Prop. 2007/08:95 s.498.

3.0 Rättslig reglering av lönediskriminering

3.1 Direkt diskriminering

Begreppet direkt diskriminering har varken prövats eller problematiserats speciellt mycket av EU-domstolen. För att det ska anses föreligga direkt diskriminering krävs att en arbetstagare har gynnats samt att en annan arbetstagare av motsatt kön har missgynnats.³⁴ Målen C-157/86 *Murphy* och C-129/79 *Macharthys Ltd.* visar detta. I *Machartys Ltd.* hade en kvinna fått lägre lön än den man som haft samma tjänst före henne. Domstolen menade att detta var att se som direkt diskriminering.³⁵ *Murphy*-målet handlade om ett antal kvinnor som fått lägre lön än en man trots att kvinnorna utfört ett mer kvalificerat arbete än mannen. EU-domstolen uttalade i målet att direkt diskriminering föreligger i fall där arbetstagare av ett kön fått lägre lön än arbetstagare av det motsatta könet vilka utfört ett mindre kvalificerat arbete.³⁶

I 1 kap 4§ 1p DL definieras direkt diskriminering. Direkt diskriminering föreligger när rekvisiten missgynnande, jämförbar situation samt orsakssamband är uppfyllda. Rekvisiten är kumulativa, samtliga rekvisit måste således vara uppfyllda för att direkt diskriminering ska anses föreligga.³⁷

3.1.1 Missgynnande

För att det första rekvisitet ska uppfyllas krävs att en individ som omfattas av diskrimineringslagen har missgynnats, dvs. har försatts i ett sämre läge och på så sätt blivit mindre förmånligt behandlad. Missgynnandet ska ha orsakat en skada eller en nackdel för den enskilde. I propositionen 1999/2000:143 nämns, "Det som typiskt sett är förenat med faktisk förlust, obehag eller liknande bör vara att bedöma som en nackdel". Arbetsgivarens avsikt har ingen betydelse, det är istället effekten som är avgörande.³⁸ Missgynnandet kan ske dels genom aktivt handlande och dels genom underlåtenhet att handla.³⁹

³³ Prop. 2007/08:95 s.498.

³⁴ Fransson (2000) s.241.

³⁵ C-129/79 *Macharthys Ltd. mot Wendy Smith*, EU:C:1980:103.

³⁶ C-157/86 *Mary Murphy m.fl. mot An Bord Telecom Eireann*, EU:C:1988:62.

³⁷ Prop. 2007/08:95 s.486-488.

³⁸ Prop. 2007/08:95 s.486-487.; Prop. 1999/2000:143 s.32-33.

³⁹ Prop. 2007/08:95 s.487.

3.1.2 Jämförbar situation

En jämförelse ska göras för att avgöra om ett missgynnande skett. Jämförelsen görs mellan hur individen som blivit diskriminerad har behandlats och hur någon eller några individer behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation. En faktisk person är inte nödvändig vid jämförelsen, en hypotetisk jämförelseperson fungerar lika väl. Jämförelsen ska ske i en situation där det är naturligt eller rimligt att göra en jämförelse och det är centralt att den ska göras med individer som är i en jämförbar situation.⁴⁰ Kraven varierar angående rekvisitet jämförbar situation då begreppet tolkas med hänsyn till situationen. Angående lönediskriminering är begreppen lika och likvärdigt arbete i centrum.⁴¹

3.1.3 Orsakssamband

Det ska finnas ett orsakssamband mellan handlingen som leder till missgynnandet och någon av diskrimineringsgrunderna. Det krävs bara ett samband och det räcker att diskrimineringsgrunden är endast en av flera orsaker till missgynnandet. Sambandet kan vara svagt eller starkt. Sambandet är starkt om det finns en avsikt att missgynna. Det finns dock inget krav på avsikt för att lönediskriminering ska kunna anses föreligga.⁴²

3.2 Indirekt diskriminering

Indirekt diskriminering skiljer sig från direkt diskriminering. Förbudet mot direkt diskriminering har fått en absolut karaktär medan förbudet mot indirekt diskriminering istället fått karaktären av en intresseavvägning. Medan den direkta diskrimineringen inte kan rättfärdigas med objektiva skäl kan den indirekta det.⁴³ Vid fall av indirekt diskriminering krävs inte ett direkt samband mellan diskrimineringsgrunden kön och den diskriminerande lönesättningen, vilket är fallet vid direkt diskriminering. Vid indirekt diskriminering är orsakssambandet mindre tydligt. Indirekt diskriminering handlar om beslut som ofta i sig är helt könsneutrala, men som ändå får effekter som missgynnar arbetstagare av det ena könet.⁴⁴

⁴⁰ Prop. 2007/08:95 s.487.

⁴¹ Fransson & Stüber (2010) s.73-74.

⁴² Prop. 2007/08:95 s.488-489.

⁴³ Lundström (1999) *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten - En feministisk analys.* s.229.

⁴⁴ Fransson (2000) s.240.

I 1 kap 4§ 2p. DL definieras indirekt diskriminering. Indirekt diskriminering bygger på rekvisiten missgynnande, jämförelse samt intresseavvägning. För att indirekt diskriminering ska anses föreligga ska samtliga rekvisit vara uppfyllda.⁴⁵

3.2.1 Missgynnande

Rekvisitet missgynnande uppfylls när en missgynnande effekt uppstår pga. att en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt tillämpas som verkar neutralt men i praktiken särskilt missgynnar vissa individer. Missgynnandet ska ha lett till en skada, obehag alternativt inneburit en nackdel för individen.⁴⁶

Till skillnad från direkt diskriminering har indirekt diskriminering behandlats mycket av EU-domstolen.⁴⁷ EU-domstolen har med sin praxis visat hur likalöneprincipen bör tolkas då en grupp arbetstagare känner sig missgynnade. Målet 96/80 *Jenkins* handlade om huruvida ett företag brutit mot likalöneprincipen genom att betala en högre timlön till heltidsanställda jämfört med deltidsanställda. Lönen för deltidsanställda var 10 procent lägre per timme än den för heltidsanställda. Av arbetstagarna som arbetade deltid var samtliga kvinnor, med en avvikelse. Det fanns en deltidsanställd manlig pensionär på arbetsplatsen. Domstolen menade pga. detta att det inte fanns något klart samband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden kön. Det blev därför istället en fråga om indirekt diskriminering och grupperna deltids- och heltidsanställda jämfördes med varandra.⁴⁸ EU-domstolen framförde följande:

- *”En skillnad i timlönen mellan deltids- och heltidsarbete utgör inte en diskriminering som är förbjuden enligt artikel 119 i fördraget i den mån den inte i själva verket indirekt syftar till att sänka lönenivån för arbetstagare som arbetar deltid på grund av att dessa uteslutande eller till övervägande del består av kvinnor.”*⁴⁹

⁴⁵ Prop. 2007/08:95 s.490-491.

⁴⁶ Prop. 2007/08:95 s.490.

⁴⁷ Fransson (2000) s.247-249.

⁴⁸ C-96/80 *J.P Jenkins mot Kingsgate Ltd.*, EU:C:1981:80.

⁴⁹ C-96/80 *Jenkins* s.60.

Det här fallet har tydligt visat att sämre villkor för deltidsanställda kan utgöra indirekt diskriminering pga. kön, förutsatt att en betydande del av dessa är kvinnor. Ett liknande fall behandlades i C-399/92 *Helmig*. I det målet utgick en övertidsersättning till arbetstagare för arbete utfört utöver normal heltid hos arbetsgivaren. Om en deltidsanställd utförde arbete utöver tiden som angetts i anställningsavtalet utgick däremot inte samma ersättning till denne. Då en betydande del av de deltidsanställda var kvinnor ansågs att förfaringsättet indirekt missgynnade kvinnor. Till skillnad från *Jenkins*-målet ansåg EU-domstolen i det här fallet att reglerna för övertidsersättningen var könsneutrala och inte utgjorde något brott mot likalöneprincipen. Reglerna var desamma för alla arbetstagare som utförde arbete utöver normal heltid, oavsett vilket kön arbetstagaren hade.⁵⁰

3.2.2 Jämförelserекvisitet

En jämförelse vid indirekt diskriminering går ut på att avgöra om en individ särskilt missgynnats. Genom jämförelsen kan en bedömning göras av huruvida en missgynnande effekt uppstår. Jämförelsen ska göras mellan gruppen som individen tillhör och en annan grupp.⁵¹ I målet C-400/93 *Royal Copenhagen* uttryckte EU-domstolen vissa kriterier för hur jämförelsegrupperna ska se ut. De två grupperna vars genomsnittliga lön jämförs ska bestå av samtliga arbetstagare som är i en jämförbar situation med hänsyn till faktorer som arbetets art, utbildningskrav och arbetsvillkor. Domstolen framförde även att grupperna måste vara relativt stora för att utesluta att löneskillnaderna beror på konjunkturmässiga, tillfälliga omständigheter eller på individernas enskilda arbetsresultat.⁵² I förarbetet till Diskrimineringslagen står att det inte är möjligt att jämföra med en hypotetisk person vid indirekt diskriminering. Vidare ska skillnaden mellan jämförelsegrupperna vara betydande för att indirekt diskriminering ska anses föreligga. Det åligger den nationella domstolen att avgöra om en betydligt större procentandel av det ena könet drabbats. Den nationella domstolen ska avgöra vad som utgör en betydande skillnad i belysning av EU-domstolens avgöranden.⁵³ I *Jenkins*-målet uttalade domstolen att för att diskriminering i form av lägre timlön för deltidsarbete ska föreligga, måste det vara en uteslutande eller övervägande del kvinnor som drabbas.⁵⁴ Vidare yttrade domstolen i målet C-281/97 *Krüger* att

⁵⁰ C-399/92 *Angelika Helmig mot Schmidt*, EU:C:1994:415.

⁵¹ Prop. 2007/08:95 490-491.

⁵² C-400/93 *Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri som för Royal Copenhagen A/S:s talan*, EU:C:1995:155.

⁵³ Prop. 2007/08:95 490-491.

⁵⁴ C-96/80 *Jenkins*

procentandelen kvinnor som drabbas ska vara betydligt större än män.⁵⁵ Det här är EU-domstolens tydligaste besked. Det som går att utläsa ur rättspraxis är således att det måste vara en hög andel män som gynnas i jämförelse med andelen missgynnade kvinnor för att indirekt diskriminering ska vara aktuell.⁵⁶ Lundström menar att gränsen för en ”betydande skillnad” går vid 80 procent av alla kvinnor på en arbetsplats. Om minst 80 procent av alla kvinnor på arbetsplatsen missgynnas av en anledning som framstår som könsneutral samt att käranden kan visa detta statistiskt är det fråga om indirekt diskriminering.⁵⁷

3.2.3 Intresseavvägning

Intresseavvägningsrekvisitet innehåller två led. Det första ledet går ut på att den som har missgynnats ska bevisa missgynnandet genom jämförelsen. Det andra ledet går ut på att den som har missgynnats ska motbevisa detta genom att påvisa sakliga skäl för sitt handlande. En intresseavvägning ska således ske mellan de negativa effekterna hos den som blivit missgynnad och behovet av att särskilt missgynna för den som missgynnats.⁵⁸

EU-domstolen har i ett flertal rättsfall uttalat sig om hur en intresseavvägning ska ske. Huvudsakligen handlar det om användandet av proportionalitetsprincipen. Ett av målen, 170/84 *Bilka-Kaufhaus*, visar tydligt riktlinjer för en proportionalitetsprövning. Målet handlade om huruvida ett bolags tillämpning av att deltidsanställda inte hade rätt till ålderspension var i strid med likalöneprincipen. För att en deltidsanställd skulle ha rätt till ålderspension skulle denne ha arbetat minst 15 år på heltid under en 20 års period. En kvinna hade arbetat deltid och var därför inte berättigad till ålderspension efter att anställningen upphört. Om bolaget kunde visa att agerandet berodde på objektiva grundade faktorer som saknade samband med kön stred deras agerande inte mot principen. Det är den nationella domstolen som ska avgöra om bolaget presenterat objektiva godtagbara skäl. EU-domstolen framförde att för att åtgärden ska anses vara objektiva godtagbara ska arbetsgivarens handlande ha föranletts av ett verkligt behov, varit ägnat att uppnå företagets eftersträfvade mål samt varit nödvändigt för att uppnå syftet. Om så inte är

⁵⁵ C-281/97 *Andrea Krüger mot kreisrankenhaus Ebersberg*, EU:C:1999:396.

⁵⁶ Fransson (2000) s.255.

⁵⁷ Lundström (1999) s.325.:Lundström (2000). Indirekt könsdiskriminering i EG-domstolens tappning, i Numhauser-Henning (Red.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering* s.100.

⁵⁸ Fransson & Stüber (2010) s.85-86.

fallet räcker det att kvinnliga arbetstagare drabbas betydligt mer än manliga för att det ska stå i strid mot likalöneprincipen.⁵⁹

EU-domstolens uttalande i *Bilka-Kaufhaus* om vad som krävs för att skäl ska anses vara objektivt godtagbara avspeglas även i förarbetet till Diskrimineringslagen. I förarbetet nämns att syftet med handlingen ska vara så pass viktigt att det kan motivera ett frånsteg från likabehandlingsprincipen. Lagstiftaren nämner även att handlandet ska vara både lämpligt och nödvändigt för att uppfylla syftet.⁶⁰ Ett intressant fall i svensk rätt där en intresseavvägning genomförts är i AD 2005 nr 87. Målet handlade om huruvida indirekt könsdiskriminering förelåg då en kvinna nekats anställning pga. att ett företag för anställningen tillämpat ett längdkrav på minst 163 cm. Parterna var överens om att JämO hade lagt fram fakta som gjorde indirekt diskriminering antaglig. Bevisbördan låg därmed på arbetsgivarparten. Arbetsdomstolen framförde att arbetsgivarparten måste visa dels att syftet med deras längdkrav kunde motiveras med sakliga skäl som saknade samband med kön, dels att det var lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet. Arbetsdomstolen kom fram till att företaget inte på ett trovärdigt sätt visat att längdkravet varit en lämplig och nödvändig åtgärd för att uppnå syftet med kravet. Åtgärden ansågs därför ej vara tillåten och indirekt diskriminering förelåg.⁶¹

3.3 Delad bevisbörda

I könsdiskrimineringsfall tillämpas i Sverige delad bevisbörda. Den kommer ursprungligen från bevisbördedirektivet 97/80/EG, men har före detta direktiv fastslogs utformats genom EU-domstolens praxis. Lagrummet domstolen då hade att tolka var artikel 119 i Romfördraget. Första gången EU-domstolen tog ställning till bevisbördefrågan var i målet 109/88 *Danfoss*. I det här målet hade det med lönestatistik kunnat påvisas att arbetsgivaren betalat högre löner till män än till kvinnor under flera års tid trots att de haft lika höga grundlöner. Orsaken var individuella lönetillägg. Det saknades också transparens i hur dessa beräknades vilket gjorde att en kvinnlig arbetstagare inte kunde ta reda på, varför hennes lön var lägre jämfört med en manlig

⁵⁹ C-170/84 *Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz*, EU:C:1986:204.

⁶⁰ Prop. 2007/08:95 s.491-492.

⁶¹ AD 2005 nr 87.

arbetstagare som utförde likvärdigt arbete. Den här omständigheten gjorde det omöjligt för kvinnor att bevisa att lönediskriminering förelåg.⁶² EU-domstolen uttalade bl.a. följande i målet:

- *"... om ett företag tillämpar ett lönesystem som helt saknar öppenhet, har arbetsgivaren bevisbördan för att hans lönepolitik inte är diskriminerande, när en kvinnlig arbetstagare visar att de kvinnliga arbetstagarnas genomsnittslön i förhållande till ett relativt stort antal arbetstagare är lägre än de manliga arbetstagarnas genomsnittslön..."*⁶³

Några år senare togs bevisfrågan upp än en gång, då i målet C-127/92 *Enderby*. Domstolen ansåg att det inte var nödvändigt att lönesättningssystemet helt saknade insyn för att bevisbördan skulle gå över.⁶⁴ Det skulle istället räcka att visa en påtaglig löneskillnad som kan innebära lönediskriminering pga. kön:

- *"Då signifikant statistik ger vid handen att det föreligger en påtaglig skillnad i lön mellan två likvärdiga befattningar, av vilka den ena nästan uteslutande innehas av kvinnor och den andra huvudsakligen av män, åligger det enligt artikel 119 i fördraget arbetsgivaren att bevisa att denna skillnad är berättigad av objektiva faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra."*⁶⁵

Om en person känner sig kränkt genom att likabehandlingsprincipen inte tillämpats på hen och denne presenterar fakta för domstolen som gör det antagligt att direkt eller indirekt diskriminering förekommit, går bevisbördan över till svaranden som måste motbevisa att diskriminering förelegat.⁶⁶ Idag återfinns samma regel i 6 kap 3 § DL. Medlemsstaterna förhindras inte heller att införa bevisregler som är mer fördelaktiga för käranden i ett diskrimineringsmål.⁶⁷

⁶² C-109/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsgiverforening som for Danfoss talan*, EU:C:1989:383.

⁶³ C-109/88 *Danfoss* p.11.

⁶⁴ C-127/92 *Dr Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority, Secretary of State for Health.*, EU:C:1993:859.

⁶⁵ C-127/92 *Enderby* s.394.

⁶⁶ Recast-direktivet 2006/54.

⁶⁷ Recast-direktivet 2006/54.

4.0 Problematisering av lönediskriminering

4.1 Lika och likvärdigt arbete

Vid fall av lönediskriminering är det grundläggande att det går att visa att två arbeten är lika eller likvärdiga.⁶⁸ I punkt 9 i recast-direktivet 2006/54 anges följande:

- *”För att kunna bedöma huruvida arbetstagare utför lika arbete eller likvärdigt arbete bör man i enlighet med domstolens fasta rättspraxis avgöra om de med avseende på en rad faktorer, bl.a. arbetets art, utbildning och arbetsvillkor, kan anses vara i jämförbara situationer.”*

Det här är riktlinjerna som de nationella domstolarna har att förhålla sig till då dessa jämförelser ska göras i respektive medlemsstat.

4.1.1 Lika arbete

Det är en etablerad princip på arbetsmarknaden att lika arbete hos samma arbetsgivare ska kompenseras med lika lön. Det behöver däremot inte röra sig om precis samma arbete för att arbetet ska räknas som lika.⁶⁹ För att avgöra om två arbeten är lika måste en jämförelse göras. Jämförelsen ska gälla arbetsuppgifterna och hur lika de är. Om det inte handlar om samma arbete måste jämförelsen visa skillnader mellan arbetena. Slutligen prövas huruvida skillnaderna kan förväntas ha betydelse för lönesättningen.⁷⁰

EU-domstolen har hittills inte i någon större utsträckning behövt avgöra vad lika eller likvärdigt arbete är. De har ännu inte behövt ta ställning till vad begreppen innebär, men som vägledning för de nationella domstolarna har de principiellt uttalat vad som är relevant vid en jämförelse.⁷¹ I målet 129/79 *Macarthy's LTD* hade en kvinnlig anställd på ett företag fått lägre lön än den man som innehåft samma tjänst före henne. Frågan rörde huruvida hon blivit utsatt för

⁶⁸ Fransson (2000) s.328.

⁶⁹ Fransson (2000) s.328-332.

⁷⁰ Prop. 1990/91:113 s.109.

⁷¹ Fransson (2000) s.234.

lönediskriminering eller inte. EU-domstolen yttrade i målet angående begreppet lika arbete att artikel 119 inte kan begränsas till att innehålla ett krav på samtidighet. De menade vidare att det är arbetsprestationernas art som ska jämföras för att bedöma om arbetena är lika. Kvinnor och män behöver således inte samtidigt utföra lika arbete för samma arbetsgivare för att möjliggöra en jämförelse.⁷² I målet 309/97 *Wiener Gebietskrankenkasse*, utvecklade EU-domstolen sin praxis ytterligare. Målet gällde en tvist om lön till legitimerade psykologer vilka arbetade som psykoterapeuter. De legitimerade psykologerna hade fått lägre lön jämfört med läkare trots att båda arbetsgrupperna arbetade som psykoterapeuter. Enligt EU-domstolen krävs att man, för att kunna fastställa om arbetstagarna utfört lika arbete, utgår från faktorer som arbetets art, utbildningskrav och arbetsvillkor. Utifrån dessa kan en slutsats dras angående huruvida arbetstagarna befunnit sig i en jämförbar situation. Arbetstagargrupperna arbetade i en verksamhet som var identisk, men de olika grupperna hade olika yrkesutbildning och kvalifikationer och domstolen lade betydelsefull vikt vid utbildningen i bedömningen. Respektive grupp använde kunskaper och kompetens från sina utbildningar; studier i psykologi respektive studier i medicin. EU-domstolen uttalade därför att det inte kunde röra sig om lika arbete då grupperna inte kunde anses vara jämförbara.⁷³ Enligt Fransson begränsar domen möjligheten att tillämpa likalöneprincipen på den könssegregerade arbetsmarknaden.⁷⁴

Frågan om lika arbete har varit uppe i Arbetsdomstolen i två mål, men i ett av målen var lika arbete otvistigt. Domstolen har därmed bara i ett fall avgjort om två arbeten varit att betrakta som lika. AD 1984 nr 140 *blanketteknikermålet* handlade om två kvinnliga blankettekniker hos ett landsting, som enligt käranden utförde lika arbete som det en manlig arbetstagare utförde. Även mannen arbetade med blankettfrågor och var anställd som sekreterare, vilket var ett högre avlönat yrke enligt kollektivavtalet. Enligt den då gällande Jämställdhetslagen skulle det bedömas om två arbeten är att betrakta som lika ”med utgångspunkt i kollektivavtal eller praxis inom verksamhetsområdet”.⁷⁵ Arbetsdomstolen ansåg att kollektivavtalet var av avsevärd betydelse vid jämförelsen av arbetsuppgifterna men att när det i avtalet inte tydligt framgick vad som motiverade löneskillnaderna innebar det inte nödvändigtvis att två arbeten i skilda

⁷² C-129/79 *Macharthy Ltd.*

⁷³ C-309/97 *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse*, EU:C:1999:241.

⁷⁴ Fransson (2000) s.235.

⁷⁵ Prop. 1990/91:113 s.109.

lönegradsgrupper inte var att betrakta som lika. För att kunna jämföra arbetsuppgifterna valde de därför att tolka ordalydelsen i lagen extensivt, som att respekt skulle ges åt arbetsmarknadens gängse uppfattning om arbetsuppgifternas värde samt att de skulle undvika att utgå ifrån egna värderingar. I jämförelsen fann domstolen att den manliga anställda bl.a. hade ett samordningsansvar samt en initiativskyldighet som de båda kvinnorna saknade. Dessa var faktorer som särskilt brukade beaktas vid lönesättning och därför kunde det konstateras att arbetena inte var lika.⁷⁶

4.1.2 Likvärdigt arbete

När två olika arbeten ska jämföras måste man först bestämma vad arbetena är värda eller vilken svårighetsgrad de har.⁷⁷ Detta värde får endast baseras på vad själva arbetet kräver av arbetstagaren, således ska man ej utgå från individen som utför arbetet.⁷⁸ För att bedöma om två arbeten är likvärdiga ska värderingen bygga på en mätmetod. Det finns olika arbetsvärderingsmetoder, det viktigaste är att samma måttstock används samt att mätmetoden är könsneutral.⁷⁹ Om en överenskommen arbetsvärderingsmetod finns på arbetsplatsen är det naturligt att den används. Det finns dock inget krav på en överenskommen arbetsvärderingsmetod.⁸⁰

Den svenska arbetsmarknaden är enig vad gäller vilka kategorier av kriterier som är relevanta när en arbetsvärdering görs eller när lönen bestäms. Dessa är *kunskap och förmåga*, *arbetsinsats*, *ansvar* samt *arbetsförhållanden*, vilket även framgår av Diskrimineringslagen.⁸¹ För att få objektiva, könsneutrala och rättvisa jämförelser bör jämförelserna av arbetskraven utföras efter de fyra kategorierna. Vilka kriterier som sorteras in under dessa kategorier kan variera. Det viktigaste är att bedömningen av två arbeten sker efter samma kriterier, med dessa fyra

⁷⁶ AD 1984 nr 140.

⁷⁷ Prop. 1990/91:113 s.88-89

⁷⁸ Prop. 2007/08:95 s.325.

⁷⁹ Fransson (2000) s.333.

⁸⁰ Prop. 1990/91:113 s.88.

⁸¹ 3 kap. 2 § andra stycket DL.

OBS: 3 kap. 10§ från 2017-01-01.

kategorier som utgångspunkt. Kriterierna som används får inte heller vara könsdiskriminerande eller användas på ett könsdiskriminerande sätt.⁸²

Kunskap och förmåga brukar innefatta exempelvis erfarenhet, utbildning, social kompetens och simultankapacitet som kan krävas i arbetet. I kategorin *arbetsinsats* ingår alla varianter av fysisk och psykisk ansträngning. Hit räknas exempelvis tunga lyft, graden av stillasittande samt psykisk stress. Det finns flera olika typer av *ansvar*, men sammanfattningsvis räknas i kategorin ansvar in själva graden av självständigt beslutsfattande som ingår i arbetet. Till *arbetsförhållanden* räknas sådant som bullernivå, arbetstider, skaderisk och smittorisk av sjukdomar.⁸³

Kriterierna är endast ämnade att underlätta utredning av värdet av själva arbetet, genom att beskriva vad arbetet faktiskt kräver av arbetstagaren. Det är helt skilt från arbetstagarens individuella förutsättningar att utföra arbetet, vilket innebär att bara för att två olika arbeten bestäms till lika värde behöver de inte alltid generera samma lön till arbetstagarna. En arbetsgivare kan fortfarande motivera en skillnad i lön mellan två arbetstagare av olika kön med skillnader i deras individuella förutsättningar. Arbetsdomstolen har även genom sin praxis visat att det inte räcker att hitta skillnader i enbart ett av kriterierna.⁸⁴ I AD 1996 nr 79 *karlskogamålet*, där två avdelningschefer arbeten jämfördes, fastslogs exempelvis att endast ett ansvar för större budget och fler anställda i sig inte är tillräckligt för att ett arbete ska anses mer värt än ett annat.⁸⁵

I AD 1995 nr 158 *kumlamålet*, godkändes för första gången den arbetsvärderingsmetod som beskrivits ovan. JämO hade visat på olika sakomständigheter som passade in under de i propositionen angivna kategorierna.⁸⁶ Arbetsgivarparten hade inte invänt mot metoden JämO använt sig av varför tillvägagångssättet godkändes av Arbetsdomstolen. Det kom vid jämförelsen inte fram i någon av kategorierna att det högre betalda arbetet var mer krävande än det andra varför domstolen konstaterade att arbetena var likvärdiga.⁸⁷ Utgången i målet visade att det med

⁸² Prop. 1993/94:147 s.51-55.

⁸³ Prop. 1993/94:147 s.51-55.

⁸⁴ Prop. 1993/94:147 s.51-55.

⁸⁵ AD 1996 nr 79.

⁸⁶ Prop. 1993/94:147 s.52-54.

⁸⁷ AD 1995 nr 158.

denna bevisform är möjligt att påvisa två snarlika arbetens lika värde.⁸⁸ Året därpå, i AD 1996 nr 79 *karlskogamålet*, presenterades ännu en arbetsvärdering baserad på samma metod. I fallet godkändes dock inte värderingen. Arbetsbeskrivningarna hade nämligen tillkommit på olika sätt för de båda arbetena. En av arbetstagarna hade muntligen blivit intervjuad om sitt arbete medan den andre fått fylla i en blankett, vilket enligt Arbetsdomstolen gjorde att värderingen saknade tillförlitlighet.⁸⁹

De kanske mest kända målen hos Arbetsdomstolen gällande likvärdiga arbeten är ”*barnmorskemålen*”, i vilka värdet av två helt olika arbeten jämfördes. I AD 1996 nr 41 *barnmorskemålet I* försökte arbetstagarparten med en arbetsvärdering bevisa att en barnmorskas arbete var likvärdigt med två klinikingenjörers arbeten. Arbetsvärderingen byggde på en löneskillnadsutredning i vilken man jämfört de olika arbetena. Mellan parterna fanns ett kollektivavtal innehållandes generella arbetsvärderingar, men löneskillnadsutredningen stämde inte överens med dessa. Detta gjorde enligt Arbetsdomstolen att höga krav måste ställas på objektivitet i utredningen och på att den är genomförd på sätt som möjliggör att säkra slutsatser kan dras. Särskilt när det är fråga om två helt olika arbeten som påstås vara likvärdiga. Utifrån arbetsgivarpartens kritik mot arbetsvärderingen undersökte Arbetsdomstolen värderingen och kom fram till att den innehöll brister; exempelvis en tydlig obalans i arbetsbeskrivningarna av arbetena. Detta ledde till slutsatsen att den inte var tillförlitlig och käranden lyckades inte visa att arbetena var likvärdiga.⁹⁰ Fem år senare möttes återigen samma parter i ett mål för att jämföra arbetena barnmorska och klinikingenjör. Eftersom att arbetstagarparten inte kunnat presentera en trovärdig arbetsvärdering i *barnmorskemålet I* utreddes arbetenas värde istället av Arbetsdomstolen utifrån de fyra kategorierna för att sedan kunna jämföras.⁹¹ Med jämförelsen kunde domstolen för första gången någonsin konstatera att två helt olika arbeten var av lika värde.⁹²

⁸⁸ Fransson (2000) s.337.

⁸⁹ AD 1996 nr 79.

⁹⁰ AD 1996 nr 41.

⁹¹ AD 2001 nr 13.

⁹² Fransson & Norberg (2007) *Att lagstifta om diskriminering*. s.80.

4.2 Marknadsargumentet

Lönediskriminering uppstår i regel vid nyrekryteringstillfället. I fallen som gått till domstol är det oftast en man som anställts och fått en högre lön än den kvinnliga anställda på arbetsplatsen tjänar för lika eller likvärdigt arbete. I dessa fall används ofta argumentet att marknaden ligger till grund för löneskillnaden och gör den nödvändig. Marknadsargumentet används i olika situationer för att förklara varför en anställd får en högre lön än vad som motiveras av själva kraven i arbetet den anställde utför.⁹³ Flera faktorer kan ingå i marknadsargumentet och vilka av dessa som aktualiseras i ett fall beror på situationen.

Enligt EU-domstolen kan situationen på arbetsmarknaden utgöra ett objektiva grundat ekonomiskt skäl till en löneskillnad mellan arbetstagare som utför lika eller likvärdigt arbete. Detta då den kan föranleda att arbetsgivaren höjer lönen för en viss befattning i hopp om att locka till sig fler sökande för nämnda befattning. För att förstå marknadssituationen måste en bedömning av de faktiska omständigheterna göras i varje enskilt fall. Det ankommer sedan på den nationella domstolen att avgöra om marknadssituationen haft tillräckligt stor betydelse för att berättiga löneskillnaden.⁹⁴

De nationella domstolarna i Storbritannien har valt att genomföra dessa marknadsanalyser grundligt.⁹⁵ Då en arbetsgivare inför en brittisk domstol hänvisar till marknadskrafterna som orsak till en löneskillnad har praxis visat att de kan behöva framföra ytterligare förtydligande bevisning. Bevisning som har begärts har bl.a. varit en redovisning av alla lediga tjänster, personalomsättningen vid tidpunkten för anställningen av jämförelsepersonen, detaljer för hur rekryteringen genomförts, jämförelsepersonens tidigare lön samt detaljer om hur man införskaffat informationen om marknaden vid anställningstidpunkten. Utöver detta har arbetsgivare ombetts redovisa statistik över i hur stor grad respektive kön representeras i yrkesgrupperna, vilket visar om lönesättningen har en oproportionerligt negativ effekt för arbetstagare av det ena könet. Slutligen kan arbetsgivaren behöva visa hur stor del av

⁹³ Svenaeus (2007) *Marknaden – könsneutral prislapp på arbetskraft eller kvitto på etablerad lönediskriminering?*, i Fransson (Red.), *Marknaden - Saklig grund för lönesättning?* s.107-108.

⁹⁴ C-127/92 *Enderby* Punkt 26-28.

⁹⁵ Norberg (2007) *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten- om hur olika marknadsbegrepp påverkar rättstillämpningen i lönediskrimineringsmål.* s.178.

löneskillnaden som beror på marknadskrafterna om det är så att inte hela skillnaden förklaras därav.⁹⁶

4.2.1 Kompetens

När arbetsgivaren förhandlar fram lönen med en arbetstagare kan kompetens påverka lönesättningen och bidra till att den bestäms till ett högre belopp än vad som motiveras utifrån arbetets natur. I AD 1995 nr 158 *kumlamålet* godtog Arbetsdomstolen inte arbetsgivarens marknadsskäl för att sätta högre lön till en manlig socieekonom än till en kvinnlig stadsbyggnadsekonom. Förklaringen till att det förelåg en löneskillnad var enligt kommunen att den manliga ekonomen hade personliga egenskaper som arbetet krävde. Kommunen ville anställa någon ”bestämd” och ”driven” person med ”hårda nypor” för att lösa ekonomiska problem på socialförvaltningen. Han innehade därmed en särskild kompetens. Arbetsdomstolen menade emellertid att egenskaperna inte motsvarade ett verkligt behov hos arbetsgivaren. Domstolen bedömde att kommunen inte lyckats bevisa att mannens högre lön var nödvändig och adekvat.⁹⁷ Anledningen till arbetsgivarens misslyckande var enligt Norberg att de efterfrågat onormala kvalifikationer. Han menar vidare att när en arbetsgivare ändrar sitt vanliga mönster och påkallar marknadsskäl kan domstolens granskning bli grundligare.⁹⁸

I senare rättsfall har Arbetsdomstolen godkänt att arbetsgivaren premierat en viss kompetens. Så var exempelvis fallet i AD 1997 nr 68 *mjölbymålet* där en manlig lärare anställdes med högre lön än två kvinnliga lärare. Kommunen önskade öka kompetensen inom datorområdet på skolan och mannen innehade denna önskade ADB-kompetens. De förväntade sig en förbättring i verksamheten i form av datorkunskapen mannen tillförde, vilket enligt domstolen motiverade den högre lönen. Före anställningen hade kommunen velat anställa en annan man med ADB-kompetens. Han hade emellertid tackat nej varför kommunen istället valt att anställa en doktor i matematik. Hon lämnade dock återbud före anställningen och kommunen tvingades att snabbt anställa någon annan. Den högre lönen läraren fick jämfört med befintliga lärare förklarade kommunen med att ADB-kompetensen behövdes i verksamheten. Det framkom även att den första personen arbetsgivaren velat anställa med ADB-kompetens tackat nej av personliga skäl

⁹⁶ Norberg (2007) s.178.

⁹⁷ AD 1995 nr 158.

⁹⁸ Norberg (2007) s.184.

men att arbetsgivaren trots att det berodde på ett för lågt löneerbjudande.⁹⁹ Norberg menar att Arbetsdomstolen inte utredde tiden före nyanställningstillfället tillräckligt. För det första menar han att arbetsgivaren inte haft en klar bild av ADB-kompetensens marknadsvärde vid anställningstillfället. Att domstolen såg den högre lönen som nödvändig för att kommunen skulle få tillgodogöra sig kompetensen, trots att ingen utrett om det fanns fler sökande med motsvarande kompetens, hade varit ett rimligt resonemang om ADB-kompetensen endast förekom på den privata marknaden. Men resonemanget motförklaras av att mannen kommunen initialt önskat anställa vid tidpunkten var offentligt anställd.¹⁰⁰ För det andra menar Norberg att genom att inte utreda om det finns fler aspiranter med ADB-kompetens omöjliggörs också att avgöra den marknadsstyrda lönenivån.¹⁰¹ För det tredje var även behovet av ADB-kompetensen oklart då arbetsgivaren uppenbarligen värderat en doktor i matematik helt utan ADB-kompetens över läraren som slutligen anställdes.¹⁰² Marknadsargumentet godkändes utan att omständigheter som dessa undersökts. Det krävs enligt Norberg i en situation som denna att arbetsgivaren åläggs göra en skäligen utredning av marknadsläget. Ställer domstolen inte detta krav resulterar det i praktiken i att bevisbördan återgår till käranden när arbetsgivaren hävdar marknadsargumentet. Då tar marknadsargumentet alltså bort arbetsgivarens bevisbörda.¹⁰³

Kompetens var huvudfaktor även i AD 2001 nr 51 *socionommålet*, i vilket två manliga socialkonsulenter anställdes vid en länsstyrelse och fått en högre lön än 10 redan anställda kvinnliga socialkonsulenter. Anledningen var att männen tidigare haft en högre lön i kommunen där de senast arbetat. Länsstyrelsen ville anställa arbetstagare med kompetens från kommunalt arbete och ansåg därför att marknadssituationen utgjort ett objektiva skäl till löneskillnaden. Arbetsdomstolen instämde och menade att den högre lönesättningen varit en nödvändig och försvarlig åtgärd då löneläget var högre i kommunerna än inom länsstyrelsen. En av de redan anställda kvinnorna anställdes på nytt samtidigt som de båda männen. Hon hade tidigare innehaft ett vikariat på samma länsstyrelse vilket nu en av de båda männen fick ta över medan hon fick en tillsvidareanställning. Även hon hade haft en långvarig kommunal tjänst före vikariatet vilket innebar att hon hade likvärdig kommunal erfarenhet som de båda männen, men trots det sattes

⁹⁹ AD 1997 nr 68.

¹⁰⁰ Norberg (2007) s.186-188.

¹⁰¹ Norberg (2007) s.187.

¹⁰² Norberg (2007) s.186.

¹⁰³ Norberg (2007) s.188.

hennes lön lägre än deras. Domstolen ansåg att marknaden inte påverkade hennes situation då hon redan var anställd hos länsstyrelsen vid nyanställningstillfället.¹⁰⁴ Svenaeus menar att anledningen till att domstolen kom fram till att kvinnan inte var lönediskriminerad i jämförelse med männens löner var att man utfört två skilda lönejämförelser. Hennes lön jämfördes med de övriga kvinnliga socialkonsulenternas löner hos länsstyrelsen. Det ansågs irrelevant att jämföra hennes lön med männens löner vilka istället jämfördes med vad de tidigare tjänat i sina kommunala anställningar.¹⁰⁵

I det senaste lönediskrimineringsmålet som tagits upp av Arbetsdomstolen hade en manlig behandlingssekreterare anställts av ett behandlingshem till en 2450kr högre lön än en kvinnlig behandlingssekreterare som redan arbetade för hemmet. Enligt arbetsgivaren behövde verksamhetens system anpassas efter kundernas krav för att kunna bemöta dessa. Den nyanställde mannen hade kunskaper i en ny utredningsmetodik som behandlingshemmet ville införa. Införandet av denna nya utredningsmetodik skulle ingå i arbetet.¹⁰⁶ Utbildningen i utredningsmetodiken var tre dagar lång och hade kostat 6000kr.¹⁰⁷ Ingen annan på arbetsplatsen hade dessa kunskaper och arbetsgivaren skulle således ha betydande nytta av dem. Arbetsdomstolen bedömde detta som tillräckligt för att förklara löneskillnaden som saklig och rationellt motiverad.¹⁰⁸

4.2.2 Offentlig och privat sektor

Arbetsmarknaden består i grunden av den privata och den offentliga sektorn och förutsättningarna för lönebildningen i dessa sektorer skiljer sig åt. I den privata sektorn är målet att gå med vinst och ju större vinst ett företag gör desto större utrymme finns för löneökningar. Den offentliga sektorn finansieras av skattepengar och där är målet snarare att utföra arbetet inom en bestämd budget vars storlek beror mycket på politiska beslut. Resultatet blir att lönenivån generellt är högre i den privata sektorn jämfört med motsvarande arbeten i den

¹⁰⁴ AD 2001 nr 51.

¹⁰⁵ Svenaeus (2007) Marknaden – könsneutral prislapp på arbetskraft eller kvitto på etablerad lönediskriminering? s.114-117.

¹⁰⁶ AD 2013 nr 64.

¹⁰⁷ Fransson & Stüber (2014) Lönediskriminering i ett system med normlösa avtal och individuell lönesättning, i Persson & Rydberg-Welander (Red.), *Festskrift till Catharina Calleman - I rättens utkanter*. s.125.

¹⁰⁸ AD 2013 nr 64.

offentliga sektorn.¹⁰⁹ Enligt SCB var 72 procent av alla anställda i den offentliga sektorn förra året kvinnor, medan 61 procent av alla anställda i den privata sektorn utgjordes av män.¹¹⁰ Arbetsgivare har i flera fall anpassat lönesättningen i den offentliga sektorn efter löneläget i den privata sektorn.

I AD 2001 nr 13 *barnmorskemålet II* behandlades en tvist gällande en löneskillnad mellan en manlig klinikingenjör vars lön var högre än två barnmorskors vilkas arbete konstaterats vara likvärdigt med arbetet han utförde.¹¹¹ Domstolen yttrade att för att bryta en presumtion om lönediskriminering måste arbetsgivaren kunna visa att marknadssituationen haft så pass stor betydelse att löneskillnaden verkligen kan förklaras av den. Domstolen menade vidare att en klinikingenjör har tekniska kunskaper som är generellt värdefulla och applicerbara i flera situationer än bara inom medicin. Efter en generell lönejämförelse med andra gymnasieingenjörer i landet konstaterades att klinikingenjörens lön låg på ungefär samma nivå som medianlönen för dessa och att han troligtvis inte skulle ha tjänat mindre i den privata sektorn. Både klinikingenjörens och barnmorskornas löner låg i linje med vad som var normal lön för deras personalkategorier i landstingssektorn. Enligt domstolen var det objektivt försvarbart att anpassa lönesättningen av tekniker till den normala lönen för tekniker på den privata arbetsmarknaden. Detta då det måste vara möjligt att rekrytera de arbetstagare man behöver i landstingets verksamhet. Sammanfattningsvis kom de fram till att det inte fanns någon koppling mellan lönesättningen och arbetstagarnas kön.¹¹² Fransson och Norberg anser att Arbetsdomstolen tillämpade ett dåligt marknadsresonemang. Genom att se de normala lönenivåerna som en objektiv marknadskraft tilläts att dessa tvingade fram löneskillnaden mellan arbetstagarna.¹¹³

Ett senare mål samma år, AD 2001 nr 76 *nattsköterskemålet*, var mycket likt *barnmorskemålet II*. Det gällde en manlig medicinteknisk ingenjör som tjänade mer än en kvinnlig intensivvårdssjuksköterska vars arbete av Arbetsdomstolen bestämts vara likvärdigt. Statistik

¹⁰⁹ Medlingsinstitutet: "Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2015- Vad säger den officiella lönestatistiken", <http://www.mi.se/files/PDF-er/att_bestalla/loneskillnader/skillnaden15.pdf>, besökt 2016-12-07 s.42.

¹¹⁰ Statistiska centralbyrån: "Anställda 20–64 år efter sektor och anknyningsgrad till arbetsmarknaden 2015", <http://www.scb.se/sv/_/Hitta-statistik/Temaomraden/Jamstalldhet1/Indikatorer/Ekonomisk-jamstalldhet/Tillgang-till-arbete/Anstallda-2064-ar-efter-sektor-och-anknytningsgrad-till-arbetsmarknaden-2015/>, besökt 2016-12-08.

¹¹¹ Se avsnitt 4.1.2 Likvärdigt arbete.

¹¹² AD 2001 nr 13.

¹¹³ Fransson & Norberg (2007) s.90.

visade att ca 90 procent av alla barnmorskor och intensivvårdssjuksköterskor arbetade i offentlig sektor. Motsvarande statistik för ingenjörer och tekniker var 10 procent. Det framkom att ingenjören besatt kunskaper som var eftertraktade på en bredare marknad i näringslivet än bara inom medicinteknik samt att han kunde betydligt mer än vad som krävdes av hans tjänst. Det fanns flera företag i den privata sektorn som huvudsakligen rekryterade sina tekniker från sjukhusen. Det fanns således en stor alternativ arbetsmarknad för ingenjören. Vad gällde intensivvårdssjuksköterskornas alternativa arbetsmarknad kom domstolen fram till att den utanför offentlig sektor endast varit marginell. En utredning av löneläget på ingenjörens alternativa arbetsmarknad visade att han hade tjänat betydligt mer i den privata sektorn, eller åtminstone inte en lägre lön än den han tjänade hos landstinget. Ingenting i utredningen visade att intensivvårdssjuksköterskan tjänade mindre än hon kunde ha gjort på en alternativ arbetsmarknad. Arbetsdomstolen ansåg därför även i detta fall att arbetsgivaren förmått visa att skillnaden i arbetstagarnas löner inte haft något samband med kön.¹¹⁴ De här fallen visar tydligt att Arbetsdomstolen godkänner marknadsargumentet när en arbetsgivare anpassar lönesättningen efter eventuella alternativa arbetsmarknader i den privata sektorn.

4.2.3 Anställningstidpunkt

Tidpunkten för nyanställningen kan vara av betydelse för lönesättningen. Om företaget årligen höjer arbetstagarnas löner i en så kallad lönerevision har det stor betydelse för lönen om arbetstagaren anställs före eller efter den genomförs. Det ”normala” löneläget på arbetsplatsen kommer att vara högre efter lönerevisionen. Även arbetsmarknaden ändrar utseende över tid vilket gör att efterfrågan på olika kompetenser varierar beroende på när nyanställningen genomförs. Om arbetslösheten är speciellt låg för en yrkesgrupp med en viss kompetens blir arbetstagare med den kompetensen mer eftertraktade, vilket driver upp lönerna.

I AD 1991 nr 62 *journalistmålet* hade två nyhetsreportrar av olika kön anställts. Kvinnan anställdes före en lönerevision och eftersom nyanställda inte räknades in i lönerevisionen det år de anställts fick hon ingen löneförhöjning det året. En tid efter lönerevisionen samma år anställdes mannen och fick en lön som var högre än kvinnans lön. Det framkom även att han förhandlat hårt. Det var inte tillräckligt för att bryta en presumtion om könsdiskriminering enbart

¹¹⁴ AD 2001 nr 76.

genom att hänvisa till att en arbetstagare begärt en hög lön, men i det här fallet har det accepterats som en bidragande faktor till den högre lönen. Arbetsgivaren ansåg att han var den betydligt bästa av alla sökande. Enligt domstolen hade löneförhandlingen genomförts på ett korrekt sätt och den slutliga lönen hade inte något samband med kön. De ansåg också att löneskillnaden var ringa med tanke på att lönerrevisionen det året inte påverkat kvinnans lön som förhandlats fram tidigare medan mannens lön bestämts utifrån det nya löneläget efter lönerrevisionen. Båda lönerna var enligt domstolen rimliga, normala löner sett till dagens löneläge vid de tillfällen som de förhandlats fram. Vid en senare lönerrevision som påverkade båda arbetstagarnas löner höjdes kvinnans lön till en nivå som var lite högre än mannens.¹¹⁵ I det här fallet bidrog lönerrevisionens effekt till att arbetsgivaren lyckades bryta presumptionen om könsdiskriminering.

I AD 2001 nr 51 *socionommålet* anställdes de två männen mellan två lönerrevisionstillfällen.¹¹⁶ Detta innebar att de inte skulle få en lönehöjning i den närmaste lönerrevisionen. Länsstyrelsen presumerade då vilken lönenivån skulle vara vid revisionstidpunkten och satte deras löner därefter. De redan anställda kvinnornas löner skulle revideras vid detta tillfälle och var innan dess bestämda vid det förra tillfället.¹¹⁷ En del av löneskillnaden i det här målet berodde således på att arbetsgivaren presumerat en framtida normal lönenivå. Eftersom att domstolen bedömde löneskillnaderna som sakliga och objektiva i målet visar detta att även ett sådant tillvägagångssätt är godtagbart. Enligt Fransson och Stüber framgår det ur dessa rättsfall att Arbetsdomstolen ger arbetsgivare lång tid att genomföra lönekorrigeringar. De menar vidare att det är osäkert om målen idag skulle få samma utgång pga. de strängare bevisreglerna.¹¹⁸ I AD 2001 nr 76 *nattsköterskemålet* framgick hur marknadens värdering av en eftertraktad kompetens påverkades under bristförhållanden.¹¹⁹ Under den aktuella perioden var personalomsättningen relativt hög på den medicintekniska avdelningen. Det var samtidigt en låg arbetslöshet generellt för medicintekniska ingenjörer. En inte obetydlig del av de som lämnat sjukhuset hade sedan dess sökt sig till den privata sektorn. Detta visade att behov funnits att anpassa lönesättningen av ingenjörerna för att säkerställa att arbetsgivaren behöll tillräcklig kompetens på sjukhuset samt

¹¹⁵ AD 1991 nr 62.

¹¹⁶ Se avsnitt 4.2.1 Kompetens.

¹¹⁷ AD 2001 nr 51.

¹¹⁸ Fransson & Stüber (2010) s.205.

¹¹⁹ Se avsnitt 4.2.2 Offentlig och privat sektor.

att arbetsgivaren kunde rekrytera kompetent personal vid behov. Det framkom även att sjukhuset behövt ”köpa kvar” ingenjörer. Bl.a. hade den aktuella ingenjören köpts kvar vid ett tillfälle genom att arbetsgivaren höjt hans månadslönlön med 2-3000kr.¹²⁰

5.0 Analys

5.1 Individuell och strukturell lönediskriminering

Rättsreglerna kring individuell diskriminering är omfattande. Det står tydligt beskrivet i lagtext och praxis vad som anses vara diskriminering och vad som kan förväntas i fall av både direkt och indirekt diskriminering. Strukturell diskriminering är en betydligt mer abstrakt diskrimineringsform. Den omfattas inte av diskrimineringslagen och det finns därför inte heller någon praxis som specifikt rör strukturell diskriminering. En viktig skillnad mellan dessa diskrimineringsformer är således att den individuella diskrimineringen går att ta upp i domstol medan den strukturella inte gör det. Vidare handlar den individuella diskrimineringen om individer medan den strukturella diskrimineringen handlar om grupper.

För att individuell diskriminering ska kunna förekomma krävs att en person missgynnas i förhållande till någon annan i jämförbar ställning som denne, samt att det beror på någon av de olika diskrimineringsgrunderna som beskrivs i lagtexten. Det krävs också att någon utsätter individen för detta missgynnande. Vad gäller strukturell diskriminering finns ingen specifik individ som har diskriminerat någon. Istället beror den strukturella diskrimineringen på hur samhället är uppbyggt och på vad som i samhället uppfattas som ”normalt”, vilket också kan missgynna olika grupper i samhället.

5.2 Att göra lönediskriminering sannolikt

För att en arbetstagare ska kunna göra lönediskriminering sannolikt krävs både vid direkt och indirekt diskriminering att samtliga rekvisit är uppfyllda. Något som skiljer indirekt diskriminering från direkt diskriminering är att käranden med statistiskt material måste visa att det varit betydligt fler arbetstagare av det ena könet än det andra som missgynnats. Om käranden

¹²⁰ AD 2001 nr 76.

misslyckas med detta faller lönediskrimineringen. Vad gäller kändens bevisbörda angående lönediskriminering har begreppen lika och likvärdigt arbete visat sig vara i centrum. Om arbetstagersidan inte lyckas bevisa att två arbeten är lika eller likvärdiga uppfylls inte rekvisiten och lönediskrimineringen faller. Det finns inte mycket vägledande praxis att tillgå vad gäller bedömningen av om två arbeten är att betrakta som lika. Frågan har endast behandlats ett fåtal gånger av EU-domstolen. I 129/79 *Macarthy's LTD* konstaterades att arbetstagarerna inte nödvändigtvis måste arbeta hos arbetsgivaren samtidigt för att vara i en jämförbar situation. Uttalandet stärkte arbetstagarernas chanser att i framtiden visa att två arbeten är att betrakta som lika. I ett senare mål, 309/97 *Wiener Gebietskrankenkasse*, försvagades chanserna åter när domstolen uttalade sig om arbetstagarernas utbildningsbakgrund. De meddelade att identiskt arbete utfört av arbetstagarer med olika yrkesutbildningar som gav olika kunskaper inte kan anses vara lika. I Sverige har endast ett mål, AD 1984 nr 140 *blanketteknikermålet*, gällande en tvist om lika arbete avgjorts. I målet kunde skillnader i arbetsuppgifterna som ofta är lönegrundande konstateras av domstolen vilket avgjorde att arbetena inte var att betrakta som lika.

Det har i AD 1995 nr 158 *kumlamålet* visats vara möjligt att se två snarlika arbeten som likvärdiga när de fyra kategorierna används. Emellertid visar AD 1996 nr 79 *karlskogamålet* att det är viktigt att arbetsbeskrivningarna tillkommer på samma sätt för att arbetsvärderingen ska vara tillförlitlig och kunna användas. Det har också visats i samma mål att alla fyra kriterierna måste bedömas i sin helhet vid jämförelsen vilket kan vara till kändens fördel när två arbeten ska jämföras. Detta då det exempelvis inte räcker att bara ett av kriterierna ger sken av att arbetena är olika. Även två helt olika arbeten har jämförts. I AD 1996 nr 41 *barnmorskemålet I* lyckades arbetstagersidan inte bevisa att det var likvärdiga arbeten pga. att arbetsvärderingen var bristfällig. Detta visar således att det är svårt för känden att påvisa att två olika arbeten är likvärdiga. För att känden ska kunna göra det antagligt att lönediskriminering föreligger krävs att en noggrann värdering görs. Konsekvensen blir att det är besvärligt för arbetstagersidan att visa att det föreligger lönediskriminering vid två artschilda arbeten. Däremot avgjorde domstolen i AD 2001 nr 13 *barnmorskemålet II* att två olika arbeten var likvärdiga efter att de utfört en objektiv arbetsvärdering. Domslutet i det målet visar att det med en noggrant utförd och objektiv arbetsvärdering går att bestämma två helt olika arbeten till lika värde.

5.3 Att motbevisa lönediskriminering

När lönediskriminering har gjorts antaglig måste arbetsgivaren bevisa att diskriminering inte förekommit. Ett effektivt sätt att göra det på är att hänvisa till marknaden som påverkande faktor vid lönesättningen. I flera mål har Arbetsdomstolen godkänt att arbetsgivaren premierat en viss kompetens genom att låta denna ligga till grund för en högre lön. Orsaken till att kompetensen lett till en högre lön har varierat, men gemensamt för de olika målen är att lönenivån påverkats av vad marknaden värderat kompetensen till. Att betala olika lön för lika eller likvärdigt arbete tillåts med stöd i både Arbetsdomstolens och EU-domstolens praxis då arbetsgivaren kan visa att det funnits objektivt godtagbara skäl för löneskillnaden. I C-127/92 *Enderby* fastslogs att marknaden kan utgöra ett sådant skäl om den nationella domstolen bedömer att marknadssituationen haft tillräckligt stor betydelse för lönesättningen. Arbetsdomstolen har flera gånger ställts inför sådana bedömningar. Utifrån dessa domar kan det bl.a. konstateras att kompetensen måste motsvara ett verkligt behov hos arbetsgivaren. Om arbetsgivaren kan visa att de förväntat sig en betydande nytta eller en förbättring av verksamheten i och med tillförseln av kompetensen har den hittills i de flesta fallen bedömts motsvara ett verkligt behov. Det har också godkänts att en arbetsgivare i landstingssektorn har anpassat sig efter löneläget i den kommunala sektorn när de önskade locka till sig arbetstagare med erfarenhet från kommunalt arbete. Arbetsdomstolen har emellertid inte alltid godtagit en önskad kompetens som ett verkligt behov hos arbetsgivaren. När en arbetsgivare eftersökt någon "driven och bestämd" person med "hårda nypor" och för detta betalat en högre lön har domstolen underkänt dessa kvalifikationer som nödvändiga.

Arbetsdomstolens praxis visar att arbetsgivaren kan bestämma löner efter den alternativa arbetsmarknaden som finns i den privata sektorn. I AD 2001 nr 13 *barnmorskemålet II* och AD 2001 nr 76 *nattsköterskemålet* kunde arbetsgivaren motivera en löneskillnad genom att hänvisa till den normala lönen på den privata arbetsmarknaden, genom att ingenjörerna kunnat tjäna en hög lön på den alternativa marknaden. En alternativ marknad har således betydelse vid motbevisningen. Genom att arbetsgivaren hävdar detta argument räcker det för att motivera en löneskillnad och därmed visa att löneskillnaden saknat samband med diskrimineringsgrunden kön.

Löneskillnader har i flera mål delvis förklarats av vid vilken tidpunkt arbetstagarna anställts. Anställningstidpunkten har påverkat lönesättningen på olika sätt i dessa mål. Gemensamt för dem är att lönesättningen har byggts på vad som har ansetts vara en normal lönenivå sett till arbetsmarknaden eller arbetsplatsen. I AD 1991 nr 62 *journalistmålet* förklarade den årliga lönerevisionen en del av löneskillnaden då den normala lönenivån på arbetsplatsen generellt blivit högre i och med att revisionen genomförts. Då båda arbetstagarnas löner bestämts till belopp vilka varit i linje med den normala lönenivån vid respektive anställningstillfälle kunde löneskillnaden inte anses vara diskriminerande. Resten av skillnaden i det här fallet förklarades av den manliga nyhetsreporterens förmåga att förhandla om lönen. Det är inte en godtagbar anledning till en löneskillnad om det är den enda anledningen, men som en bidragande orsak godkänns detta argument. Även i ett senare mål, AD 2001 nr 51 *socionommålet*, har en lönerevision godtagits som förklaring till en del av en löneskillnad. I det här fallet hade skillnaden emellertid uppstått på ett annat sätt. Trots att lönerevisionen ännu inte hade inträffat vid anställningstidpunkten godtog domstolen att arbetsgivaren presumerat vad den normala lönenivån skulle komma att vara efter att revisionen genomförts och bestämt lönerna efter denna presumtion.

Lönesättningen kan också påverkas av hur arbetsmarknaden ser ut vid tidpunkten för nyanställningen. Det kan råda brist på specifika kompetenser på arbetsmarknaden vilket leder till att arbetsgivaren, i linje med EU-domstolens uttalande i *Enderby*-målet, tvingas höja lönerna till motsvarande befattningar för att locka till sig arbets sökande med den kompetens verksamheten behöver. Råder en sådan brist vid tidpunkten för anställningen kan även detta därför förklara en högre lön, vilket var fallet i AD 2001 nr 76 *nattsköterskemålet*. Även den omständigheten att arbetsgivaren höjt ingenjörens lön kraftigt vid ett tidigare tillfälle för att på så sätt "köpa kvar" honom tilläts förklara löneskillnaden av samma anledning.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att marknadsargumentet är ett vitt begrepp motsvarande allt som kan förknippas med arbetsmarknaden vilket innebär att det kan förklara orsaken till många löneskillnader. Argumentet har också i de allra flesta målen godkänts av Arbetsdomstolen som objektivt godtagbara skäl för löneskillnaden vilket visar att argumentet är starkt för arbetsgivarparten.

5.4 Arbetsdomstolen och marknadsargumentet

För att avgöra vilket utrymme som finns i Arbetsdomstolen för att genom praxis hantera marknadsargumentet måste det först konstateras vilka riktlinjer de har och hur dessa kan tolkas. Därefter måste en jämförelse göras med hur domstolen tolkat riktlinjerna och resonerat i sin praxis. EU-domstolen har klargjort i *Enderby*-målet att marknadssituationen kan utgöra objektiva godtagbara skäl för löneskillnader och att det ankommer på den nationella domstolen att avgöra om situationen på marknaden haft en så pass stor betydelse att den berättigar löneskillnaden. De uttalade även att den nationella domstolen ska bedöma de faktiska omständigheterna i varje enskilt fall. Vilka krav som ska ställas på bedömningen av marknadssituationen är oklart och det tycks vara upp till varje nationell domstol att avgöra hur pass grundlig den bör vara. I Storbritannien har man exempelvis tagit bedömningen av marknadssituationen på stort allvar och bett arbetsgivaren om förtydligande bevis i de fall som arbetsgivaren angett marknadskrafterna som förklaring till en löneskillnad.

Arbetsdomstolens praxis visar att de valt att ställa mindre omfattande krav på marknadsanalysen i jämförelse med de brittiska domstolarna. I AD 1997 nr 68 *mjölbymålet* räckte det med att en man innehade en önskad datorkompetens vilken skulle leda till en förbättring i kommunens verksamhet för att marknadsargumentet skulle godkännas. Ingen utredning gjordes för att undersöka om det fanns fler med jämförlig kompetens som var intresserade av tjänsten. Således godkände Arbetsdomstolen målet utan en närmare utredning av marknadsläget. Även i AD 2001 nr 13 *barnmorskemålet II* och AD 2001 nr 76 *nattsköterskemålet* godkände domstolen marknadsargumentet utan att en ordentlig undersökning av marknaden gjorts. Den privata sektorn var en stor bidragande faktor till att argumentet godkändes. Ingenjörerna hade i båda fallen kunnat tjäna en högre lön hos en annan arbetsgivare. Arbetsdomstolen jämförde respektive yrkesgrupp i dessa fall med vad de hade kunnat tjäna hos en annan arbetsgivare. De konstaterade därefter att lönenivåerna var "normala" i förhållande till arbetsmarknaden utan att närmare undersöka vad skillnaden i lönenivåerna berodde på. En slutsats som går att dra av domsluten är att när en lönenivå framstår som "normal" ser domstolen den som nödvändig för att arbetsgivaren ska kunna anställa personal med rätt kompetens. De kräver därför ingen närmare bevisning av huruvida en arbetsgivare är tvungen att betala en viss lön för att behålla kompetent

personal. Arbetsdomstolen resonerade delvis på ett liknande sätt i AD 2001 nr 51 *socionommålet*, där marknaden angavs som anledning till att de manliga socialkonsulenter fick en högre lön. Deras senaste anställningar var i kommunen där lönerna generellt är högre än i landstinget. Kvinnan med likvärdig kommunal erfarenhet fick inte sin lön bestämd på samma sätt då hennes senaste anställning var ett vikariat i landstinget. Domstolen godkände här i linje med målen som rörde ingenjörernas löner att marknadsargumentet förklarade männens högre löner, men samtidigt ifrågasatte de inte att man inte tänkt likadant vad gällde kvinnans lön. I det senaste lönediskrimineringsmålet godtog domstolen en tre dagar lång utbildning som skäl till en oproportionerligt hög lön, utan att ifrågasätta om det istället exempelvis varit möjligt att vidareutbilda befintlig personal för att tillgodogöra sig kompetensen. Arbetsgivaren hade angivit kompetensen som utbildningen medfört som unik bland de 90 personer som sökt tjänsten. Domstolen godkände även här arbetsgivarens argument utan att en ordentlig marknadsanalys gjorts.

Det framgår tydligt att Arbetsdomstolen inte ställer höga krav på arbetsgivarens bevisning. De brittiska domstolarnas tolkning av EU-domstolens praxis visar att det är möjligt att ställa högre beviskrav än vad Arbetsdomstolen gör när arbetsgivaren hävdar marknaden som orsak till en löneskillnad. Stöd för detta finns även i recast-direktivet 2006/54, där det nämns att medlemsstaterna inte är förhindrade att införa bevisregler som är mer fördelaktiga för käranden i ett diskrimineringsmål. Det kan slutligen konstateras att ett utrymme finns för strängare beviskrav även i Sverige när marknadsargumentet framförs, utan att domstolen på något sätt frångår EU-rätten.

6.0 Avslutande ord

6.1 Slutsats

Den individuella diskrimineringen tar sikte på individfallet medan den strukturella diskrimineringen istället utgörs av normer i samhället som missgynnar vissa grupper. Den viktigaste skillnaden mellan dessa är att den individuella diskrimineringen omfattas av lagen medan den strukturella diskrimineringen inte gör det. Vad gäller den individuella diskrimineringen krävs av arbetstagaren för att kunna göra diskriminering antaglig att samtliga

rekvisit är uppfyllda. Den största svårigheten i detta är att visa att arbetstagaren är i en jämförbar situation vilket görs genom att kändande bevisar att arbetena som jämförs är lika eller likvärdiga. För att visa att två arbeten är av lika värde kräver Arbetsdomstolen att en noggrann arbetsvärdering utförts. Det ställs således stora krav på arbetstagarens bevisning i fall av lönediskriminering pga. kön.

I kontrast mot de höga beviskrav som domstolen ställer på arbetstagarens arbetsvärdering ställs låga krav på en redogörelse för marknadssituationen då den används som förklaring till en löneskillnad. Marknadsargumentet är ett vitt begrepp som kan innefatta förklaringar till många löneskillnader. Det kan exempelvis konstateras att arbetsgivaren har stor frihet att betala en högre lön för att i verksamheten tillgodogöra sig en önskad kompetens. Om det går att visa att kompetensen motsvarar ett verkligt behov hos arbetsgivaren räknas den troligtvis som ett objektivt godtagbart skäl. Subjektiva och otydliga kvalifikationer som exempelvis "hårda nypor" är svåra att motivera som ett verkligt behov. Även en sådan omständighet som att arbetstagaren haft möjlighet att tjäna en högre lön på en alternativ arbetsmarknad har haft stor betydelse vid motbevisningen. Tidpunkten för anställningen har också godtagits som delförklaring till flertalet löneskillnader. Argumentet har visats vara starkt då Arbetsdomstolen ofta har godkänt det som objektivt godtagbart.

Enligt EU-domstolen ankommer det på den nationella domstolen att avgöra om marknaden har en så pass stor betydelse vid lönesättningen att den kan förklara löneskillnaden i fall av lönediskriminering. Det framgår inte av EU-domstolens praxis hur omfattande en sådan marknadsanalys bör vara, men det har i flera mål framkommit att Arbetsdomstolen inte ställt höga krav på någon bevisning från arbetsgivaren av hur marknadssituationen sett ut. Brittiska domstolars praxis visar att de har kunnat ställa högre krav på bevisning när en arbetsgivare anger marknaden som förklaring till en löneskillnad. Detta visar att det i Arbetsdomstolens praxis finns utrymme att ställa högre beviskrav från arbetsgivaren även här i Sverige.

6.2 Diskussion

Det finns ingen specifik individ som missgynnar i fall av strukturell diskriminering. Eftersom det inte kan finnas någon som kan svara på kändens talan om sådan skulle gå att väcka i fall av diskriminering på strukturell nivå är den ett svåråtkomligt fenomen. Det är tydligt att diskriminering förekommer, men svårt att föreställa sig hur den skulle gå att lagstifta om. Den strukturella diskrimineringen är kopplad till marknaden då denna form av diskriminering föds ur lönebildningen på arbetsmarknaden där anställda i kvinnodominerade yrken generellt sett tjänar lägre löner och dessa lönenivåer anses vara normala för respektive yrke. Att inte ifrågasätta vad de olika lönenivåerna på arbetsmarknaden beror på är att blunda för den strukturella diskrimineringen och acceptera marknaden som könsneutral.

Arbetsdomstolen ställer höga beviskrav på arbetstagarens arbetsvärdering när denne försöker göra antagligt att diskriminering förekommit, men motsvarande höga krav på arbetsgivaren när diskrimineringen ska motbevisas ställs inte. Beviskravet på arbetsvärderingar som jämför två olikartade arbeten är så pass högt att det, i de fall arbetena bedöms vara likvärdiga, kanske borde kräva motsvarande utförlig motbevisning. Idag ställs förvånansvärt låga krav på bevisning från arbetsgivaren vad gäller marknadssituationen vid tidpunkten för nyanställningen vilket kan innebära att domstolen dömer utifrån bristfällig information. Hade domstolen krävt att arbetsgivaren redogör för relevanta detaljer om marknadssituationen, likt brittiska domstolar gör och varför den förklarar löneskillnaden hade de för det första haft en tydligare bild att utgå ifrån då bedömningen av marknadens relevans ska göras. För det andra hade de utmanat marknadsargumentet och gjort det svårare att använda. Idag kan arbetsgivaren i princip hävda att lönerna beror på marknadens värdering av arbetet och sedan gå helt fri från ytterligare bevisbörda. Att marknaden då kanske felaktigt har använts som ett könsneutralt argument för att bortförklara en diskriminerande skillnad i löner förblir outrett och kändens i målet får ta hela konsekvensen av detta då den strukturella diskrimineringen rättfärdigas. Genom att begränsa användandet av marknadsargumentet begränsas även den strukturella diskrimineringen.

En löneskillnad kan bero på många saker och behöver inte alltid vara diskriminerande, men om den endast beror på vad som generellt anses vara normala löner på arbetsmarknaden är det troligt

att den är det. Om två arbeten konstaterats vara likvärdiga bör det även innebära att de tillför lika stor nytta till verksamheten. Lönerna bör kanske i dessa fall kunna jämföras genom att ställa dem i relation till vad de tillför verksamheten. Lika nytta bör rimligtvis generera lika ersättning från samma arbetsgivare. Jämförelsen av ersättningen för två likvärdiga arbeten har inte gått till på det sättet i Arbetsdomstolen. Domstolen har istället valt att jämföra vardera yrke eller befattning med vad som är normalt förekommande ersättning för respektive arbete på arbetsmarknaden vilket också innebär att de godkännt den strukturella diskrimineringen.

7.0 Bibliografi

Offentligt tryck

EU

Direktiv 75/117/EEG ”om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män”

Direktiv 97/80/EG ”om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering”

Direktiv 2006/54/EG ”om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning)”

Sverige

SOU 2005:56 ”Det blågula glashuset - strukturell diskriminering i Sverige”

Prop. 1978/79:175 ”med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, m.m.”

Prop. 1990/91:113 ”om en ny jämställdhetslag, m.m.”

Prop. 1993/94:147 ”Jämställdhetspolitiken: Delad makt - delat ansvar”

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

Medlingsinstitutet. (2015). *Löneskillnaden mellan kvinnor och män 2015- Vad säger den officiella lönestatistiken*. Finns tillgänglig på < http://www.mi.se/files/PDF-er/att_bestalla/loneskilnader/skillnaden15.pdf >, besökt 2016-11-29 s.16.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

C-129/79 *Macharthys Ltd. mot Wendy Smith*, EU:C:1980:103.

C-96/80 *J.P Jenkins mot Kingsgate Ltd.*, EU:C:1981:80.

C-170/84 *Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz*, EU:C:1986:204.

C-157/86 *Mary Murphy m.fl. Mot An Bord Telecom Eireann*, EU:C:1988:62.

C-109/88 *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsgiverforening som för Danfoss talan*, EU:C:1989:383.

C-127/92 *Dr Pamela Mary Enderby mot Frenchay Health Authority, Secretary of State for Health.*, EU:C:1993:859.

C-399/92 *Angelika Helmig mot Schmidt*, EU:C:1994:415.

C-400/93 *Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri som för Royal Copenhagen A/S:s talan*, EU:C:1995:155.

C-281/97 *Andrea Krüger mot kreiskrankenhaus Ebersberg*, EU:C:1999:396.

C-309/97 *Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse*, EU:C:1999:241.

Arbetsdomstolen

AD 1984 nr 140

AD 1991 nr 62

AD 1995 nr 158

AD 1996 nr 41

AD 1996 nr 79

AD 1997 nr 68

AD 2001 nr 13

AD 2001 nr 51

AD 2001 nr 76

AD 2005 nr 87

AD 2013 nr 64

Litteratur

Fransson, S. (2000). *Lönediskriminering*. Uppsala: Iustus Förlag AB.

Fransson, S., Norberg, P. (2007). *Att lagstifta om diskriminering*. Stockholm: SNS Förlag.

Fransson, S., Stüber, E. (2010). *Diskrimineringslagen En kommentar*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.

Fransson, S., Stüber, E. (2014). Lönediskriminering i ett system med normlösa avtal och individuell lönesättning, i A. H. Persson, L. Rydberg-Welander (Red.), *Festskrift till Catharina Calleman - I rättens utkanter*. (s. 113-132) Uppsala: Iustus förlag AB.

Hydén, H., Hydén, T. (2011). *Rättsregler*. Lund: Studentlitteratur AB.

Lehrberg, B. (2016). *Praktisk juridisk metod*. Uppsala: Iusté Aktiebolag AB.

Kleinman, J. (2013). Rättsdogmatisk metod, i F. Korling., M. Zamboni (Red.), *Juridisk metodlära* (s.21-45). Lund: Studentlitteratur AB.

Lundström, K. (1999). *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten - En feministisk analys*. Uppsala: Iustus Förlag AB.

Lundström, K. (2000). Indirekt könsdiskriminering i EG-domstolens tappning, i A. Numhauser-Henning (Red.), *Perspektiv på likabehandling och diskriminering* (s.91-109). Lund: Juristförlaget i Lund.

Norberg, P. (2007). *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten- om hur olika marknadsbegrepp påverkar rättstillämpningen i lönediskrimineringsmål*. Uppsala: Iustus Förlag AB.

Nyström, B. (2011). *EU och arbetsrätten*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.

Reichel, J. (2013). EU-rättslig metod, i F. Korling., M. Zamboni (Red.), *Juridisk metodlära* (109-140). Lund: Studentlitteratur AB.

Samuelsson, J., Melander, J. (2012). *Tolkning och tillämpning*. Uppsala:Iustus Förlag AB

Svenaesus, L. (2007). Marknaden – könsneutral prislapp på arbetskraft eller kvitto på etablerad lönediskriminering?, i S. Fransson (Red.), *Marknaden - Saklig grund för lönesättning?* (s.107-117) Stockholm: Norstedts Juridik AB.

Internetkällor

Statistiska centralbyrån: “Anställda 20–64 år efter sektor och anknytningsgrad till arbetsmarknaden 2015”, <<http://www.scb.se/sv/Hitta-statistik/Temaomraden/Jamstalldhet1/Indikatorer/Ekonomisk-jamstalldhet/Tillgang-till-arbete/Anstallda-2064-ar-efter-sektor-och-anknytningsgrad-till-arbetsmarknaden-2015/>>, besökt 2016-12-08.