



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Helena Lagstrand

Skydd för lön under graviditet och föräldraledighet

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare
Jur. Dr. Per Norberg

Arbetsrätt
Vårterminen 2009

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
ABSTRACT	2
FÖRORD	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och frågeställning	5
1.2 Metod och material	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Disposition	6
2 JÄMSTÄLLDHET I ARBETSLIVET – UTVECKLINGEN INOM EU	7
2.1 Åren 1957 – 1974	7
2.1.1 Artikel 119 EEG – lika lön	8
2.2 Åren 1975 – 1991	8
2.2.1 Likalönsdirektivet 75/117/EEG	9
2.2.2 Likabehandlingsdirektivet 76/207/EEG	10
2.2.3 Artikel 119 får direkt effekt	10
2.2.4 Dekker	11
2.3 Åren 1992 – 2001	12
2.3.1 Mödrasskyddsdirektivet 92/85/EEG	13
2.3.2 Föräldraledighetsdirektivet 96/34/EG	14
2.3.3 Artikel 141 EG	16
2.4 Utvecklingen från år 2002 och framåt	16
2.4.1 Ändringar i likabehandlingsdirektivet	17
2.4.2 Ett nytt utökat likabehandlingsdirektiv	18
2.4.2.1 Reglerna om ledighet för föräldrar	19
2.4.2.2 Lönebegreppet	20
2.4.2.3 Lika arbete eller likvärdigt arbete	20
2.4.3 Förslag om ändringar i mödrasskydds-direktivet	21
2.4.3.1 Förlängd mammaledighet	21
2.4.3.2 Ändringar av ersättningsreglerna och övriga villkor	22
2.4.3.3 Bevis, repressalier och påföljd	22
3 MÅL FRÅN EG-DOMSTOLEN OM LÖN	24
3.1 Gillespie	24

3.1.1	Doktrinen om Gillespie	25
3.1.2	Analys om diskriminering	26
3.1.3	Analys om minsta skydd	27
3.2	Boyle – avtalsvillkor om ytterligare ersättning utöver den lagstadgade	28
3.2.1	Doktrinen om Boyle	30
3.2.2	Analys om diskriminering	31
3.2.3	Analys om minsta skydd	31
3.3	Boyle – rätten till pension	32
3.3.1	Analys om minsta skydd	33
3.4	Høj Pedersen	33
3.4.1	Doktrinen om Høj Pedersen	35
3.4.2	Analys om diskriminering	35
3.4.3	Analys om minsta skydd	37
3.5	Lewen	37
3.5.1	Analys om diskriminering	39
3.6	Alabaster	40
3.6.1	Analys om diskriminering och minsta skydd	40
3.7	Österreichischer Gewerkschaftsbund	41
3.7.1	Analys om diskriminering	42
3.8	North Western Health Board	42
3.8.1	Analys om diskriminering	43
3.8.2	Analys om minsta skydd	43
4	SVENSK NATIONELL RÄTT	44
4.1	Föräldraledighetslagen och diskrimineringsrätten	44
4.1.1	När är en behandling missgynnande?	45
4.1.1.1	Missgynnande i fråga om löne- och andra anställningsvillkor	46
4.1.2	Undantag från missgynnandeförbudet	46
4.1.2.1	Undantag för löne- och andra anställningsvillkor	47
4.1.3	Bevisfrågan	47
4.2	Havandeskapspenning eller sjukpenning?	48
4.3	AD 2009 nr 13	50
4.3.1	Käromålet	50
4.3.2	Svaromålet	50
4.3.3	Domstolens bedömning	51
4.3.3.1	Bedömningen enligt nationell rätt	51
4.3.3.2	EG-rättens betydelse i frågan	52
4.4	AD 2009 nr 15 – frågan om pensionspremier	53
4.4.1	Käromålet	53
4.4.2	Svaromålet	54
4.4.3	Domstolens bedömning	56

4.5	AD 2009 nr 15 – frågan om löneutfyllnad	56
4.5.1	Käromålet	57
4.5.2	Svaromålet	58
4.5.3	Domstolens bedömning	58
5	ANALYS	60
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	64
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	65

Sammanfattning

I början av det här året kom två mål om lön från Arbetsdomstolen. Frågan om missgynnande behandling avseende lön av föräldralediga anställda behandlades i båda fallen och i det ena målet var det även fråga om huruvida arbetsgivaren könsdiskriminerat en gravid anställd som uppbar havandeskapspenning. Det är mot bakgrund av Arbetsdomstolens bedömningar i dessa mål som jag har undersökt EG-rättens regler om löneskydd för gravida och föräldralediga arbetstagare. Genom min granskning har jag funnit att det EG-rättsliga löneskyddet för mammalediga arbetstagare är genomgående starkt medan det är betydligt svagare för föräldralediga arbetstagare. Inom svensk lagstiftning är mammaledighet en form av föräldraledighet och samma regler om förbud mot missgynnande behandling gäller för all föräldraledighet. Den nationella rätten ska tolkas i ljuset av EG-rätten och mammalediga arbetstagare ska i Sverige erhålla minst det skydd som de har enligt gemenskapsrätten. Enligt min mening innebär Arbetsdomstolens bedömningar i AD 2009 nr 13 och AD 2009 nr 15 angående löneskyddet för föräldralediga (inkl. mammalediga) arbetstagare att svensk nationell rätt i detta avseende inte överensstämmer med EG-rätten och jag anser att Arbetsdomstolen borde ha begärt in ett förhandsavgörande från EG-domstolen.

Reglerna om havandeskapspenning i svensk nationell rätt har ingen direkt motsvarighet inom EG-rätten. EG-domstolen har uttalat att gravida arbetstagare som är frånvarande från arbetet på grund av graviditetsrelaterad sjukdom inte får behandlas sämre än arbetstagare som är frånvarande från arbetet på grund av annan sjukdom. Arbetsdomstolen gjorde i AD 2009 nr 15 bedömningen att arbetstagare som uppbar havandeskapspenning inte kan anses vara i en situation som är likvärdig situationen för en arbetstagare som är sjukskriven och att omständigheterna för erhållande av havandeskapspenning inte kan liknas dem vid graviditetsrelaterad sjukdom. För nationella domstolar i sista instans finns en skyldighet att begära förhandsavgörande om det för målets avgörande krävs en tolkning av EG-rätten. Det finns dock möjlighet att avstå från förhandsavgöranden. Sista instansen måste då vara säker på att EG-domstolen och alla andra gemenskapsländers domstolar skulle komma fram till samma bedömning.¹ Det är enligt min åsikt inte säkert att EG-domstolen skulle göra samma bedömning som Arbetsdomstolen varför jag anser att Arbetsdomstolen även i denna fråga borde ha begärt ett förhandsavgörande från EG-domstolen.

Det är i nuläget tveksamt om reglerna i svensk nationell rätt för gravida arbetstagare och för föräldralediga arbetstagare överensstämmer med EG-rätten, i synnerhet med tanke på Arbetsdomstolens tolkning av rättsläget i början av året.

¹ Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 3:e upplagan, Stockholm 2002, s. 48.

Abstract

At the beginning of this year, two cases concerning pay were decided by the Labour Court of Sweden (Arbetsdomstolen). The question of disadvantageous treatment of employees on parental leave regarding pay was dealt with in both cases and in one case there was also a matter of whether the employer had sex discriminated a pregnant worker who was receiving pregnancy benefit (havandeskapspenning). In the light of these cases, I have examined EC (European Community) rules and regulations on the protection of pay for pregnant workers and workers on parental leave. Through my examination I have found that the EC's protection of pay for employees on mothers leave is consistently strong while it is considerably weaker for on parental leave workers. In the Swedish legislation, maternity leave is a form of parental leave and the same rules on the prohibition of disadvantageous treatment applies to all parental leave. The national law is to be interpreted in the light of Community law and on maternity leave workers shall, in Sweden receive at least the protection they are entitled to according to Community law. The assessments of the Labour Court in cases AD 2009 nr 13 and AD 2009 nr 15 concerning the protection of pay for on parental leave workers (including on maternity leave workers) signifies in my opinion that Swedish national law does not comply with Community law and it is my view that the Labour Court should have referred to the European Court of Justice (ECJ)² and asked it for a preliminary ruling.

There is no exact equivalence in Community law to the rules in Swedish national law on pregnancy benefit. The benefit requires a combination of medical problems related to the pregnancy and an absence of a possibility for the employer to relocate the worker to tasks that can be carried out despite of the medical problem. The ECJ has pronounced that pregnant employees who are unfit for work on the grounds of pregnancy-related illness may not be treated less favourable than any worker who is unfit to work on the grounds of illness. In case AD 2009 nr 15, the Labour Court judged that a worker who receives pregnancy benefit is not in a situation comparable to the situation of a worker on sick leave and that the conditions for obtaining pregnancy allowance can not be compared to those concerning pregnancy-related sickness. National courts of last instance are obliged to ask for a preliminary ruling if an interpretation of Community law is needed for the settlement of a case. There is however a possibility to refrain from a preliminary ruling. The court of last order must then be certain that the ECJ and all the other Member State courts would come to the same conclusions.³ It is to my thinking not certain that the ECJ would make the same assessments as the Labour Court and thus it is my opinion that the Labour Court should have asked for a preliminary ruling in this matter as well.

In the present situation it is doubtful whether the rules in Swedish national law for pregnant workers and for on parental leave workers complies with

² Officially the Court of Justice of the European Communities.

³ Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 3:e upplagan, Stockholm 2002, s. 48.

Community law, especially in view of the interpretation of the legal situation made by the Labour Court at the beginning of this year.

Förord

Jag vill börja med att tacka dig Jur. Dr. Per Norberg för ditt engagemang och för den uppmuntran som du givit mig. Du är en klarsynt och varm människa som fick mig att tro på min förmåga att skriva klart mitt examensarbete. Jag kan inte tacka dig nog Pelle!

Professor Ann Numhauser-Henning, tack för ditt stöd och för att du gjorde mig uppmärksam på ett intressant område att skriva om.

Jag vill tacka mina nära och kära som funnits för mig när det känts ensamt att sitta framför datorn.

Slutligen vill jag tacka mig själv för att jag kom ihåg varför jag valde att läsa juridik och inte en dag för tidigt skrev klart mitt examensarbete.

1 Inledning

1.1 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att mot bakgrund av två mål som avgjordes i Arbetsdomstolen i år undersöka och redovisa för det EG-rättsliga löneskyddet för gravida, mammalediga och föräldralediga arbetstagare och jämföra det med det skydd som ges enligt svensk nationell rätt. Detta för att se om det finns skillnader i det skydd som erhålls genom EG-rätten och genom svensk nationell rätt. EG-rättens direktiv ska implementeras i svensk nationell rätt och de svenska reglerna får inte ge sämre förutsättningar för de berörda grupperna än vad som ges i de minimiregler som gäller genom EG-rätten. Frågan är om svensk nationell rätt uppfyller dessa krav.

Jämställdhet mellan kvinnor och män är nu ett av de områden inom arbetsrätten som är mest utvecklade på gemenskapsnivå.⁴ Ett underliggande syfte är även att undersöka om och i så fall på vilket sätt EG-rättens regler främjar jämställdhet, vilket är ett av de mål som ställts upp inom EU.⁵

Mina frågeställningar är således:

- Vilket löneskydd ges gravida och föräldralediga arbetstagare enligt EG-rätten?
- Överensstämmer svensk nationell rätt med EG-rätten i detta hänseende?
- Främjas jämställdheten genom EG-rättens regler om skydd under graviditet och föräldraledighet och i så fall på vilket sätt?

1.2 Metod och material

Jag har valt att utgå från den klassiska rättsdogmatiska metoden. Genom att undersöka lagtext, lagförarbeten, rättsfall och doktrin ämnar jag att redogöra för vilket löneskydd som gäller för gravida och föräldralediga arbetstagare. Genom att kritisk granska EG-domstolens och Arbetsdomstolens tolkningar av gällande rätt och jämföra med de för tiden gällande direktiv och lagar kommer jag att analysera rättsläget beträffande löneskydd för gravida och föräldralediga arbetstagare. När det gäller svensk rätt finns det bara två domar från Arbetsdomstolen där de nya reglerna i föräldraledighetslagen tillämpats. I EG-rätten är det normala att målen innehåller flera rättsfrågor. Jag har därför valt att redogöra för de mål där löneskyddet varit centralt och har alltså inte med alla de mål där löneskyddet behandlats. Detta urval är enligt min mening neutralt i förhållande till analysen.

⁴ Nyström 2002, s. 205.

⁵ Av artiklarna 2 och 3 EG framgår att gemenskapen inom alla sina verksamhetsområden ska främja jämställdhet mellan könen.

1.3 Avgränsningar

Min ambition var från början att undersöka alla EG-mål som behandlade diskriminering av gravida, mammalediga och föräldralediga arbetstagare men fann att jag av utrymmesskäl var tvungen att begränsa mitt material.

Jag har valt att koncentrera mig på reglerna för gravida och föräldralediga arbetstagare i frågor som rör lika lön för kvinnor och män. Enligt svensk nationell rätt omfattar begreppet föräldraledighet även mammaledighet och en central fråga i uppsatsen är konsekvenserna av denna konstruktion med avseende på svensk nationell rätts överensstämmelse med EG-rätten.

Eftersom EG-domstolen har konstaterat att det är likalönsdirektivet och inte likabehandlingsdirektivet som är tillämpligt när frågan rör lönediskriminering, kommer jag beträffande likabehandlingsdirektiven huvudsakligen att redogöra för de delar som ändå varit relevanta i de mål från EG-domstolen och Arbetsdomstolen som jag redovisar för.

1.4 Disposition

Efter inledningen i kapitel 1 följer kapitel 2 som innehåller en kronologisk beskrivning av EG-rättens utveckling på jämställdhetsområdet fram till idag med huvudsaklig inriktning på själva lagtexten. I kapitel 3 redogör jag för de centrala EG-målen om löneskydd vid graviditet och föräldraledighet. Målen i kapitel 3 behandlas i kronologisk ordning så att man kan följa hur EG-domstolens synsätt förändrats över tiden. För varje mål ges först en beskrivning av rättsfallets innehåll. Därefter lyfter jag fram enskilda uttalanden i doktrinen som jag menar har fångat upp en del av problemens kärna. Varje rättsfall följs av en analys av hur rättsläget såg ut efter EG-domstolens dom i det aktuella målet. Först analyseras målet utifrån diskrimineringsperspektivet. Behandlingen av arbetstagare som skaffar barn jämförs här med behandlingen av arbetstagare som inte skaffar barn.⁶ Därefter analyseras målet utifrån frågan om ett minsta skydd d.v.s. om en viss miniminivå erhålls för arbetstagare som skaffar barn oberoende av hur arbetstagare som inte skaffar barn behandlas. Kapitel 4 som innehåller svensk nationell rätt inleds med en presentation av de regler som gäller för gravida arbetstagare respektive för föräldralediga arbetstagare. Därefter följer en redogörelse av två rättsfall från Arbetsdomstolen som tar upp frågan om löneskydd för föräldralediga arbetstagare och för gravida arbetstagare som erhåller havandeskapspenning. I kapitel 5 analyserar jag materialet och redogör för mina slutsatser.

⁶ Med arbetstagare som skaffar barn menar jag här arbetstagare som är gravida eller nyligen blivit förälder och/eller som omfattas av reglerna om föräldraledighet. Med arbetstagare som inte skaffar barn menar jag här arbetstagare som inte var gravida och som inte nyligen hade blivit förälder och som för övrigt inte omfattades av reglerna om föräldraledighet vid det tillfället som personen i målet ansåg sig vara diskriminerad.

2 Jämställdhet i arbetslivet – utvecklingen inom EU

Regler som skyddar arbetstagare i förhållande till arbetsgivaren har inom EU länge haft en underordnad ställning. Under de senaste tjugo åren har det dock tillkommit ett antal rättsakter på området som gör att man kan tala om en social dimension inom EG-rätten.⁷ Trots detta finns stora skillnader i skyddet för arbetstagare mellan medlemsstaterna var till synen på arbetsrätten som varje medlemsstats enskilda angelägenhet varit en bidragande faktor.⁸

Nedan följer en indelning i olika tidsperioder inom EG-rätten. Indelningen som tar fasta på större förändringar i EU-lagstiftningen inom arbetsrätten är min egen och är tänkt att verka som stöd för förståelsen av de rättsfall som följer i nästkommande kapitel.

- 1957 – 1974 Den första delen av EU:s historia kännetecknas av utvecklingen av den fria rörligheten
- 1975 – 1991 Utveckling av det sociala området under 70-talet följt av en svacka i lagstiftningsarbetet under 80-talet
- 1992 – 2001 En social dimension tar plats
- 2002 – Förändrande, förenklande och förenande av direktiv

2.1 Åren 1957 – 1974

År 1957 bildades den Europeiska ekonomiska gemenskapen (EEG) genom Romfördraget, även kallat EEG-fördraget (numera EG-fördraget).⁹ Grundtanken med EG-fördraget var att upprätta en gemensam marknad med fri rörlighet för varor, tjänster, arbetskraft och kapital. Företag i medlemsländerna skulle kunna konkurrera ostört och marknadskrafterna skulle styra.¹⁰ I EG-arbetets inledande skede ansågs regler på arbetsrättens område främst vara ett sätt att undvika konkurrenshinder och säkerställa arbetskraftens fria rörlighet. Artikel 119 EEG om lika lön för kvinnor och män tillkom under dessa premisser. Trots att artikel 119 som en bieffekt utjämnade löneskillnaderna mellan manliga och kvinnliga arbetstagare fanns

⁷ Nyström 2002, s. 58. I och med antagandet av den icke-bindande sociala stadgan ”lades grunden för genomförandet av den sociala dimensionen”.

⁸ Nyström 2002, s. 76.

⁹ Nyström 2002, s. 25 f. Romfördraget antogs år 1957 men var gällande först från den 1 januari 1958. Genom Maastrichtfördraget 1 november, 1993, ändrades EEG-fördraget till EG-fördraget och den Europeiska unionen bildades.

¹⁰ Allgårdh, Olof och Norberg, Sven, *EU och EG-rätten – En handbok och lärobok om EU och i EG-rätt*, Stockholm 2004, s. 26.

vid den här tiden inga arbetsrättsliga regler på EG-nivå som antagits med syftet att skydda arbetstagare.¹¹

I början av 70-talet skedde en förändring i synen på sociala frågor. Det sociala området förklarades vara lika viktigt som det ekonomiska samarbetet inom EG. År 1974 antogs ett socialt åtgärdsprogram där det angavs att förutom harmonisering och förbättring av arbetstagarnas arbetsvillkor och levnadsstandard, ökat inflytande för arbetsmarknadsparterna i EG:s beslut inom socialpolitiken, m.m., var syftet även att uppnå jämställdhet mellan könen i fråga om tillgång till anställning, befordran, arbetsvillkor (inklusive lönevillkor) och yrkesutbildning.¹²

2.1.1 Artikel 119 EEG – lika lön

Principen om lika lön mellan kvinnor och män i det ursprungliga fördragets artikel 119 (numera artikel 141) tillkom för att motverka konkurrensfördelar för vissa medlemsländer i förhållande till andra medlemsländer. Enligt Frankrike hade Beneluxländerna lägre löner för kvinnor än för män och Frankrike som ansåg sig ha mindre löneskillnader var rädd att Beneluxländerna på grund av sina låga kvinnolöner skulle konkurrera ut Frankrike inom vissa områden.¹³ Av artikel 119 följde att diskriminering inte skulle anses föreligga om kvinnor och män som utförde lika arbete erhöll lika lön.

Artikel 119 hade följande lydelse:

”Varje medlemsstat skall under den första etappen säkerställa och i fortsättningen upprätthålla principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete. I denna artikel skall med "lön" förstås den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen.

Lika lön utan könsdiskriminering innebär att

- a) ackordslön för lika arbete skall fastställas enligt samma beräkningsgrunder,
- b) tidlön skall vara lika för lika arbete.”

2.2 Åren 1975 – 1991

Som en följd av det sociala åtgärdsprogrammet från 1974 antogs år 1975 likalönsdirektivet¹⁴ och år 1976 likabehandlingsdirektivet¹⁵. Förutom att

¹¹ Nyström 2002, s. 55.

¹² Nyström 2002, s. 56.

¹³ Lundström, Karin, *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten – En feministisk analys*, Uppsala 1999, s. 104. Nyström, 2002, s. 124 och 211.

¹⁴ Direktiv 75/117/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män. EGT L 45, 19/02/1975 s. 19.

arbetstagare erhöll ett arbetsrättsligt skydd genom dessa minimidirektiv, medförde under 70-talet även EG-domstolens tolkningar av artikel 119 EEG förbättringar i det EG-rättsliga skyddet för medlemsländernas arbetstagare.

70-talets tankar om trygghet på arbetsmarknaden byttes under 80-talet mot flexibilitet och för arbetstagaren mer osäkra anställningsförhållanden.¹⁶ Under 80-talet var det främst EG-domstolen som stod för utvecklingen av socialpolitiken genom tolkning av arbetsrätten i mål om förhandsavgöranden. År 1990, i målet Dekker¹⁷, kom EG-domstolen fram till att diskriminering på grund av graviditet skulle betraktas som direkt diskriminering på grund av kön; ett uttalande som kom att bli vägledande för tolkningen av gravida kvinnors rättigheter på arbetsmarknaden.

2.2.1 Likalönsdirektivet 75/117/EEG

Trots att likalönsprincipen redan fanns i artikel 119 EEG valde rådet att år 1975 även skriva in den i ett direktiv – likalönsdirektivet, som blev det första direktivet om jämställdhet i arbetslivet. Skälet till att även upprätta ett direktiv för likalönsprincipen var att det fortfarande fanns olikheter i medlemsstaternas sätt att behandla frågan om lika lön och syftet var att mot bakgrund av rådets resolution om det sociala åtgärdsprogrammet från 1974, harmonisera lagstiftningen och underlätta för jämlikhetsprincipens och därav likalönsprincipens praktiska tillämpning.¹⁸

I likalönsdirektivet infördes likalönsprincipen i artikel 1 som ett förbud mot könsdiskriminering. Det formulerades så att även arbete av lika värde kunde beaktas för att avgöra om arbetet var jämförbart. I de fall som arbetsvärderingssystem användes så skulle kriterierna som det var baserat på, vara lika för båda könen och det fick inte ge upphov till könsdiskriminering. Någon definiering av begreppet lön innehöll inte direktivet, inte heller några sanktionsmöjligheter.

Artikel 1 i likalönsdirektivet stadgade:

”Principen om lika lön för kvinnor och män som skisserats i artikel 119 i fördraget, härnäst kallad ”likalönsprincipen”, innebär att för lika arbete eller för arbete som tillerkänns lika värde all diskriminering på grund av kön ska avskaffas vid alla former och villkor för ersättningen.

I synnerhet när ett arbetsvärderingssystem används för att bestämma lön, måste detta vara baserat på samma kriterier för både kvinnor och män och vara utformat så, att det utesluter all diskriminering på grund av kön.”

Arbetstagare som ansåg sig lidit skada av att likalönsprincipen inte tillämpats på dem kunde få saken prövad i domstol och medlemsländerna

¹⁵ Direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor. EGT L 39, 14/02/1976 s. 40.

¹⁶ Nyström 2002, s. 56.

¹⁷ Mål 177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker mot Stichting Vormings Centrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus [1990] ECR I-3941.

¹⁸ Inledningen till likalönsdirektivet.

skulle vidta åtgärder för att säkerställa tillämpningen av likalönsprincipen. Skydd gavs mot avskedande till följd av klagomål eller rättsliga åtgärder från arbetstagarnas sida i syfte att göra likalönsprincipen gällande.

2.2.2 Likabehandlingsdirektivet 76/207/EEG

Efter att bestämmelser om lika lön för kvinnor och män införts i likalönsdirektivet ansåg lagstiftarna att det var viktigt att realisera även de andra målen som angavs i det sociala åtgärdsprogrammet från 1974.

Syftet med likabehandlingsdirektivet var att i medlemsländerna realisera likabehandlingsprincipen d.v.s. ”principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning, arbetsvillkor” och i viss mån social trygghet (artikel 1.1). Principen innebar att varken direkt eller indirekt könsdiskriminering fick förekomma, särskilt beträffande familje- eller äktenskaplig status (artikel 2.1). Tillämpningen av likabehandlingsprincipen innebar bland annat att könsdiskriminering inte fick förekomma i villkoren vid tillsättande av personal (artikel 3.1) och att samma villkor skulle gälla för kvinnor och män ifråga om arbetsvillkor, inklusive villkor för en anställnings upphörande (artikel 5.1).

Liksom i likalönsdirektivet gavs de anställda skydd mot avskedande till följd av klagomål eller rättsliga åtgärder från deras sida i syfte att göra likabehandlingsprincipen gällande och arbetstagare som ansåg sig diskriminerade skulle kunna få sin sak prövad i domstol. Till skillnad från likalönsdirektivet medgavs det undantag från likabehandlingsdirektivet. Undantag kunde göras för de fall det i viss yrkesverksamhet var avgörande att arbetstagaren var av visst kön (artikel 2.2), vid positiv särbehandling (artikel 2.4) och för bestämmelser med syfte att skydda kvinnor, särskilt vid graviditet och moderskap (artikel 2.3).

2.2.3 Artikel 119 får direkt effekt

Genom avgöranden i EG-domstolen drogs det upp linjer för omfattningen och tolkningen av artikel 119. Ett viktigt konstaterande från EG-domstolen år 1976 var att artikel 119 både kan ha vertikal och horisontell direkt effekt, i första hand i mål om direkt diskriminering vilket innebär att arbetstagare kan stödja sig direkt på artikeln i mål om lönediskriminering både mot offentliga och privata arbetsgivare.¹⁹ Detta möjliggjordes genom att EG-domstolen tolkade att artikel 119 hade dubbla syften; dels att motverka konkurrensfördelar för de företag i medlemsländer som inte infört regler om lika lön, dels att ur ett socialt perspektiv vidta gemensamma åtgärder och

¹⁹ Fransson, Susanne, *Lönediskriminering. En arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, Uppsala 2000, s. 211. Efter generaladvokatens uttalande i ett mål där käranden stämt ett privat företag inför nationell domstol för diskriminering med hänvisning direkt till artikel 119 väcktes frågan om likalönsprincipens direkta effekt. I mål 43/75 Defrenne mot Sabena slogs den fast. Vad som anses vara offentliga arbetsgivare har av EG-domstolen tolkats extensivt. Fransson talar här om ”genomlysning”. Se Fransson 2000, s 213.

förbättra arbets- och levnadsvillkor för medlemsländernas invånare.²⁰ Det senare syftet härleddes bl.a. av att artikel 119 fanns i kapitlet om sociala bestämmelser. I samma mål uttalade domstolen att det är oväsentligt om lönediskrimineringen uppstått på grund av bestämmelser i inhemsk lag eller i kollektivavtal eller genom att kvinnor och män ges olika lön för lika arbete som utförs ”i samma privata eller offentliga verksamhet eller tjänst”²¹ och att det är de lägsta lönerna som ska höjas om lönediskriminering konstaterats.²² Fem år senare fastslog EG-domstolen att artikel 119 kan ha direkt horisontell effekt även i mål om indirekt diskriminering.²³

2.2.4 Dekker

Det var i målet Dekker²⁴ som EG-domstolen år 1990 slog fast att diskriminering på grund av graviditet är direkt diskriminering på grund av kön. I Dekker-målet hade en arbetsgivare nekat en gravid kvinna (Dekker) anställning eftersom kostnaderna för den dagssättning företaget skulle vara skyldiga att betala vid hennes mammaledighet inte skulle täckas av företagets försäkring. Försäkringsreglerna gjorde ingen skillnad på arbetsoförmåga på grund av graviditet och arbetsoförmåga på grund av sjukdom och ersättning utgick inte om arbetshindret gick att förutse när försäkringen skulle träda ikraft, i detta fall vid anställningens ingående. Företaget som inte ansåg sig ha råd att anställa den gravida kvinnan²⁵ nekade henne anställning trots att hon enligt ansökningsutredarna varit den mest lämpade för jobbet.

EG-domstolen ansåg att oberoende av de ekonomiska nackdelar som det kan innebära att anställa en gravid kvinna på grund av regler som likställer arbetsoförmåga på grund av graviditet med arbetsoförmåga på grund av sjukdom utfärdade av det allmänna, strider det mot artiklarna 2.1 och 3.1 i likabehandlingsdirektivet att neka en lämplig sökande anställning för att hon är gravid. Eftersom endast kvinnor kan bli gravida kom domstolen fram till att det föreligger direkt diskriminering på grund av kön om den sökande nekas anställning på grund av att hon är gravid. Det är således egalt om hon diskrimineras till förmån för en man eller en annan kvinna som inte är gravid.

Domstolens förhandsavgörande i Dekker har blivit kritiserat i doktrinen av bland annat Nielsen och Ellis.²⁶ Nielsen anser att domstolens uppfattning

²⁰ Mål 43/75 Gabrielle Defrenne mot Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena (Nr 2) [1976] ECR 455, punkterna 8-10.

²¹ Mål 43/75 Defrenne mot Sabena, punkt 40.

²² Mål 43/75 Defrenne mot Sabena, punkt 15.

²³ Mål 96/80 J.P. Jenkins mot Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. [1981] ECR 911. Se Fransson, 2000, s. 213 och Lundström, 1999, s. 218.

²⁴ Mål 177/88 Dekker mot VJV-Centrum Plus.

²⁵ Det skulle enligt företaget bli för dyrt för dem att samtidigt betala ersättning för Dekker under mammaledigheten och betala för en ersättare för henne.

²⁶ Nielsen, Ruth, "Annotation of Case C-177/88 Dekker and Case C-179/88 Aldi" i Common Market Law Review 29: 160 – 169, 1992. Ellis, Evelyn, "Case C-394/96, Brown v. Rentokil Ltd, judgement of 30 June 1998, nyr." i Common Market Law Review 36: 625-633, 1999.

om diskrimineringen som direkt och inte indirekt var felaktig eller i vart fall inte övertygande. Eftersom det var den förväntade kostnaden för perioden av mammaledighet i form av ersättning till Dekker och hennes ersättare som föranledde den nekade anställningen och inte graviditeten i sig menar Nielsen att det vore mer korrekt att benämna diskrimineringen som indirekt. Även om män inte kan bli gravida kan de ta ut ledighet på grund av deras barns födsel i form av föräldraledighet eller pappaledighet i de länder som pappaledighet införts. Domstolen i Dekker argumenterade att det endast är kvinnor som kan bli gravida och att därmed endast kvinnor kan nekas anställning på grund av graviditet. Nielsen menar att för att kunna få förståelse för utslaget skulle man kunna tolka domstolens uttalande som att det i länder där det endast är kvinnor som medför en kostnad vid graviditet (och männen inte tar ut någon pappa- eller föräldraledighet)²⁷ är diskriminering på grund av kostnader som graviditet innebär direkt, medan i länder där även män tar ut ledighet ska könsdiskrimineringen vara indirekt – om det överhuvudtaget ska ses som könsrelaterad diskriminering.²⁸ Ellis anser att domstolen i Dekker hade möjligheten att resonera att orsaken till den missgynnande behandlingen var baserad på graviditet och inte på kön och att den nekade anställningen därmed inte skulle innebära könsdiskriminering. Enligt Ellis är reglerna om icke-diskriminering på grund av kön varken avsedda eller anpassade till att skydda gravida kvinnor eftersom att de är könsneutrala i sin utformning men graviditet är något som enbart kan hända kvinnor. Detta menar Ellis visar på att det behövs en ny särskild reglering av rättigheter för gravida arbetstagare och för arbetstagare som nyligen fött barn.²⁹

2.3 Åren 1992 – 2001

Mödraskyddsdirektivet från år 1992 är ett av de direktiv som har sin bakgrund i den politiska process som startade med den icke-bindande sociala stadgan 1989³⁰. Med stadgan som innehöll förklaringar om vilka områden inom arbetsrätten gemenskapen ville förändra genom lagreglering på gemenskapsnivå, inleddes arbetet med genomförandet av den sociala dimensionen.³¹ Förklaringarna gav upphov till förslag till nya direktiv varav de flesta sedermera genomfördes. Samma år som stadgan antogs, beslutades det om ett ramdirektiv på arbetsmiljöområdet om åtgärder för att förbättra säkerheten och hälsan för arbetstagare på arbetsplatsen.³² Med beaktande av att ramdirektivet stadgade att särskilt utsatta riskgrupper skulle skyddas och att det framgick av den sociala stadgan att ”varje arbetstagare skall ha tillfredsställande hälso- och säkerhetsförhållanden på sin arbetsplats”

²⁷ Vilket var förhållandet i Nederländerna där Dekker bodde.

²⁸ Nielsen 1992, s. 166 f.

²⁹ Ellis 1999, s. 631 och 633.

³⁰ Gemenskapens stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter.

³¹ Nyström 2002, s. 81 f. Jag använder begreppet arbetsrätt i vid mening och omfattar i begreppet även arbetsmiljö och jämställdhet.

³² Direktiv 89/391/EEG om åtgärder för att främja förbättringar för arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet. EGT L 183, 29/6/1989 s. 1. Nyström 2002, s.317.

utfärdades 1992 ett direktiv som innehöll bestämmelser om skydd för arbetstagare som är gravida, som nyligen fött barn och/eller som ammar, det s.k. mödraskyddsdirektivet.³³ Det var tänkt att den sociala stadgan skulle förverkligas genom Maastrichtfördraget 1993 men under förhandlingarna framkom att enighet inte kunde uppnås. Istället slöts år 1992 ett avtal mellan de medlemsländer som var eniga om att införa förändringar inom arbetsrätten – avtalet om socialpolitik.³⁴ Avtalet kom att medföra en reglering av frågan om föräldraledighet och år 1996 antogs föräldraledighetsdirektivet³⁵ som gav visst skydd för föräldralediga arbetstagare som ett led i strävan att underlätta för arbetstagare att förena arbetsliv och familjeliv.³⁶

Genom Amsterdamfördraget 1999 skedde en omfattande förändring i fördragstexten. Nya regler infördes på jämställdhetsområdet och jämställdhet mellan kvinnor och män blev en grundprincip som skulle genomsyra hela EU-samarbetet.³⁷ De sociala frågorna (jämställdhet, arbetsrätt, arbetsmiljö och socialpolitik) skrevs in i EG-fördraget och fick därmed en förbättrad position i gemenskapssamarbetet. EU:s institutioner fick specifika befogenheter att vidta åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön genom artikel 13 i EG-fördraget³⁸ och genom artikel 141.3 EG beträffande diskriminering på grund av kön i arbetslivet. Reglerna om lika lön i fördraget flyttades i och med Amsterdamfördraget från artikel 119 till artikel 141.

2.3.1 Mödraskyddsdirektivet 92/85/EEG

Mödraskyddsdirektivet som antogs 1992 och vars syfte är att förbättra säkerheten och hälsan för arbetstagare, är ett minimidirektiv på arbetsmiljöns område. Direktivet omfattar regler för gravida arbetstagare, arbetstagare som nyligen fött barn och arbetstagare som ammar. För att reglerna ska bli tillämpliga måste arbetstagaren vidare ha meddelat sin arbetsgivare om sitt tillstånd.³⁹ Den grupp kvinnliga arbetstagare som omfattas av direktivet ska erhålla skydd i arbetet så att farliga agenser, arbetsprocesser eller arbetsförhållanden inte riskerar deras hälsa och säkerhet.⁴⁰ För det fall att arbetsgivaren bedömer att det finns risk för en

³³ Rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG). EGT L 348, 28/12/1992 s.

1. Information från preambeln i nämnda direktiv. Även benämningen mödravårdsdirektivet används men enligt min mening kan ”mödravård” ge felaktiga associationer i sammanhanget.

³⁴ Nyström 2002, s. 58 f. Det var endast Storbritannien som ställde sig utanför avtalet.

³⁵ Rådets direktiv 96/34/EG av den 3 juni 1996 om ramavtalet om föräldraledighet, undertecknat av UNICE, CEEP och EFS. EGT L 145, 19/06/1996 s. 4.

³⁶ Nyström 2002, s. 58 f.

³⁷ www.eu-upplysningen.se/Lagar-och-regler/Om-fordragen/Amsterdamfordraget/ senast besökt 090809.

³⁸ Artikel 13 ger även befogenhet att bekämpa diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.

³⁹ Preambelen till mödraskyddsdirektivet och artikel 2 i mödraskyddsdirektivet.

⁴⁰ Artikel 4 i mödraskyddsdirektivet.

arbetstagare som omfattas av direktivet ska arbetsgivaren i första hand se till att risken undanröjs och i andra hand erbjuda henne andra arbetsuppgifter. Som en sista utväg, om de två första alternativen inte kunnat utföras, kan kvinnan beviljas ledighet. Vid dessa tillfällen ska arbetstagaren behålla sina rättigheter som följer av anställningsavtalet.⁴¹ Icke-uttömmande förteckningar på de agenser, arbetsprocesser eller arbetsförhållanden som kan utgöra risker medföljer i första bilagan till direktivet.⁴² Vissa arbetsuppgifter som anses så farliga för gravida, ammande och kvinnor som nyligen fött barn att de är helt förbjudna anges i den andra bilagan, även den är icke-uttömmande.⁴³

I artikel 8 i mödraskyddsdirektivet finns regeln om mammaledighet som ger arbetstagaren rätt till minst 14 veckors ledighet som får tas ut före och/eller⁴⁴ efter födseln varav två är obligatoriska och får tas ut före och/eller⁴⁵ efter födseln. De obligatoriska veckorna är arbetstagaren förbjuden att arbeta. För den tid arbetstagaren beviljas mammaledighet ska enligt artikel 11.2 rättigheterna enligt anställningsavtalet säkerställas och den mammalediga ska erhålla bibehållen lön och/eller ha rätt till skälig ersättning.⁴⁶ Skälig ersättning när arbetstagaren är mammaledig är minst den ersättning som skulle utgå om arbetstagaren i stället varit sjukskriven (artikel 11.3). Medlemsstaterna får dock enligt artikel 11.4 ha villkor för att arbetstagaren ska ha rätt till lönen eller ersättningen i 11.2 b men det får inte krävas en anställningstid på över tolv månader omedelbart före tiden för förväntad förlossning.

2.3.2 Föräldraledighetsdirektivet 96/34/EG

Efter att ha försökt enas om ett direktiv om föräldraledighet men misslyckats, lämnade rådet över uppgiften till arbetsmarknadsparterna som sinsemellan kom fram till ett avtal - ramavtalet om föräldraledighet. Detta ramavtal genomfördes sedermera som ett direktiv – föräldraledighetsdirektivet.⁴⁷ Direktivet har endast tre artiklar och de innehåller:

⁴¹ Artikel 5 i mödraskyddsdirektivet.

⁴² Som exempel anges fysikaliska agenser som anses kunna medföra fosterskador eller att moderkakan lossnar t.ex. stötar, vibrationer och rörelser, vissa biologiska agenser samt vissa kemiska agenser.

⁴³ Exempelvis anges i bilaga 2; gruvarbete under jord, röda-hundvirus och dykning.

⁴⁴ I den svenska versionen står det ”eller” men i den engelska versionen står ”and/or”. Jag har valt att utgå från den engelska versionen då engelska är ett av de officiella språken för tolkning av direktivet. Svenska är däremot inte ett av de officiella språken för tolkning av föräldraledighetsdirektivet.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid. Återigen fattas viss text i den svenska översättningen av mödravårdsdirektivet. Den engelska versionen av artikel 11.2 b lyder “ maintenance of a payment to, and/or entitlement to an adequate allowance for, workers within the meaning of Article 2” den svenska lyder “ bibehållen lön eller rätt till skälig ersättning för arbetstagare enligt definitionen i artikel 2”.

⁴⁷ Preambeln till föräldraledighetsdirektivet (Rådets direktiv 96/34/EG av den 3 juni 1996 om ramavtalet om föräldraledighet, undertecknat av UNICE, CEEP och EFS. EGT L 145, 19/06/1996 s. 4).

- syftet med direktivet - att genomföra ramavtalet om föräldraledighet (artikel 1),
- tidsfristen för genomförandet av direktivet (artikel 2) och
- en regel om att medlemsstaterna ska hänvisa till föräldraledighetsdirektivet i samband med att bestämmelser i enlighet med direktivet antas (artikel 3).

Reglerna om föräldraledighet finns i ramavtalet som finns med som en bilaga till direktivet. I ramavtalets allmänna överväganden framgår att arbetsmarknadsparterna genom bestämmelserna vill göra det möjligt för kvinnor och män att förena sina insatser i familje- och arbetslivet. Kvinnors deltagande i arbetslivet ska främjas och männen bör uppmuntras till att ta ut föräldraledighet och att dela familjeansvaret lika. Dessa åtgärder bör även uppmuntra till "införande av nya, flexibla sätt att organisera arbete och tid som är bättre anpassade till samhällets växande behov och som bör tillgodose både företagets och arbetstagarnas behov". Rätten till föräldraledighet i ramavtalet stadgas så att den är individuell (§ 2.1) om inte annat följer av § 2.2 där det framgår att den i princip bör vara oöverlåtbar. Men det är fortfarande upp till medlemsstaterna att avgöra om de vill bevilja manliga arbetstagare en särskild rätt till pappaledighet.⁴⁸

Föräldraledigheten är minst tre månader och ges "med anledning av ett barns födelse eller vid adoption av ett barn för att vårda detta barn" som får vara högst åtta år (§ 2.1). Medlemsstaterna och/eller arbetsmarknadens parter får avgöra i vilken form ledigheten ska beviljas; "heltid, deltid, uppdelad eller i form av sparade dagar" och om det ska krävas viss kvalifikationstid för erhållandet av ledigheten (som i så fall får vara max ett år). De kan även fastställa under vilka omständigheter som arbetsgivaren får skjuta upp beviljandet av föräldraledigheten om det är avgörande för företagets drift och godkänna speciella regler som ser till de små företagens behov i frågan (§ 2.3). Arbetstagare får inte sägas upp på grund av att de begär att vara föräldralediga och under föräldraledigheten är arbetstagarna skyddade mot uppsägning som beror på ledigheten (§ 2.4). Om det inte är omöjligt har arbetstagaren rätt att återgå till sitt arbete efter ledigheten, annars ska ett likartat eller likvärdigt arbete erbjudas. Redan förvärvade rättigheter och rättigheter arbetstagaren är i stånd att förvärva vid ledighetens början behåller arbetstagaren till ledighetens slut. Dessa rättigheter ska vara gällande efter ledigheten, med eventuella ändringar på grund av lagstiftning, kollektivavtal eller praxis (§ 2.5-6).

Föräldraledighetsdirektivet innehåller inga regler om ersättning under föräldraledigheten.

⁴⁸ Se punkt 13 i preambeln till direktiv 2002/73/EG om likabehandling av kvinnor och män. Änges även som faderskapsledighet och enligt min tolkning är det en motsvarighet till mammaledigheten som endast kan tas ut av kvinnor. I svensk nationell rätt finns det t.ex. möjlighet för fäder att ta ut pappaledighet i samband med barnets födelse.

2.3.3 Artikel 141 EG

I och med Amsterdamfördraget flyttades reglerna om likalön från artikel 119 till artikel 141.1 och 141.2 i fördraget. Begreppet likvärdigt arbete som tidigare endast funnits i likalönsdirektivet infördes nu även i fördragstexten. I övrigt förblev lydelsen oförändrad.⁴⁹

För att likalönsprincipen i artikel 141 ska bli tillämplig ska följande kriterier vara uppfyllda:

- tvisten ska bero på skillnader i behandlingen av manliga och kvinnliga arbetstagare,
- tvistefrågan ska avse lön och
- jämförelsearbetet ska vara lika eller likvärdigt.

2.4 Utvecklingen från år 2002 och framåt

Efter det att direktiv införts inom de arbetsrättsliga områden som ingick i det sociala åtgärdsprogrammet och i den sociala stadgan har utvecklingen därefter bestått av förändringar i direktiven. Ändringar i likabehandlingsdirektivet kom år 2002 med bland annat införandet av regler om skydd för mammalediga arbetstagare vid återgång till arbetet. År 2006 gjordes en sammanfogning av likabehandlingsdirektivet, likalönsdirektivet, bevisbördedirektivet och direktivet om likabehandling i företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet till ett nytt likabehandlingsdirektiv. Det finns idag ett förslag om ändringar i mödraskyddsdirektivet och arbetsmarknadsparterna har givits uppdraget att se över bestämmelserna i bilagan till föräldraledighetsdirektivet.

Förändringarna i fördragen har efter Amsterdamfördraget mest påverkat reglerna för EU:s institutioner. Nicefördraget som undertecknades år 2001 och trädde i kraft år 2003 innehöll främst regler som reformerade institutionerna för att bland annat effektivisera beslutsprocesserna inför utvidgningen av EU. Lissabonfördraget antogs 2007 men eftersom alla 27 medlemsländer inte har ratificerat fördraget har det inte kunnat träda ikraft.⁵⁰ Lissabonfördraget innebär bland annat en ytterligare effektivisering av institutionernas beslutsprocesser, en utbyggd säkerhets- och försvarspolitik, att den Europeiska stadgan om de grundläggande rättigheterna blir rättsligt bindande och att man genomgående tar bort ordet ”gemenskap” och ersätter det med ”unionen” så att t.ex. Europeiska gemenskapens domstol blir Europeiska unionens domstol. För arbetsrättens

⁴⁹ Artikel 141.1 innehåller likalönsprincipen och 141.2 innehåller övrig text. I punkterna 3 och 4 finns regler som inte handlar om lön men när jag i fortsättningen hänvisar till artikel 141 är det endast punkterna 1 och 2 som avses om inget annat anges. Punkt 3 innehåller regler som gör det möjligt för rådet att besluta om åtgärder för att säkerställa tillämpningen likabehandlingsprincipen och likalönsprincipen och punkt 4 innehåller regler som möjliggör bestämmelser om positiv särbehandling.

⁵⁰ Lissabonfördraget skulle träda ikraft tidigast den 1 januari i år, 2009.

del verkar det inte bli några direkta ändringar förutom att reglerna om lika lön i artikel 141 byter artikelnummer till 157.

2.4.1 Ändringar i likabehandlingsdirektivet

I och med ändringarna från 2002 i likabehandlingsdirektivet⁵¹ definierades indirekt och direkt diskriminering. Definitionerna hade redan stadgats i en del andra direktiv på jämställdhetens område⁵² och det ansågs lämpligt att införa överensstämmande texter även beträffande kön.

I artikel 2.2 angavs definitionerna:

”-direkt diskriminering: när en person på grund av könstillhörighet behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation.

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

Artiklarna 3 och 5 i likabehandlingsdirektivet från 1976 slogs ihop i artikel 3 i ändringsdirektivet. En del formuleringar ändrades, men innebörden av reglerna i den nya artikel 3 var i stort densamma; att könsdiskriminering inte fick förekomma bland annat beträffande villkoren för en anställnings tillträde, anställnings- och arbetsvillkor (inkluderande uppsägning och avskedande). Ett nytt inslag var att det i artikel 3.1 c även stadgades att löner enligt direktiv 75/117/EEG inte fick vara könsdiskriminerande.⁵³

Nytt var även att det i ändringsdirektivet stadgades att sanktioner skulle införas mot arbetsgivare som brutit mot de regler som införts i medlemslandet i enlighet med likabehandlingsdirektivet. Det blev upp till medlemsstaterna att besluta om vilka sanktioner som skulle tillämpas vid överträdelse, så länge de hade en avskräckande effekt, säkerställde effektiv kompensation för den skadelidande och stod i proportion till den skada som

⁵¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (Text av betydelse för EES). EGT nr L 269, 05/10/2002 s. 0015 – 0020.

⁵² Direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförande av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung och direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling i arbetslivet (könsfrågor har undantagits från detta direktiv).

⁵³ Om detta bara innebär en hänvisning till att likalönedirektivet ska tillämpas i de situationer någon får sämre lönevillkor på grund av sitt kön eller om likabehandlingsdirektivet på något sätt är tillämpligt även på dessa fall framgår inte av direktivtexten. Likabehandlingsdirektivet har tidigare i EG-domstolens avgöranden inte ansetts tillämpligt på lönefrågor eftersom detta regleras specifikt i likalönedirektivet och artikel 141 EG.

diskrimineringen orsakat. Sanktionerna angavs bland annat kunna bestå av skadestånd till den diskriminerade.⁵⁴

I artikel 2.7 i ändringsdirektivet föreskrevs att nationerna fick ha regler som stred mot likabehandlingsdirektivet om de var till för att skydda kvinnor, särskilt under graviditet och mammaledighet. Denna regel som möjliggjorde reglerna i mödraskyddsdirektivet fanns tidigare i artikel 2.3. Artikel 2.7 gav även skydd för mammalediga som innebar att de efter ledigheten skulle kunna återgå till sitt tidigare arbete eller få ett annat arbete som var likvärdigt. Villkoren för det likvärdiga arbetet fick inte vara sämre än för det tidigare arbetet. Om arbetsvillkoren hade förbättrats under tiden kvinnan varit mammaledig så skulle detta även komma henne tillgodo. I artikelns tredje stycke infördes bestämmelsen från Dekker att det är otillåten diskriminering på grund av kön om en kvinna behandlades mindre förmånligt på grund av graviditet eller mammaledighet.⁵⁵ Det stadgades i artikel 2.7 även att likabehandlingsdirektivet inte skulle påverka tillämpningen av bestämmelserna i föräldraledighetsdirektivet och mödraskyddsdirektivet.

Direktivet lämnade helt åt medlemsländerna att besluta om deras manliga invånare skulle få åtnjuta en sådan rättighet som pappaledighet. Det skydd som EG-rätten kunde erbjuda för manliga arbetstagare i denna fråga var att om rättigheten redan fanns i landet skulle medlemsstaten vidta nödvändiga åtgärder för att skydda arbetstagare mot uppsägning och avskedande på grund av att de utnyttjar sådan ledighet. Medlemsstaten skulle också se till att arbetstagare som utnyttjade rättigheten fick de eventuella förbättringar av arbetsvillkoren som de skulle ha haft rätt till under ledigheten och att de inte missgynnades p.g.a. sin bortavaro när de återvände till arbetet. Samma sak gällde för båda könen angående rätt till adoptionsledighet om rätten till sådan ledighet fanns i medlemslandet. (artikel 2.7, 4 st.)

2.4.2 Ett nytt utökat likabehandlingsdirektiv

För att förtydliga regelverket kring likabehandling av män och kvinnor på arbetsmarknaden och göra det mer begripligt för allmänheten och rättstillämpare sammanfogades år 2006 sju direktiv på området till ett enda stort heltäckande likabehandlingsdirektiv; Europaparlamentet och rådets direktiv 2006/54/EG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet. De direktiv som upphävdes genom det nya likabehandlingsdirektivet var:

- Direktiv 75/117/EEG – likalönedirektivet,

⁵⁴ Artiklarna 6.2 och 8 d i direktivet om ändringar i likabehandlingsdirektivet.

Medlemsstaterna fick endast införa tak för ekonomisk kompensation till skadelidande när diskrimineringen enbart bestått av att arbetsgivaren vägrat beakta en arbetssökandes ansökan.

⁵⁵ Det angavs inte i artikel 2.7 om denna diskriminering skulle klassas som direkt eller indirekt diskriminering men i punkt 12 i preambeln hänvisas till att domstolen konsekvent har ”slagit fast att ogynnsam behandling av kvinnor som är relaterad till graviditet eller moderskap utgör direkt diskriminering på grund av kön”.

- Direktiv 76/207/EEG – likabehandlingsdirektivet med ändringar i direktiv 2002/73/EG,
- Direktiv 86/378/EEG om likabehandling i företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet med ändringar i direktiv 96/97/EG och
- Direktiv 97/80/EG – bevisbördedirektivet med ändringar i direktiv 98/52/EG.⁵⁶

Det nya likabehandlingsdirektivet är uppdelat i fyra avdelningar. Den första består av allmänna bestämmelser och innehåller syftet med direktivet (artikel 1)⁵⁷, definitionerna av bland annat direkt- och indirekt diskriminering (artikel 2)⁵⁸ och reglerna om positiv särbehandling (artikel 3). Den andra avdelningen innehåller de särskilda bestämmelserna för frågor om lika lön (artikel 4), likabehandling i företags- eller yrkesbaserade socialförsäkringssystem (artiklarna 5 till 13) och likabehandling i fråga om tillträde till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (artiklarna 14 till 16). I den tredje avdelningen finns de övergripande bestämmelserna (artiklarna 17 till 30) med regler om bland annat sanktioner och bevisbörda⁵⁹ och i den fjärde avdelningen finns slutbestämmelserna som bland annat innehåller regler om genomförandet och ikraftträdandet av direktivet (artiklarna 31 till 36). I och med sammanslagningen finns det sanktionsmöjligheter även vid överträdelse av reglerna om lika lön⁶⁰ och definitionerna av direkt och indirekt diskriminering omfattar nu även lika lön.

2.4.2.1 Reglerna om ledighet för föräldrar

Det nya likabehandlingsdirektivet innehåller få nya bestämmelser och förändringarna består mestadels av omstruktureringar av texten.⁶¹ Exempelvis har reglerna om mamma-, pappa-, föräldra- och adoptionsledighet som tidigare fanns i artikel 2.7 i likabehandlingsdirektivet från 2002 delats upp i olika artiklar. Regeln att ”varje form av mindre förmånlig behandling av en kvinna som har samband med graviditet eller barnledighet i den mening som avses i direktiv 92/85/EEG“ innebär diskriminering infördes i artikel 2.2 c. Bestämmelserna om återgång till

⁵⁶ Preambeln till direktiv 2006/54/EG.

⁵⁷ Syftet med direktivet är att ”säkerställa att principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet genomförs”.

⁵⁸ Definitionerna av direkt- och indirekt diskriminering är oförändrade.

⁵⁹ Bevisbördan är delad. Om personer som anser att deras rättigheter enligt likabehandlingsdirektivet har åsidosatts presenterar fakta som ger anledning att anta att överträdelse gjorts, måste den svarande bevisa att överträdelse mot direktivet inte föreligger för att undgå påföljd.

⁶⁰ Tidigare fanns det i artikel 6 likalönsdirektivet endast stadgat att medlemsstaterna skulle se till att det fanns effektiva medel tillgängliga för att likalönsprincipen skulle kunna iakttas.

⁶¹ En av de få nyheterna är att det nu framgår av direktivet att likabehandlingsprincipen även kan ”tillämpas på fall av diskriminering som har sitt ursprung i en persons könsbyte” (preambeln punkt 3).

arbetet vid mammaledighetens slut finns nu oförändrade i artikel 15.⁶² I artikel 28 återfinns reglerna om att tillämpningen av det nya direktivet inte ska påverka bestämmelser om skydd för kvinnor (speciellt vid moderskap och graviditet) och inte heller påverka tillämpningen av reglerna i mödraskyddsdirektivet och föräldraledighetsdirektivet.

Liksom tidigare lämnar det nya direktivet helt åt medlemsländerna att besluta om deras manliga invånare ska få åtnjuta en sådan rättighet som pappaledighet⁶³ och om arbetstagare ska få vara lediga i samband med adoption. Om rättigheten finns i medlemslandet gäller skyddet på samma sätt som i det tidigare likabehandlingsdirektivet. (Artikel 16)

2.4.2.2 Lönebegreppet

Lönebegreppet som tidigare bara fanns i fördragets artikel 141 (tidigare 119) återfinns nu även i likabehandlingsdirektivet från 2006. För att likalönsprincipen ska vara tillämpbar på den ersättning som anses vara diskriminerande är ett av kriterierna att den ska falla under begreppet lön i den mening som avses där.

I artikel 2 e i likabehandlingsdirektivet från 2006 är definitionen

”den gängse grund- eller minimilönen samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av sin arbetsgivare på grund av anställningen.”⁶⁴

Någon lista på vad som här räknas till begreppet lön finns inte, men genom förhandsavgöranden från EG-domstolen har det fastställts att som lön i detta sammanhang räknas bland annat sjuklön, reseförmåner efter pensionering, avgångsvederlag, ålderspension som utbetalas av arbetsgivaren, julbonus⁶⁵, arbetsgivarens avgift för pensionsfonder,⁶⁶ och lön som arbetsgivaren åtminstone till viss del betalar arbetstagaren under mammaledigheten⁶⁷.

2.4.2.3 Lika arbete eller likvärdigt arbete

Det utökade likabehandlingsdirektivet från 2006 som inkluderar bestämmelserna från likalönsdirektivet stadgar att principen om likabehandling bl.a. omfattar arbetsvillkor, inklusive lön (artikel 1 b) och likalönsprincipen återfinns nu oförändrad till innebörden i artikel 4, ”för lika eller likvärdigt arbete skall direkt och indirekt könsdiskriminering avskaffas vid alla former och villkor för ersättning”. När man ska bedöma om arbetstagare utför lika eller likvärdigt arbete ska man bl.a. se till

⁶² I översättningen av likabehandlingsdirektivet från 2002 används dock ordet ”mammaledighet” och i det utökade likabehandlingsdirektivet från 2006 använder man ordet ”moderskapsledighet”.

⁶³ I översättningen av likabehandlingsdirektivet från 2002 används ordet ”pappaledighet” i artikel 2.7 och i det utökade likabehandlingsdirektivet från 2006 använder man ordet ”faderskapsledighet” i artikel 16.

⁶⁴ Artikel 141.2 EG skiljer sig bara genom att det står ”arbetsgivaren” istället för ”sin arbetsgivare”.

⁶⁵ Se kapitel 3.5 Lewen.

⁶⁶ Nyström 2002, s. 212.

⁶⁷ Se kapitel 3.1 Gillepie.

arbetsvillkor, utbildning och arbetets art.⁶⁸ Arbeta som rent objektivt sett är lika ska ge samma lön oavsett om det utförs av en man eller en kvinna.⁶⁹

I artikel 4 stadgas vidare att om arbetsvärderingssystem används för att bestämma lön ska det vara ”baserat på samma kriterier för både kvinnor och män och vara utformat så att det utesluter all könsdiskriminering”. Det innebär bl.a. att ett arbetsvärderingssystem inte får vara baserat bara på arbetstagare av det ena könets genomsnittliga prestationer för att bestämma om arbetet ska anses vara tungt eller ansträngande.⁷⁰

2.4.3 Förslag om ändringar i mödraskyddsdirektivet

Förra året kom ett förslag från kommissionen om ändringar i mödraskyddsdirektivet⁷¹ som ett led i jämställdhetsarbetet med syfte att förbättra skyddet för de kvinnliga arbetstagare som omfattas av direktivet. Bakgrunden till förslaget var upprepade efterfrågningar från rådet och parlamentet om att ge bättre möjligheter för kvinnor och män att förena arbete och familj och om förbättringar i skyddet för gravida, mammalediga och föräldralediga arbetstagare.⁷² Förslaget om ändringar i mödraskyddsdirektivet innebär bland annat en förlängd mammaledighet och ändrade villkors-, ersättnings- och bevisregler.

2.4.3.1 Förlängd mammaledighet

En av förändringarna innebär en förlängd mammaledighet från 14 till 18 veckor samtidigt som den obligatoriska delen förlängs till sex veckor som ska förläggas efter födseln. Den längre mammaledigheten är avsedd att ge mamman bättre möjlighet att återhämta sig efter förlossningen, ge henne mer tid att amma och för att hon bättre ska kunna knyta an till barnet. Kommissionen tror att förslaget kan medföra att kvinnor tar ut föräldraledighet i mindre utsträckning eftersom de anser att det är lättare för kvinnor att återgå till arbetet när barnet är äldre och att detta skulle ge arbetsgivarna en större möjlighet att förutse deras frånvaro.⁷³

Senare födsel och sjukledighet ska inte förkorta mammaledigheten. Om barnet föds senare än förväntat förlängs den delen av ledigheten som förlagts innan barnet födelse utan att ledigheten efter födseln påverkas. Behöver en kvinnlig arbetstagare vara sjukledig på grund av graviditetsrelaterad sjukdom eller komplikationer som har samband med

⁶⁸ Likabehandlingsdirektivets preambel punkt 9.

⁶⁹ Mål C-237/85 Gisela Rummler mot Dato-Druck GmbH [1986] ECR 02101.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ KOM (2008) 637 slutlig från Internetsidan <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0637:FIN:SV:PDF>.

⁷² KOM (2008) 637 slutlig s. 2. Från den allmänna bakgrunden i förslaget framgår även att parlamentet i en resolution från 2007 har uppmanat medlemsstaterna att fördela ersättningen vid mamma- och föräldraledighet på så sätt att kvinnliga arbetstagare inte längre ska vara en dyrare arbetskraft än manliga arbetstagare.

⁷³ KOM (2008) 637 slutlig s. 6, 8 och 14.

graviditeten ska detta inte förkorta mammaledigheten. Regeln gäller för sjukledighet som inträffar fyra veckor eller mer innan födseln.⁷⁴

Kompletterande ledighet ska ges till kvinnliga arbetstagare vars barn fötts för tidigt, när barnet har funktionshinder eller måste vistas på sjukhus efter födseln eller vid flerbarnsfödelse för att de kvinnorna ska få mer tid att återhämta sig från den stress detta kan innebära. Längden på den kompletterande ledigheten ska bestämmas av medlemsländerna.⁷⁵

2.4.3.2 Ändringar av ersättningsreglerna och övriga villkor

Ersättningsreglerna föreslås ändras så att ersättningen under mammaledigheten ska motsvara en full månadslön för att säkerställa att kvinnliga arbetstagare inte förlorar ekonomiskt i samband med födsel. Med längre mammaledighet och högre ersättning menar kommissionen att kvinnors säkerhet och hälsa förbättras och att det möjliggör för en bättre balans mellan kvinnans ”arbets- och familjerelaterade förpliktelser” och att detta skapar ”lika möjligheter för kvinnor och män på arbetsplatsen”. Ersättningen ska motsvara den senaste månadslönen före mammaledigheten eller en genomsnittlig månadslön. Eftersom regler om ersättning motsvarande full lön under mammaledigheten skulle kunna innebära orimliga kostnader för främst mindre företag behöll kommissionen regeln om att medlemsländerna får införa ett tak för ersättningen som inte ligger under nivån för ersättning vid sjukledighet.⁷⁶

Rätten för kvinnliga arbetstagare att ”återvända till samma eller ett motsvarande arbete med villkor som inte är mindre gynnsamma” efter mammaledigheten och att de ska ha rätt att ”komma i åtnjutande av varje förbättring i arbetsvillkoren som de skulle ha varit berättigade till under sin ledighet” föreslås införas i mödraskyddsdirektivet med reglerna i artikel 2.7 i likabehandlingsdirektivet från 2002 som förebild.⁷⁷ Tillsammans med längre mammaledighet förväntar sig kommissionen att dessa regler kommer att bidra till att säkerställa jämställdheten för kvinnliga arbetstagare som nyttjar dessa rättigheter beträffande ”deras möjligheter på arbetsmarknaden och behandlingen av dem på arbetsplatsen”.⁷⁸

2.4.3.3 Bevis, repressalier och påföljd

Från att det i det gällande mödraskyddsdirektivet endast finns en regel om att de som anser att deras rättigheter enligt direktivet åsidosatts ska ha möjlighet att få sina krav prövade i domstol eller behörig myndighet, föreslås nu att regler om bevisbörda och påföljder och skydd mot repressalier ska införas. Den som utövar sina rättigheter enligt direktivet ska få ett effektivt rättslig skydd mot repressalier. Bevisbördan blir delad på samma sätt som i det nya likabehandlingsdirektivet. Medlemsstaterna ska

⁷⁴ KOM (2008) 637 slutlig s. 8 och 14.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ KOM (2008) 637 slutlig s. 6, 9 och 15.

⁷⁷ Reglerna infördes även i artikel 15 i likabehandlingsdirektivet från 2006.

⁷⁸ KOM (2008) 637 slutlig s. 6, 9 och 15.

bestämma påföljderna för överträdelse, men när påföljden utgör betalning av ersättning får de inte införa ett högsta tak för ersättningen.⁷⁹

⁷⁹ KOM (2008) 637 slutlig s. 9 f och 15 f.

3 Mål från EG-domstolen om lön

Nedan redovisas i kronologisk ordning för en del av de EG-mål som behandlar lön under graviditet, mammaledighet och föräldraledighet.

3.1 Gillespie⁸⁰

Målet gällde dels storleken på ersättningen vid mammaledighet⁸¹ och dels en retroaktiv höjning av lönerna i ett kollektivavtal som de mammalediga arbetstagarna inte kunde tillgodoräkna sig. Beräkningen av ersättningen vid mammaledighet gjordes med utgångspunkt från den genomsnittliga veckolönen vilken skulle baseras på de två månadernas löner (nedan kallad referenslönen) som var femton veckor före den veckan födseln var beräknad till.

EG-domstolen konstaterade att ersättning från arbetsgivaren till kvinnliga arbetstagare under mammaledigheten är lön i den betydelse som avses i artikel 119 i fördraget och likalönsdirektivet eftersom den grundar sig på anställningsförhållandet. Domstolen hänvisade till tidigare mål där den uttalat att som lön räknas även förmåner som arbetsgivaren betalar ”med stöd av bestämmelser i lag och på grund av förekomsten av oavlönade anställningsförhållanden och som syftar till att tillförsäkra de anställda en inkomst, även om de, i vissa fall som angivits av lagstiftaren, inte utövar någon verksamhet enligt anställningsavtalet”⁸². Det viktiga är att förmånerna utbetalas i anslutning till anställningen och då har deras juridiska natur ingen betydelse.⁸³

Domstolen framhöll att de kvinnor som utnyttjar mammaledighet befinner sig i en särskild situation där de måste ges ett särskilt skydd men att den situationen inte är likvärdig situationen som arbetstagare av båda könen som faktiskt utför sitt arbete befinner sig i. På dessa grunder avvisades

⁸⁰ Mål C-342/93 Joan Gillespie m.fl. mot Northern Health and Social Services Board m.fl. [1996] ECR I-00475.

⁸¹ I den svenska översättningen av målet används ordet föräldraledighet. I detta fall var det endast kvinnor som omfattades av föräldraledigheten och den nationella lagen ”Statutory Maternity Pay (General) Regulations (Northern Ireland) 1987” som var tillämplig på denna föräldraledighet använde ordet ”maternity pay” fritt översatt moderskapsersättning. Även andra omständigheter talar för att det är mammaledighet som avses t.ex. det sätt på vilket domstolen anger syftet med ”föräldraledigheten” (se nedan i texten). Varken mödraskyddsdirektivet eller föräldraledighetsdirektivet var gällande vid tvisten i den nationella domstolen. Eftersom det enligt min mening var mammaledighet som avsågs i Gillespiemålet, kommer jag att använda den benämningen och utgå från det i mina resonemang.

⁸² Domstolens domskäl punkt 13 med hänvisning till målen Bötel (C-360/90), Kowalska (C-33/89) och Barber (C-262/88).

⁸³ Domstolens domskäl punkt 12 med hänvisning till målet Garland (12/81).

kärandenas krav på full lön. Eftersom mödravårdsdirektivet inte var tillämpligt ratione temporis⁸⁴ var det upp till medlemsstaten att bestämma ersättningens storlek, dock med vissa begränsningar. Ersättningen fick inte vara så liten att den äventyrade syftet med mammaledigheten "att skydda kvinnliga arbetstagare före och efter nedkomsten". EG-domstolen ansåg emellertid att ersättningen de käre fick var godtagbar.

Beträffande den retroaktiva lönehöjningen svarade EG-domstolen att det vore att diskriminera en mammaledig kvinnlig arbetstagare "enbart i hennes egenskap av arbetstagare" att inte bevilja henne den höjning som skett under mammaledigheten. Domstolen resonerade att kvinnan skulle ha fått lönehöjningen om hon inte hade blivit gravid. Eftersom ersättningen vid mammaledighet beräknades på en genomsnittlig lön som arbetstagaren uppburit i tjänst under en viss period var det diskriminerande att neka en kvinnlig mammaledig arbetstagare som var fortsatt bunden till sin arbetsgivare genom arbetsförhållandet eller avtalet, den retroaktiva lönehöjningen som inträffat mellan början av perioden för referenslönen och slutet av mammaledigheten, som verksamma arbetstagare erhöll.

Generaladvokatens förslag till förhandsavgörande grundade sig på idén om att det vore direkt diskriminerande på grund av kön att sänka lönen för en gravid arbetstagare som arbetar, d.v.s. före mammaledigheten, på grund av det faktum att hon var gravid. Med stöd av detta menade generaladvokaten att en kvinna som var mammaledig skulle ha rätt till en retroaktiv höjning som enbart avsåg en höjning av lönen den period kvinnan verkligen hade arbetat, innan hon blev mammaledig.⁸⁵

3.1.1 Doktrinen om Gillespie

Enligt Lundström kan Gillespie klassificeras som ett fall som behandlar frågorna direkt diskriminering och indirekt lön. I tidigare mål hade enligt Lundström domstolen valt bort kriteriet att arbetet skulle vara lika eller likvärdigt som en arbetstagare av motsatt kön utförde när det förekom direkt diskriminering och frågan gällde indirekt lön. Lundström menar att domstolen genom att hänvisa till de mammaledigas särskilda ställning gjorde ett undantag från sin tidigare praxis i behandlingen av indirekta löner vilket fick till följd att likalönsprincipen inte var tillämplig på mammalediga arbetstagare eftersom det inte fanns något arbete som var lika eller likvärdigt.⁸⁶

Både Lundström och Julén Votinius drar paralleller till målet Dekker⁸⁷. I Dekker ansågs direkt diskriminering föreligga när en kvinnlig arbetstagare missgynnas på grund av sin graviditet och mammaledighet, medan

⁸⁴ Inte tillämpligt i tiden. Det behövde inte ha och hade inte implementerats i den nationella lagstiftningen vid tidpunkten för den uppkomna tvisten.

⁸⁵ Som exempel lämnades det fall att "en arbetstagare som lämnar sitt arbete i juli [ska] ha rätt till en retroaktiv lön inklusive hela den höjning som skett i november för månaderna april till juli".

⁸⁶ Lundström 1999, s. 238.

⁸⁷ Mål C-177/88 Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen [1990] ECR I-3941. Se kapitel 2.2.4 Dekker.

domstolen i Gillespie krävde en arbetstagare i en jämförbar situation för bestämmandet av ersättningen vid mammaledighet.⁸⁸

Julén Votinius menar att det visat sig vara svårt för mammalediga att visa på arbetstagare med jämförbar situation eftersom domstolen i senare mål vidmakthållit att de mammalediga arbetstagarna ”befinner sig i en helt egen situation”.⁸⁹

3.1.2 Analys om diskriminering

Avgörandet i Gillespie skulle kunna ses som att EG-domstolen tillämpat två olika regler beträffande lön till mammalediga. Dels har mammaledighet ansetts vara en sådan särskild situation där det inte går att tillämpa likalönsprincipen på lönen eftersom det inte finns någon arbetstagare av manligt kön som utför lika eller likvärdigt arbete. Dels har domstolen konstaterat att mammalediga ska kunna tillgodoräkna sig retroaktiv lönehöjning på grund av att de skulle ha erhållit höjningen om de inte blivit gravida⁹⁰. Om det var själva höjningen eller om det bara var beslutet om en retroaktiv lönehöjning som inträffade under tiden de var mammalediga och därmed var i en särskild situation nämndes inte. De mammalediga skulle möjligtvis om man utgår från idén om den särskilda situationen kunna få löneökningen med start från det att de väl var tillbaka från mammaledigheten och faktiskt utförde arbete, om den faktiska höjningen räknades från en tid då arbetstagaren var mammaledig. Liknande resonemang beträffande höjningen skulle annars kanske kunna göras även beträffande lönen; den mammalediga arbetstagaren skulle ha fått behålla sin fulla lön om hon inte blivit gravid. Det är enligt min mening inte helt enkelt att följa EG-domstolens resonemang och tolka vad tillgodoräkandet av den retroaktiva lönehöjningen grundades på. Det framgår varken av domstolens domskäl eller av generaladvokatens förslag, om de klagande varit mammalediga eller arbetande den period som den retroaktiva lönehöjningen skulle börja räknas från. Domstolens resonemang om att kvinnan skulle ha fått lönehöjningen om hon inte hade varit gravid verkar vara hämtat från generaladvokatens förslag. Resonemangen skiljer sig dock åt på så sätt att domstolen inte uttryckligen har satt gränsen att den tid den retroaktiva lönen börjar gälla från måste avse en period den mammalediga verkligen arbetat.

Således skulle man kunna tolka domstolens dom som att såväl en retroaktiv höjning med start för höjningen under den tid arbetstagaren var mammaledig som en retroaktiv höjning som omfattade den period arbetstagaren arbetade, skulle räknas in i beräkningen av ersättningen vid mammaledighet. Endast för det fall att domstolen menade att lönehöjningen avsåg en höjning av lönen enbart för de månader den mammalediga arbetstagaren verkligen hade arbetat, i enlighet med generaladvokatens

⁸⁸ Julén Votinius, Jenny, *Föräldrar i arbete – En könskritisk undersökning av småbarnsföräldrars arbetsrättsliga ställning*, Göteborg och Stockholm 2007, s. 238f och Lundström 1999, s. 238.

⁸⁹ Julén Votinius 2007, s. 238 f.

⁹⁰ Domstolen hänvisar här till graviditet när målet handlar om mammaledighet. Möjligtvis kan detta vara en passus till målet Dekker – direkt diskriminering på grund av graviditet.

förslag, är domstolens resonemang enligt min åsikt begripligt. Endast då håller resonemanget om att mammalediga arbetstagare och arbetande arbetstagare inte är i en likvärdig situation och jag har därför valt att tolka domstolens utlåtande på det sättet.

Resultatet av domstolens dom blev i alla fall att det för mammalediga inte är möjligt att tillämpa likalönsprincipen på själva grundlönen men däremot på en höjning av ersättningen vid mammaledighet genom en höjning av grundlönen. Jämförelsegruppen domstolen använde sig av för att utröna om det förelåg lönediskriminering i fråga om storleken på ersättningen vid mammaledighet var i det här fallet arbetstagare (män och kvinnor) som utförde arbete. Eftersom de inte ansågs vara i jämförbara situationer förelåg det ingen direkt diskriminering.

3.1.3 Analys om minsta skydd

Att inte kvinnliga arbetstagare med stöd av artikel 119 kunde säkerställas bibehållen lön under mammaledigheten följde enligt domstolen av att de inte var i en jämförbar situation med arbetstagare som arbetade. Men vad var det som gjorde att domstolen ändå fastslog en miniminivå för ersättningen? Domstolen menade att likabehandlingsdirektivet inte var tillämpligt för att diskutera lönefrågan eftersom det framgick av det andra övervägandet i likabehandlingsdirektivet⁹¹ att det direktivet inte avsåg lön i samma bemärkelse som artikel 119 och likalönsdirektivet. Reglerna i mödraskyddsdirektivet om bibehållen eller skälig lön som garanterade ”minst samma inkomst som arbetstagaren ifråga skulle ha uppburit vid arbetsuppehåll av hälsoskäl, med förbehåll för eventuellt tak för ersättningen som fastställts i nationell lagstiftning”⁹² kunde inte tillämpas eftersom inte mödraskyddsdirektivet var tillämpligt ur tidsperspektiv. Domstolen gick över till att förklara att kvinnliga arbetstagare varken med stöd av artikel 119 EEG eller av likalönsdirektivet hade rätt till bibehållen lön under mammaledigheten och att det inte fanns några regler i dessa bestämmelser angående hur stor ”den ersättning som de hade rätt till under denna tid” skulle vara. Domstolen anger enligt min åsikt redan genom detta uttalande att den anser att mammalediga arbetstagare har rätt till ersättning. Varifrån den hämtat den uppfattningen framkommer inte. Julén Votinius verkar ha tolkat domstolens uttalanden som att den använde sig av regler från mödraskyddsdirektivet för att bestämma att en miniminivå ska finnas för mammaledighetsersättning.⁹³ Det är möjligt att det förhöll sig så eftersom det syftet som domstolen hänvisade till i sitt skäl för en miniminivå – att skydda den kvinnliga arbetstagaren före och efter förlossningen – verkar vara hämtat från de regler i mödraskyddsdirektivets som domstolen

⁹¹ Egentligen framgår det av övervägandena 1 till 3 i likabehandlingsdirektivet 76/207/EEG. Det första övervägandet hänvisar till att det i resolutionen om ett socialt åtgärdsprogram angavs vikten av att vidta åtgärder för att uppnå jämställdhet mellan könen i fråga om bl.a. arbetsvillkor, däribland lön. I det andra övervägandet stadgades att i fråga om lönen hade likalönsdirektivet antagits. I det tredje övervägandet anges att det var nödvändigt att även realisera principen om likabehandling i fråga om andra arbetsvillkor.

⁹² Mödraskyddsdirektivet artiklarna 2, 8 och artikel 11 punkterna 2 och 3.

⁹³ Julén Votinius, 2007, s. 238.

resonerade kring. Domstolens uttalande att det var upp till medlemsstaten att bestämma mammaledighetsersättningens storlek med beaktande av ledighetens längd och om det fanns andra förmåner som gavs den mammalediga eftersom mödraskyddsdirektivet inte var tillämpligt i tiden, tyder hur som helst på att domstolen utgått ifrån att det även innan mödraskyddsdirektivet fanns något som gjorde det möjligt att tala om en minimiersättning för mammalediga arbetstagare trots att regler då saknades på området.

När domstolen så fastställt att en miniminivå skulle finnas för ersättningen vid mammaledighet är nästa fråga vilken omfattning den skulle kunna få. I rättsfallet talas som tidigare nämnts om föräldraledighet men den var i medlemsstaten förbehållen kvinnliga arbetstagare. Genom domstolens hänvisning till syftet med ledigheten ”att skydda kvinnliga arbetstagare före och efter nedkomsten”, avsåg enligt min åsikt domstolen föräldraledighet förbehållen kvinnliga arbetstagares d.v.s. mammaledighet. Även domstolens resonemang kring mödraskyddsdirektivets regler tyder på detta. Föräldraledighetsdirektivet hade inte tillkommit och regler om föräldraledighet för fäder fanns inte på EG-rättslig nivå. Om domstolen avsåg föräldraledighet som skulle kunna utsträckas till att även gälla den föräldraledigheten som kan utnyttjas av arbetstagare av båda könen hade de förmodligen inte hänvisat till syftet som ovan.

3.2 Boyle⁹⁴ – avtalsvillkor om ytterligare ersättning utöver den lagstadgade

En av frågorna i Boyle var om ett villkor i anställningen som ger den anställda en lön under mammaledigheten som överstiger den nationellt lagstiftade mammaledighetsersättningen, kan ha som förbehåll att den som varit mammaledig ska återgå till arbetet i minst en månad efter ledigheten eller bli återbetalningsskyldig för den extra summa som arbetsgivaren utbetalt, utan att det strider mot bestämmelser i EG-rätten.⁹⁵ Enligt domstolen var detta villkor förenligt med EG-rätten, närmaren bestämt artikel 119 EEG, likalönedirektivet och mödraskyddsdirektivet. Den omständigheten att en anställd som ville ta ut sjukledighet inte var tvungen förbinda sig att återbetala viss del av lönen om de inte återupptog arbetet efter ledigheten ansåg EG-domstolen sakna betydelse eftersom den särskilda situation som en mammaledig befinner sig inte kunde likställas med situationen för en sjukskriven manlig eller kvinnlig arbetstagare.

Domstolen hänvisade till att syftet med mammaledigheten var att skydda ”dels kvinnans biologiska tillstånd under och efter graviditeten, dels den särskilda relation mellan kvinnan och hennes barn under den period som följer efter graviditeten och förlossningen” och då stred det inte mot artikel

⁹⁴ Mål C-411/96 Margaret Boyle m.fl. mot Equal Opportunities Commission [1998] ECR I-6401.

⁹⁵ Jag redovisar här endast för två av de fem frågor som behandlades i målet Boyle eftersom jag anser att de bäst belyser mina frågeställningar.

119 och likalönedirektivet eftersom sjuklediga arbetstagare inte var i en jämförbar situation.⁹⁶ Generaladvokaten, vars uttalande om syftet med mammaledigheten domstolen tog fasta på, förklarade även skillnaden med att en sjukskriven man ”skulle ha fortsatt att arbeta om han inte hade blivit sjuk och måste återuppta arbetet när han blir frisk” och måste följa läkarens behandling medan ”kvinnan under mammaledigheten inte bara [är] befriad från att arbeta utan även från varje annan skyldighet enligt sitt anställningsavtal”.

Frågan om villkoret att återgå till arbetet aktualiserade även frågan om tolkningen av artiklarna 8 och 11 – vilken tid ska räknas som mammaledighet enligt mödravårdsdirektivet och vad avses med uttrycket ”bibehållen lön och/eller skälig ersättning”. Det lägsta belopp som kunde utgå vid mammaledighet enligt nationella bestämmelser var samma belopp som utgick vid sjukdom enligt nationell lagstiftning. Sjuklönen enligt anställningsavtalet var förmånligare och gav full lön i sex månader under en tolv månadersperiod, därefter halva lönen i tolv månader under en fyraårsperiod. Ersättningen vid mammaledighet var även den förmånligare än den nationellt lagstadgade under förutsättning att vissa krav angående typ av anställning och anställningstid uppfylldes och att den anställda hade valt att gå med på att återvända till arbetet i minst en månad efter mammaledigheten. Om dessa villkor uppfylldes erhöll den anställda full lön i tre månader under mammaledigheten och fick även möjlighet att ta ut ytterligare oavlönad mammaledighet som tillsammans med den betalda ledigheten fick vara högst 52 veckor. Enligt nationell lagstiftning hade alla kvinnliga arbetstagare rätt till fjorton veckors sammanhängande mammaledighet. De arbetstagare som varit anställda minst tjugosex veckor utan avbrott viss tid innan beräknad förlossning hade rätt att av arbetsgivaren erhålla Statutory Maternity Pay (hädanefter SMP). Den kunde utgå under maximalt 18 veckor och ersättningen kunde antingen vara nittio procent av kvinnans normala veckolön i sex veckor och ett lägre schablonbelopp resten av tiden eller schablonbeloppet alla veckorna beroende på om kvinnan uppnådde viss anställningstid eller inte. För de arbetstagare som inte uppfyllde kravet för att få SMP fanns rätten att erhålla ett moderskapsstöd som vid tiden för förhandsavgörandet uppgick till samma belopp som schablonersättningen vid SMP.

Kommissionen ansåg i sitt yttrande att det stred mot mödraskyddsdirektivets artikel 11 att ha som villkor att den mammalediga skulle betala tillbaka den ersättning som arbetsgivaren lagt till utöver den nationellt lagstadgade ersättningen eftersom hon då inte skulle ha erhållit samma lön av arbetsgivaren som om hon varit ledig på grund av sjukdom. Generaladvokaten, vars uttalanden domstolen verkar ha utgått ifrån, ansåg att kommissionen missuppfattat termen ”skälig” i artikel 11.3 och hänfört den till både uttrycket ”bibehållen lön” och ”skälig ersättning” i artikel 11.2 b.⁹⁷ Enligt generaladvokaten skulle ”bibehållen lön” tolkas så att det inte

⁹⁶ Boyle punkt 41. Domstolen hänvisade till mål 184/83 Hoffman där syftet med mammaledigheten etablerades och mål C-136/95 Thibault.

⁹⁷ Eftersom att jag inte fått tag i kommissionens yttrande har jag inte haft möjlighet att kontrollera om generaladvokatens tolkning av kommissionens yttrande stämmer.

handlade om full lön utan om att arbetstagaren fortsatte att erhålla lön från arbetsgivaren under mammaledigheten och den kunde vara lägre än den lönen arbetstagaren hade när hon utförde arbete. Detta eftersom att termen ”lönen bibehålls”, som skulle beteckna full lön, inte användes istället⁹⁸ och eftersom uttrycket ”bibehållen lön och/eller skälig ersättning” annars skulle kunna innebära att arbetstagaren kunde få mer än full lön som mammaledig. Enligt både EG-domstolen och generaladvokaten ska en mammaledig arbetstagare erhålla minst den ersättning som skulle utgå enligt de nationella bestämmelserna vid sjukdom.

Den ledighet i målet Boyle som skulle räknas som mammaledighet enligt artikel 8 i mödraskyddsdirektivet ansågs vara de fjorton veckor som enligt de nationella bestämmelserna omfattade alla arbetstagare vars lägsta ersättning var moderskapsstödet. Mammaledighet utöver de fjorton veckorna benämndes ”annan ledighet för att vårda ett nyfött barn”. Den mammaledighetsersättning (SMP) som vissa anställda kunde få beroende på anställningstid klassificerade generaladvokaten som föräldrapenning. Det är alltså bara vid mammaledighet som skyddas av mödraskyddsdirektivet som EG-rätten kräver att det finns en lagstadgad miniminivå.

3.2.1 Doktrinen om Boyle

Julén Votinius sluter sig till de forskare som menar att domstolens uppfattning om den alldeles speciella situationen som kvinnor befinner sig i vid mammaledighet grundas i att syftet med mammaledigheten är förutom att ”säkerställa kvinnans fysiska återhämtning efter förlossningen”, även att skydda relationen mellan barnet och mamman.⁹⁹ Julén Votinius utvecklar tanken och menar att mammaledigheten just genom syftet att skydda relationen mellan mamman och barnet, skiljer sig från annan betald ledighet, och därigenom utmanar arbetslivets norm om begränsat omsorgsansvar (utom den del av mammaledigheten som är obligatorisk, vilken enligt Julén Votinius oftast är till för kvinnans fysiska återhämtning). När den kvinnliga arbetstagaren genom att vara mammaledig inte bistår arbetsgivaren med sin arbetskraft och inte sätter arbetsgivarens marknadsintresse högre än intresset av att vara förälder är det orimligt att kvinnan samtidigt ska erhålla samma ekonomiska rättigheter som när hon står till arbetsgivarens förfogande, om man inte är beredd att ifrågasätta arbetslivets norm om begränsat omsorgsansvar. Detta är enligt Julén Votinius något som domstolen inte varit beredd att göra.¹⁰⁰

⁹⁸ I den spanska originalversionen av generaladvokatens förslag punkt 32: ”mantenimiento de una retribución y no de la retribución” i engelska översättningen: ”maintenance of a payment, not of pay” i svenska översättningen: ”bibehållen lön och inte om att lönen bibehålls”.

⁹⁹ Julén Votinius, 2007, s 244 med hänvisning till Foubert i fotnoten.

¹⁰⁰ Julén Votinius, 2007, s. 29 och 245. Normen ”arbetslivets norm om begränsat omsorgsansvar” förklarar Julén Votinius som att reglerna om föräldraskap förstås i arbetslivet ”mot bakgrund av argument, praktiker och regler som stöder arbetsgivarens marknadsorienterade intresse framför föräldrantresset, och som innebär att arbetstagarens föräldraskapsrelaterade åtaganden inte ska inkräkta på arbetet” (s. 29).

3.2.2 Analys om diskriminering

EG-domstolen prövade om villkoret att betala tillbaka en del av mammaledighetsersättningen om arbetstagaren inte återgick till arbetet i minst en månad efter ledigheten var direkt diskriminerande och stred mot artikel 119 och likalönedirektivet. Det rörde sig om olika regler men frågan var om situationerna var jämförbara. De kående menade att de var diskriminerade eftersom villkoret inte fanns för de som tog ut sjukledighet. Då EG-domstolen inte ansåg att grupperna var i jämförbara situationer kunde inte direkt diskriminering anses föreligga. Orsaken enligt domstolen till att jämförelsen inte kunde göras var återigen syftet med mammaledigheten; att skydda kvinnans biologiska tillstånd och att skydda mamma-barnrelationen. Syftet med mammaledigheten som det gestaltas i domskälen i Boyle är något som uppkommit genom domstolsuttalanden. Om man istället ser mammaledigheten främst som en möjlighet för kvinnan att återhämta sig från den fysiska och kanske psykiska omställning en förlossning och tiden strax före innebär kanske jämförelsen med en sjukskriven inte behöver vara så avlägsen. Enligt ordalydelsen av mödraskyddsdirektivet kan dessutom all mammaledighet tas ut innan födsel (även om det verkar motverka syftet att skydda arbetstagarens hälsa). Är det då relationen mellan mamman och fostret som man avser att skydda? Julén Votinius m.fl. gör gällande att den mammaledigas särskilda situation uppkommer på grund av att syftet även inkluderar skyddet av mamma-barnrelationen.¹⁰¹ Enligt min åsikt verkar detta bidra en del. Problemet med att omfatta skyddet av kvinnans relation med barnet i syftet med mammaledigheten är att det verkar vara svårt att hitta någon arbetstagare i en jämförbar situation.

3.2.3 Analys om minsta skydd

Eftersom det i målet Boyle framgick att begreppet mammaledighet i medlemslandet inte var ett enhetligt begrepp var generaladvokaten tvungen att göra egna tolkningar av innebörden av de olika mammaledigheterna. Generaladvokaten och domstolen bestämde sig för att det bara var den allmänna mammaledigheten i den nationella lagstiftningen, fjorton veckors ledighet, som skulle räknas som mammaledighet i den bemärkelse som avsågs i artikel 8 i mödraskyddsdirektivet. Den övriga ledigheten skulle räknas som "annan ledighet för att vårda ett nyfött barn".¹⁰² Den enda ledigheten som fanns för föräldrar i EG-rätten vid den här tiden var den ledighet en kvinnlig arbetstagare kunde ta ut i samband med förlossningen enligt artikel 8 i mödraskyddsdirektivet, minst fjorton veckor varav två obligatoriska. Generaladvokatens bedömning att inte all tid som kunde tas ut

¹⁰¹ Julén Votinius, 2007, s 244 med hänvisning till Foubert i fotnoten.

¹⁰² I Gillespie var det den ersättning de kående erhöll de arton veckorna som SMP utgick som skulle vara rimlig. Det framgick inte av texten om den tiden var den kortaste tiden en arbetstagare kunde vara mammaledig eller om det som i Boyle fanns en lägre gräns. Om det fanns en lägre gräns har generaladvokatens uttalande medfört att fyra veckors ledighet som i Gillespie skulle räknas som mammaledighet istället behandlades som annan ledighet för vård av nyfött barn (senare föräldraledighet genom föräldraledighetsdirektivet).

som mammaledighet skulle räknas som mammaledighet i den bemärkelse som avsåg i direktivet, berodde möjligtvis på att ersättning annars borde utgå även vid den extra mammaledighet som arbetstagaren i vissa fall fick ta ut utan lön, vilket skulle innebära stora kostnader för arbetsgivaren.

Hur skulle då ersättningen vid ”egentlig” mammaledighet bedömas? Generaladvokaten slöt sig till att bibehållen lön inte är detsamma som full lön efter ett resonemang om att det av direktivet framgår att både lön och ersättning kan utgå vid mammaledighet. Resultatet blev att den minsta ersättningen som en arbetstagare kan erhålla vid mammaledighet är den ersättning som utgår vid ledighet på grund av sjukdom enligt den nationella lagstiftningen om social trygghet. Även om lagstiftarna kanske avsåg att ge arbetstagaren minst det hon skulle ha fått av arbetsgivaren som sjukskriven har är den tolkning generaladvokaten gjorde förenlig med lagtextens ordalydelse. EG-domstolen följde generaladvokatens förslag och den lägsta skyddsnivån för den övriga mammaledigheten (nu föräldraledighet) blev ingen ersättning alls.

3.3 Boyle¹⁰³ – rätten till pension

Boyle omfattade även frågan om det strider mot EG-rätten att ha ett villkor som innebär att endast i den mån arbetstagaren uppstår lön från arbetsgivaren eller den nationella lagstiftningen under mammaledigheten är denna tid pensionsgrundande i pensionssystem som helt finansieras av arbetsgivaren.

Domstolen menade att rätten till pension inom ett pensionssystem som helt finansieras av arbetsgivaren är en sådan rättighet i anställningsavtalet som ska bibehållas under mammaledigheten enligt artikel 11.2 a i mödraskyddsdirektivet. Då det inte finns några möjligheter för medlemsländerna att införa villkor som arbetstagaren ska uppfylla för att vara berättigad de rättigheter som omfattas av artikel 11.2 a, såsom det kan finnas för att erhålla lön eller ersättning under mammaledigheten, ansåg domstolen det strida mot mödraskyddsdirektivet att villkora att endast mammaledighet då lön eller ersättning utgår, ska vara pensionsgrundande. Det var däremot endast den mammaledigheten som domstolen ansåg omfattas av mödraskyddsdirektivet d.v.s. de 14 veckorna som erhöles i lagen som avsågs – inte den ytterligare oavlönade mammaledigheten som arbetstagaren kunde erhålla genom anställningsavtalet.

Eftersom villkoret stred mot mödraskyddsdirektivet ansåg domstolen inte det nödvändigt att undersöka om det även stred mot artikel 119 i fördraget och likalönsdirektivet. Avseende frågan om rätten till pension var frågan om diskriminering därmed inte aktuell i Boyle.

¹⁰³ Mål C-411/96 Margaret Boyle m.fl. mot Equal Opportunities Commission [1998] ECR I-6401.

3.3.1 Analys om minsta skydd

Om ett avtal om tjänstepension som finansieras av arbetsgivaren ingår i anställningsavtalet strider det mot mödrskyddsdirektivet om arbetsgivaren inte räknar tiden av mammaledighet som pensionsgrundande, oavsett om den mammalediga arbetstagaren då uppbär lön eller ersättning eller inte. Eftersom det inte fanns några regler i EG-rätten som stadgade att rättigheter i anställningsavtalet även skulle bibehållas för arbetstagare som var lediga med den ytterligare mammaledighet som EG-domstolen ansåg inte omfattas av reglerna i mödrskyddsdirektivet, stred det inte mot EG-rätten att inte räkna den tiden som pensionsgrundande. Trots att pension räknas som lön enligt artikel 141 EG¹⁰⁴ valde EG-domstolen att pröva frågan enbart utifrån mödrskyddsdirektivet och slog fast att pensionsystem som helt finansieras av arbetsgivaren ska ses som en rättighet i anställningsavtalet som ska bibehållas under mammaledigheten. Den ytterligare mammaledigheten som EG-domstolen inte ansåg omfattas av reglerna i mödrskyddsdirektivet kan hänföras till föräldraledighet, vilket innebär att enligt EG-rätten erhåller arbetstagare ett skydd beträffande pensionspremier under mammaledigheten men inte under föräldraledigheten.

3.4 Høj Pedersen¹⁰⁵

Målet omfattade fyra kvinnor som alla haft ett graviditetsförlopp svårare än genomsnittet före tre månader innan beräknad förlossning vilket enligt den nationella lagstiftningen var den tidigaste tidpunkten ersättning kunde erhållas för arbetsoförmåga vid graviditet. Den första och andra kvinnan var helt arbetsoförmögna och deras arbetsgivare hänvisade dem till att begära förtidsdagpenning vid mammaledighet och betalade inte ut deras lön. Angående den tredje kvinnan var det enligt domstolen inte klart vid den nationella förhandlingen hur hennes arbetsförmåga skulle bedömas.¹⁰⁶

Enligt den nationella lagstiftningen skulle arbetsgivaren betala ut full lön till en arbetstagare som var totalt arbetsoförmögen på grund av sjukdom. Bestämmelserna gällde däremot inte för arbetsoförmåga vid sjukdom som hade uppstått på grund av graviditet. Då gällde istället att arbetsgivaren skulle ersätta en gravid kvinna som var arbetsoförmögen halv lön tidigast tre månader innan beräknad födsel och senast tre månader efter födseln i högst fem månader. Dagpenning vid mammaledighet fick tas ut från och med den fjärde veckan innan den beräknade födseln om det enligt medicinsk bedömning ansågs vara risk för den gravidas eller fostrets hälsa vid fortsatt arbete eller när själva arbetets karaktär kunde innebära risk för fostret kunde arbetstagaren även innan den fjärde veckan ta ut dagpenning, s.k. förtidsdagpenning vid mammaledighet.

¹⁰⁴ Se mål 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz [1986] ECR 1651.

¹⁰⁵ Mål C-66/96 Høj Pedersen m.fl. mot Kvickly Skive m.fl. [1998] ECR I-7327.

¹⁰⁶ Jag har valt att benämna den kvinnan som i målet var den fjärde kvinnan som den tredje kvinnan eftersom jag inte kommer att redogöra för frågan som rör den i målet tredje kvinnan.

EG-domstolen påtalade att den lön som arbetsgivaren betalar vid arbetstagarens sjukledighet omfattas av begreppet lön i artikel 119 enligt en fast praxis i domstolen och att frågorna skulle besvaras med hänsyn till artikel 119 och likalönsdirektivet. Då alla arbetstagare enligt de nationella reglerna hade rätt till fortsatt full lön vid frånvaro på grund av arbetsoförmåga vid sjukdom utom vid arbetsoförmåga som berodde på en graviditetsrelaterad sjukdom som inträffat innan mammaledigheten, ansåg domstolen det vara diskriminerande mot kvinnliga arbetstagare eftersom skillnaden i huvudsak var grundad på graviditeten. Däremot ansåg domstolen att om dagpenningen var av samma belopp som full lön, var det upp till den nationella domstolen att avgöra om det kunde ge upphov till diskriminering i strid mot artikel 119 att arbetstagaren istället erhöll dagpenning.¹⁰⁷

Generaladvokaten konstaterade att detta var första gången som en gravid kvinnas rättigheter skulle prövas med stöd av artikel 119 och likalönsdirektivet då tidigare avgöranden rört frågor som omfattas av likabehandlingsdirektivet. Han började sin undersökning av frågorna genom att jämföra en arbetstagares graviditetsrelaterade arbetsoförmåga med mammaledighet som tagits ut i förtid och framhöll att dessa situationer inte kunde likställas. Detta av den orsaken att mammaledighetens omfattning fastställs på förhand, inte är beroende av att arbetstagaren är sjuk och att en mammaledig arbetstagare är befriad från alla skyldigheter enligt anställningsavtalet medan en arbetstagare som är arbetsoförmögen på grund av graviditetsrelaterad sjukdom endast kan vara ledig den tid det anses ta för att hon ska vara återställd, måste ha ett läkarintyg som styrker arbetsoförmåga och måste följa läkarens föreskrifter. Däremot ansåg generaladvokaten inte att det fanns någon skillnad i arbetssituationen för en kvinnlig arbetstagare som har en graviditetsrelaterad sjukdom som gör henne arbetsoförmögen och en manlig arbetstagare som är arbetsoförmögen på grund av sjukdom eftersom ovanstående om arbetstagare som är arbetsoförmögna på grund av graviditetsrelaterad sjukdom även gäller för manliga arbetstagare som är arbetsoförmögna på grund av sjukdom. Situationerna var alltså jämförbara och eftersom skillnaden i behandlingen grundade sig på en situation som endast kvinnor kunde befinna sig i förelåg enligt generaladvokaten direkt diskriminering.

Generaladvokaten och EG-domstolen konstaterade att det stred mot likalönsdirektivet och artikel 119 i EG-fördraget att i nationell lagstiftning föreskriva att en gravid kvinna som blir arbetsoförmögen till följd av en graviditetsrelaterad sjukdom som styrkts med läkarintyg innan mammaledigheten inte har rätt att få ut full lön av sin arbetsgivare, när en arbetstagare som har läkarstyrkt sjukdom som inte har samband med graviditet har rätt till full lön. Beträffande den första och andra kvinnans situationer var domstolen och generaladvokaten eniga om att de omfattades av detta svar.

¹⁰⁷ Skulle en dagpenning på samma nivå som lönen ändå utgöra ett missgynnande, t.ex. för att förmåner som pensionsrätt inte räknas, så skulle enligt domstolen de svarandes synpunkt om att målet med skillnaden var att fördela de ekonomiska bördor som graviditet medförde, inte vara en objektiv faktor som inte hade samband med diskriminering på grund av kön.

Den tredje kvinnan hade varit inlagd på sjukhus för hastig viktförlust som berodde på uppkastningar och kraftigt illamående. Hon hade läkarintyg på arbetsoförmågan och diagnosen hyperemesis gravidarum, vilket innebar en risk för moderns och fostrets hälsa. Enligt den nationella rätten förelåg ingen rätt till dagpenning ”vid vanliga graviditetsbesvär som inte medför någon arbetsoförmåga, till exempel illamående, obehag, uppkastningar, mindre blodbrist eller mindre blodtrycksförhöjning, och när frånvaron från arbetet stöds av ett läkarintyg som inte motiveras av egentliga sjukdomstillstånd hos eller särskild risk för fostret”.¹⁰⁸ EG-domstolen slog fast att en gravid arbetstagarare som innan mammaledigheten är frånvarande från arbetet på grund av allmänna graviditetsbesvär eller en medicinsk rekommendation när det inte finns någon risk för att fostret skadas eller risk för den gravidas hälsa och det inte är fråga om arbetsoförmåga, inte kan anses diskriminerad på grund av kön om arbetsgivaren minskar eller helt drar in lönen. Frånvaron beror i de fallen inte på graviditeten utan på den gravida arbetstagararens egna val att inte arbeta.¹⁰⁹

3.4.1 Doktrinen om Høj Pedersen

Barnard anser att domstolen valde att pröva om diskriminering förelåg med användning av en jämförelseperson eftersom de tog upp jämförelsen med att en arbetstagarare som var arbetsoförmögen på grund av sjukdom som inte var graviditetsrelaterad trots att domstolen i Dekker och i mål därefter fastslagit att mindre fördelaktig behandling som beror på graviditet är direkt diskriminering på grund av kön, utan behov av någon jämförelseperson.¹¹⁰

3.4.2 Analys om diskriminering

Generaladvokaten anmärkte i sitt förslag till förhandsavgörande att det var första gången frågan om en gravid arbetstagarare rättigheter avgjordes med stöd av artikel 119 och likalönsdirektivet och att likabehandlingsdirektivet i tidigare mål varit tillämpligt på frågan om gravida arbetstagarare rättigheter. Med detta sagt avgjorde han frågan om gravida arbetstagarare rättigheter beträffande lön med användning av en jämförelseperson och valde alltså att

¹⁰⁸ Generaladvokatens förslag punkt 7. Den nationella domstolen menade att den tredje kvinnans frånvaro skulle räknas antingen som frånvaro som berodde på ”allmänna graviditetsbesvär under en normalt fortskridande graviditet, där det i övrigt inte är fråga om arbetsoförmåga” eller som frånvaro som ”sker mot bakgrund av en medicinsk rekommendation för att skona fostret, men där den medicinska rekommendationen inte motiveras av egentliga sjukdomstillstånd hos eller särskild risk för fostret”, EG-domstolens domskäl p. 27 och p. 43. Detta skulle innebära att hon inte skulle få tillgodoräkna sig en full lön för den tiden hon varit frånvarande från arbetet.

¹⁰⁹ Generaladvokaten ansåg att frågorna som den nationella domstolen ställt med anledning av den tredje kvinnans frånvaro endast var teoretiska, eftersom han menade att ingen av kvinnornas situation i målet kunde tillämpas på dem eftersom alla hade haft ett graviditetsförlopp som var svårare än genomsnittet och att deras arbetsoförmåga var styrkt av läkarintyg, och att de därmed inte skulle besvaras av domstolen. Domstolen däremot hävdade att frågorna skulle besvaras eftersom det inte utretts än i den nationella domstolen hur den tredje kvinnans situation skulle bedömas.

¹¹⁰ Barnard, Catherine, *EC EMPLOYMENT LAW*, 3. edition, Oxford 2006, s 451f.

frånga den praxis domstolen uttalat sedan Dekker; att mindre fördelaktig behandling som beror på graviditet är direkt diskriminering på grund av kön utan behov av manlig arbetstagare i jämförbar situation. Direkt diskriminering förelåg eftersom det var olika regler som tillämpades på jämförbara situationer och skillnaden i behandlingen ansågs bero på orsaker som var relaterade arbetstagarens graviditet.

Huruvida även domstolen frångick principen som uppkom i Dekker är enligt min mening inte helt klart. Möjligheten finns att domstolen använde sig av arbetstagare som var arbetsoförmögna på grund av sjukdom som inte var relaterad till graviditet enbart för att konstatera att reglerna beträffande lönen var sämre för gravida arbetstagare än för andra arbetstagare. Dekker kan tolkas som att direkt diskriminering på grund av kön föreligger när en gravid kvinna behandlas sämre än andra (män eller kvinnor som inte är gravida) i samma eller liknande situation. EG-domstolen ansåg i Dekker att direkt diskriminering skulle föreligga om det huvudsakliga skälet till att sökanden nekats anställning tillämpades endast för det ena könet. För att kunna avgöra om den gravida arbetstagaren i Høj Pedersen behandlades sämre än andra arbetstagare var domstolen alltså tvungen att jämföra med hur andra arbetstagare i samma eller liknande situation behandlades. Jämförelsen domstolen använde sig av kan med stöd av dess uttalande att ”varje arbetstagare, enligt den aktuella lagstiftningen i målet vid den nationella domstolen, i princip rätt till bibehållen full lön vid arbetsoförmåga” anses ha verkat som en grund för att den skulle kunna avgöra om behandlingen av den arbetstagare som var arbetsoförmögen på grund av graviditetsrelaterad sjukdom skilde sig från det sättet en arbetstagare som var arbetsoförmögen på grund av icke-graviditetsrelaterad sjukdom behandlades. Även domstolens uttalande om att den omständigheten att en gravid arbetstagare, innan mammaledigheten, inte är berättigad till full lön när arbetsoförmågan beror på en sjukdom som är graviditetsrelaterad ”måste i allt väsentligt vara grundad på graviditeten, och således anses vara diskriminerande” kan vara ett uttryck för att domstolen valde att behandla diskrimineringen på samma sätt som domstolen i Dekker – utan manlig jämförelseperson och med kvinnans graviditet som avgörande faktor för om direkt diskriminering på grund av kön kunde anses föreligga.

När det gällde den tredje kvinnan skilde sig domstolens uppfattning från generaladvokatens. Medan generaladvokaten menade att alla kvinnorna hade haft ett graviditetsförlopp som varit svårare än genomsnittet och hade läkarintyg som styrkte deras totala eller partiella arbetsoförmåga, ansåg EG-domstolen att det var den nationella domstolen som skulle avgöra den tredje kvinnans situation. Den tredje kvinnan hade både läkarintyg på sin arbetsoförmåga och en diagnos som kunde innebära risk för hennes hälsa och risk för fostret, vilket borde innebära att hon skulle omfattas av skyddet med fortsatt full lön under frånvaron. Diskriminering föreligger således inte enligt EG-domstolen om en arbetsgivare minskar lönen eller inte utbetalar någon lön alls när en gravid arbetstagare är frånvarande från arbetet på grund av allmänna graviditetsbesvär eller en medicinsk rekommendation när det inte föreligger någon egentlig risk för vare sig kvinnan eller fostret. Det var enligt domstolen kvinnans eget val att vara hemma från arbetet och inte

graviditeten i sig som föranledde frånvaron. De besvär som gjorde att en gravid arbetstagare av ren fri vilja var frånvarande från arbetet var enligt den nationella lagstiftningen "till exempel illamående, obehag, uppkastningar, mindre blodbrist eller mindre blodtrycksförhöjning", s.k. vanliga graviditetsbesvär och att kvinnan i dessa fall även hade läkarintyg som rekommenderade frånvaron från arbetet var oväsentligt så länge det inte handlade om "egentliga sjukdomstillstånd hos eller särskild risk för fostret." Enligt domstolens uttalanden i Høj Pedersen verkar medlemsstaterna ha ett mycket stort utrymme att klassificera även ganska allvarliga tillstånd som viktnedgångar som kräver sjukhusvistelse som allmänna graviditetsbesvär. Jag anser att domstolen lämnade ett för stort utrymme för skönsmässiga bedömningar beträffande gravida arbetstagares besvär under graviditeten vilket kan leda till att skyddet urholkas.

3.4.3 Analys om minsta skydd

Det minsta skyddet beträffande ersättning för gravida arbetstagare som är frånvarande från arbetet på grund av en graviditetsrelaterad sjukdom föreligger under mammaledigheten. Det är då reglerna i artikel 11 i mödraskyddsdirektivet som ska tillämpas beträffande kvinnans ersättning där ersättningen minst får vara den som utbetalas vid sjukdom enligt den nationella lagstiftningen om social trygghet. När graviditetsrelaterad sjukdom inträffar under graviditeten, innan mammaledigheten påbörjats, ska arbetsgivaren ersätta kvinnan vid sjukledigheten på samma sätt som om hon var arbetsoförmögen på grund av sjukdom som inte är relaterad till graviditet. Om det inte utgår någon ersättning vid icke-graviditetsrelaterad sjukdom får sålunda den gravida arbetstagaren som är sjukledig på grund av graviditetsrelaterad sjukdom inte heller någon ersättning. Vid "allmänna graviditetsbesvär" utan egentlig risk för kvinnans hälsa eller risk för fostret innan mammaledigheten saknas överhuvudtaget något löneskydd för kvinnan om hon är frånvarande från arbetet. Eftersom det inte finns någon tydlig gräns för vilka tillstånd som ska uppfattas som allmänna graviditetsbesvär eller som graviditetsrelaterad sjukdom finns det risk för stora skillnader i medlemsstaternas bedömning om vad som kan räknas som allmänna graviditetsbesvär.

3.5 Lewen¹¹¹

Lewen som hade varit mammaledig från sin anställning i sex veckor under 1996 och därefter föräldraledig från september 1996 till juli 1999 hade väckt talan mot sin arbetsgivare för att få det jultillägg som den 1 december varje år betalades ut till de anställda. Hennes arbetsgivare framhöll att jultillägget, som han betalade av fri vilja, endast avsåg att uppmuntra framtida arbetsinsatser och att Lewen inte erhållit det eftersom hon inte skulle komma att arbeta det nästföljande året. De som sa upp sig de första sex

¹¹¹ Mål C-333/97 Susanne Lewen mot Lothar Denda [1999] REG I-7243.

månaderna det nästföljande året skulle enligt en förklaring som de anställda skrev på i samband med jultillägget betala tillbaka tillägget och enligt arbetsgivaren var det inte bara de som skulle vara föräldralediga det följande året utan även de som skulle vara lediga för militärtjänstgöring som blev utan jultillägg. Lewen däremot menade att jultillägget skulle ses som en ersättning för trogen tjänst under det gångna året och att arbetsgivaren år 1996 hade vägrat betala henne tillägget för att hon det året varit mammaledig och föräldraledig.

För det första konstaterade EG-domstolen att jultillägget kunde anses som lön enligt artikel 119 andra stycket i EG-fördraget eftersom begreppet lön där omfattar alla förmåner som arbetstagaren får av arbetsgivaren på grund av anställningen. Däremot kunde inte jultillägget räknas som lön i den mening som avses i artikel 11.2 b i mödraskyddsdirektivet eftersom det inte syftade till att säkerställa en sådan inkomstnivå för en mammaledig arbetstagare som avses i artikel 11.3 i samma direktiv.

För att kunna besvara den nationella domstolens fråga om det var diskriminerande att inte betala ut tillägget till föräldralediga kvinnor, delade EG-domstolen upp frågan så att den svarade dels på hypotesen att tillägget betalades ut som retroaktiv lön för utfört arbete under det gångna året, dels på hypotesen att tillägget endast var beroende på om arbetstagaren var verksam vid utbetalningen. Eftersom arbetsgivaren inte gjorde skillnad mellan manliga och kvinnliga arbetstagare för beviljandet av jultillägget kunde det inte i något av fallen vara fråga om direkt diskriminering.

Om tillägget utgjorde retroaktiv lön, skulle de kvinnliga arbetstagare som var föräldralediga vid utbetalningen och hade arbetat och/eller varit mammalediga under året för utbetalning vara missgynnade gentemot de arbetstagare som var i tjänst och som erhöll tillägget för den tid de arbetat under det gångna året. Då kvinnor betydligt oftare var föräldralediga fanns det större risk att kvinnliga arbetstagare var föräldralediga än att manliga arbetstagare var det när jultillägget utbetalades, menade domstolen att de kvinnliga arbetstagarna med stöd av artikel 119 i fördraget var indirekt diskriminerade. Både tiden den föräldralediga kvinnliga arbetstagaren hade arbetat och den tid hon varit mammaledig skulle räknas med vid beviljandet av tillägget. Domstolen ansåg att uteslutande av tiden av mammaledighet (förbud mot arbete)¹¹² skulle ”innebära att den kvinnliga arbetstagaren diskriminerades endast i sin egenskap av arbetstagare, eftersom nämnda perioder skulle ha betraktats som arbetsperioder om hon inte hade varit gravid”¹¹³. Den tid som kvinnan varit föräldraledig skulle däremot inte

¹¹² Punkt 9 i domskälen. Enligt den nationella lagstiftningen var mammaledigheten förbunden med arbetsförbud. Detta gällde generellt sex veckor före och åtta veckor efter förlossningen.

¹¹³ Punkt 42 i domskälen. Trots att jultillägget inte räknades som lön enligt mödraskyddsdirektivet eftersom tillägget inte syftade att säkerställa en viss inkomst under mammaledigheten, ansåg alltså domstolen det vara diskriminerande att inte även beakta perioder av mammaledighet vid beräkningen av jultillägget.

behöva räknas in eftersom föräldralediga inte var i samma situation som arbetande arbetstagare.¹¹⁴

Om jultillägget däremot inte syftade till att belöna arbetstagarna för arbete utfört under året utan endast betalades ut under förutsättning att arbetstagaren var verksam vid utbetalningen, var arbetsgivaren inte skyldig att betala ut tillägget till en arbetstagare som var föräldraledig. Artikel 11.2 a i mödraskyddsdirektivet var inte tillämplig eftersom den regeln ska säkerställa rättigheter vid mammaledighet, inte föräldraledighet. Inte heller § 2.6 i bilagan till föräldraledighetsdirektivet¹¹⁵ var tillämplig eftersom Lewen inte kunde anses stå i begrepp att förvärva jultillägget då hennes föräldraledighet påbörjats innan beviljandet av tillägget. Domstolen ansåg att den situation som föräldralediga befann sig i inte kunde likställas med situationen en arbetstagare som utförde arbete befann sig i eftersom ”anställningsavtalet, och följaktligen arbetsgivarens och arbetstagarens respektive skyldigheter, tillfälligt upphör att gälla” under föräldraledigheten.¹¹⁶ Därmed kunde inte arbetsgivarens vägran att betala ut jultillägget vara indirekt lönediskriminerande på grund av kön och det stred således inte mot artikel 119, när tillägget endast var beroende av att arbetstagaren var verksam vid utbetalningen.

3.5.1 Analys om diskriminering

Det som följer av domen i Lewen är att ett jultillägg som avser att belöna för gjorda arbetsinsatser måste betalas även till föräldralediga av det ena könet om de är betydligt fler än föräldralediga av det andra könet, annars är det indirekt lönediskriminerande på grund av kön. Proportionerliga avdrag får göras vid beviljandet av förmåner som arbetsgivaren betalar för den period arbetstagare varit föräldralediga men inte för den tid de varit mammalediga. Domstolens uttalande om att det skulle vara diskriminerande att inte omfatta tiden av mammaledighet i arbetsperioden vid beviljandet av ett tillägg som syftar till retroaktiv ersättning för utfört arbete då det skulle innebära att den kvinnliga arbetstagaren diskriminerades ”endast i sin egenskap av arbetstagare, eftersom nämnda perioder skulle ha betraktats som arbetsperioder om hon inte hade varit gravid” verkar vara hämtat från Gillespie. I Gillespie använde domstolen troligtvis uttrycket diskriminering i egenskap av arbetstagare för att visa på att den som var mammaledig, innan mammaledigheten hade arbetat den perioden som den retroaktiva lönen avsåg och därför skulle erhålla retroaktiv lön för de dagarna. I Lewen använde domstolen sig av samma uttryck men för att säga att tiden en kvinna är mammaledig ska räknas på samma sätt som om hon arbetat.

¹¹⁴ Enligt EG-domstolen eftersom anställningsavtalet enligt nationella regler tillfälligt upphörde att gälla under föräldraledigheten.

¹¹⁵ Föräldraledighetsdirektivet hade inte implementerats än i den nationella lagstiftningen men lagstiftningen om föräldraledighet i medlemsstaten var liknande reglerna i föräldraledighetsdirektivet och den nationella domstolen ville att domstolen prövade målet enligt direktivet.

¹¹⁶ Punkt 37 i domskälen. Enligt den nationella lagstiftningen uppbar föräldraledig arbetstagare inte lön från arbetsgivaren utan endast statligt föräldrabidrag under föräldraledigheten. Se punkt 10 i domskälen.

Beträffande jultillägg där enda kriteriet för erhållandet av tillägget är att arbetstagaren är verksam när det beviljas är den föräldralediga arbetstagaren i en situation som inte kan likställas med den situation som en arbetstagare som är verksam befinner sig i när anställningen tillfälligt upphör vid föräldraledighet. I Gillespie kom domstolen fram till att mammalediga och arbetande arbetstagare inte är i jämförbara situationer. Däremot går det inte att sluta sig till hur domstolen i Lewen skulle ha bedömt frågan om arbetstagaren istället var mammaledig vid beviljandet, eftersom anledningen till att de föräldralediga i Lewen inte ansågs vara i en situation jämförbar med den de verksamma arbetstagarna befann sig i var att anställningsavtalet tillfälligt upphörde. Om anställningsavtalet inte tillfälligt upphör under mammaledigheten borde i enlighet med domstolens resonemang om föräldralediga, en arbetstagare som är mammaledig vid utbetalningen vara i en jämförbar situation med en verksam arbetstagare och därmed erhålla tillägget. Utgår man istället från domstolens uttalande i Gillespie att mammalediga inte är i en jämförbar situation med verksamma arbetstagare föreligger det inte något skydd vare sig för mammalediga eller föräldralediga.

I Lewen var frågan om minsta skyddsnivå inte aktuell.

3.6 Alabaster¹¹⁷

Michelle K. Alabaster hade fått löneförhöjning som började gälla efter den löneperiod som användes för att fastställa hennes referenslön inför mammaledigheten. Arbetsgivaren ansåg att den löneförhöjningen inte kunde ligga till grund för beräkningen av moderskapspenningen eftersom den låg efter perioden som referenslönen baserades på.

Enligt domstolen i Alabaster gäller med stöd av likalöneprincipen i artikel 119 EG att om ersättningen vid mammaledighet om än till viss del beräknas på lönen som den mammalediga haft före ledigheten, ska en löneförhöjning som sker mellan början av den period då beräkning av den normala lönen görs (referenslönen) och slutet på mammaledigheten räknas med bland lönebeloppen som ska beaktas vid ersättningens beräkning. Detta gäller även när löneförhöjningen inte är tillämplig retroaktivt på perioden som täcks av referenslönen och domstolen ansåg att detta även följde av domen i Gillespie.

3.6.1 Analys om diskriminering och minsta skydd

Genom Alabaster-domen står det klart att all retroaktiv löneförhöjning som inträffar från början av referensperioden till slutet av mammaledigheten som

¹¹⁷ Mål C-147/02 Michelle K. Alabaster mot Woolwich plc, Secretary of State for Social Security [2004] REG I-3101.

avser en höjning av perioder som den mammalediga arbetstagaren arbetade omfattas vid beräkningen av mammaledighetsersättningen.

3.7 Österreichischer Gewerkschaftsbund

I målet Österreichischer Gewerkschaftsbund¹¹⁸ var frågan huruvida det är lönediskriminerande på grund av kön att i nationella regler omfatta tiden en arbetstagare varit ledig från arbetet p.g.a. militärtjänstgöring eller vapenfri tjänst (hädanefter militärtjänstgöring) i anställningstiden vid beräkningen av avgångsvederlagets storlek, men inte den tid en arbetstagare varit föräldraledig. Enligt den nationella lagstiftningen ingick ledighet vid militärtjänstgöring i anställningstiden när avgångsvederlag beräknades. Som anställningstid vid beräkningen omfattades även den tid de kvinnliga arbetstagarna varit mammalediga efter en tidigare dom i den nationella domstolen. Det stadgades däremot att den tid en arbetstagare varit föräldraledig inte skulle ge upphov till rättigheter som grundade sig på anställningstiden, om inte annat avtalats.

Det var nästan bara män som var lediga för militärtjänstgöring och nästan bara kvinnor som tog ut föräldraledighet.¹¹⁹ Eftersom föräldraledigheten ändå kunde tas ut av arbetstagare av båda könen undersökte EG-domstolen om indirekt diskriminering förelåg. Förmånen att i anställningstiden även räkna in tid då man varit ledig från arbetet vid en eventuell framtida beräkning av avgångsvederlaget, utgjorde enligt EG-domstolen lön i den mening som avses i artikel 141. Artikel 141 och likalönedirektivet var därmed tillämpliga på frågan för domstolens tolkning. Domstolen hänvisade till att likalönsprincipen förutsätter att jämförelsepersonerna befinner sig i jämförbara situationer och menade att de män som var lediga för att göra militärtjänstgöring och de kvinnor som var föräldralediga inte kunde anses vara i jämförbara situationer eftersom intresset bakom ledigheterna skilde sig åt. Bakom föräldraledigheten låg enligt EG-domstolen arbetstagaren och dess familjs intresse av att frivilligt vilja vara hemma och ta hand om sitt barn och bakom ledigheten för militärtjänstgöringen låg förutom arbetstagarens intresse även samhällets intresse av värnplikt och i de flesta fall var militärtjänsten tvingande för arbetstagaren.¹²⁰

Det faktum att det inte fanns tillräcklig tillgång till dagisplatser ansågs av EG-domstolen vara ”beklagligt” men sakna inverkan på föräldraledighetens

¹¹⁸ Mål C-220/02 Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten mot Wirtschaftskammer Österreich [2004] ECR I-5907.

¹¹⁹ Över 98 % av de föräldralediga var kvinnor.

¹²⁰ Denna ”intressekonflikt” hade den nationella domstolen presenterat i sin fråga för tolkning; arbetstagarens fria vilja att vara föräldraledig ställd mot det allmänna intresse av att arbetstagare var lediga för militärtjänstgöring. Den nationella domstolen gav även uttryck för sin inställning till föräldraledighet – att föräldralediga gynnades genom att de gavs möjligheten att vara just föräldralediga utan att tvingas låta anställningsförhållandet upphöra och att de dessutom skyddades mot uppsägning under ledigheten och att detta i sig innebar att det inte kunde föreligga någon diskriminering av de kvinnliga arbetstagarna.

frivilliga karaktär.¹²¹ Att föräldrar kunde straffbeläggas vid bristande omvårdnad av sina barn och att nästan inga män tog ut föräldraledighet, vilket enligt kändaren kunde inverka på den kvinnliga arbetstagarens fria vilja att vara föräldraledig, lämnades av domstolen utan hänseende.

3.7.1 Analys om diskriminering

EG-domstolen ansåg att det samhällseliga intresset av att ha en militär så som det presenterats av den nationella domstolen var skäl nog att anse att grupperna inte var i jämförbara situationer.

Vilken del av föräldraskapet var det då som domstolen ansåg inte ligger i samhällets intresse? För att samhället ska fortsätta att existera och för att arbetsgivare ska få sitt behov av arbetskraft tillgodosatt behövs det personer som lägger ner tid och pengar på att reproducera människosläktet.¹²² Det borde då rimligtvis ligga i samhällets intresse att det föds barn, och för att barnen ska klara sig krävs det att någon tar hand om dem. Om inte föräldrarna tar hand om sina barn kan barnen i många rättssystem bli omhändertagna av myndigheterna och föräldrar kan bli straffskyldiga; då finns det ett samhällseligt intresse. Som Julén Votinius anmärker "håller domstolen arbetstagarens omsorgsansvar inte bara utanför arbetslivets sfär utan utanför hela den offentliga sfären".¹²³ Enligt mitt synsätt kan föräldraledigheten inte ses som helt frivillig när det inte finns ett fullgott alternativ, som t.ex. tillgång till dagisplats.

I Österreichischer Gewerkschaftsbund var frågan om minsta skyddsnivå inte aktuell.

3.8 North Western Health Board¹²⁴

Margaret McKenna var under en stor del av sin graviditet och även en tid efter sjukskriven på grund av graviditetsrelaterad sjukdom på inrådan av läkare. Enligt arbetsgivarens sjukskrivningsregler kunde de anställda totalt få ersättning för 365 sjukdagar under en fyraårsperiod men full lön gällde för maximalt 183 sjukdagar per tolv månadersperiod. Reglerna gällde såväl för anställda som var sjukskrivna på grund av graviditetsrelaterade sjukdomar som för anställda som var sjukskrivna av andra orsaker. Vid mammaledighet utgick ersättning motsvarande full lön enligt nationella regler. McKenna ansåg att hon blivit diskriminerad på grund av kön i strid mot likabehandlingsdirektivet eftersom hennes graviditetsrelaterade sjukdom hade jämförts med annan sjukdom och hennes frånvaro på grund av den graviditetsrelaterade sjukdomen hade räknats av från de 365 sjukdagarna som berättigade till ersättning. Hon menade även att det stred

¹²¹ Det saknades dessutom enligt kändaren helt barnomsorgsinrättningar för barn under två år. Generaladvokatens förslag punkt 66.

¹²² Det vill säga om man inte förespråkar en mer robotiserad värld.

¹²³ Julén Votinius, 2006, s. 245.

¹²⁴ Mål C-191/03 North Western Health Board mot Margaret McKenna [2005] ECR I-7631.

mot artikel 141 EG och direktiv 75/117 (likalönsdirektivet) att hennes ersättning halverats efter 183 dagar eftersom det innebar en sämre behandling beträffande lön.

Den nationella domstolen ville veta vilka EG-regler som var tillämpliga på sjukskrivningsregler som tillämpas lika för gravida arbetstagare med graviditetsrelaterad sjukdom och arbetstagare som har en sjukdom som inte är graviditetsrelaterad. Var det artikel 141 EG och direktiv 75/117 (likalönsdirektivet) eller var det direktiv 76/207 (likabehandlingsdirektivet). EG-domstolen hänvisade till tidigare mål där domstolen uttalat att ersättning vid sjukdom räknas som lön i den bemärkelse som avses i artikel 141 och att en fråga som omfattas av artikel 141 EG och direktiv 75/117 inte dessutom kan omfattas av direktiv 76/207. Frågan som domstolen skulle ta ställning till var då om det strider mot artikel 141 och likalönsdirektivet att ha regler som vid alla typer av sjukskrivning, även graviditetsrelaterade, som innebär att sjukersättningen sänks efter ett visst antal dagar av sjukledighet och att dessa sjukdagar räknas ifrån det totala antalet sjukdagar som ersätts under en viss period.

EG-domstolen ansåg att det inte förelåg någon könsdiskriminering genom att lönen sänktes så länge samma villkor gällde för sjukskrivning vid graviditetsrelaterad sjukdom som för manliga arbetstagares sjukledighet med det undantaget att ersättningen vid sjukskrivningen under graviditeten inte fick vara så låg att det äventyrade syftet att skydda den gravida arbetstagaren (minimibelopp). Själva avräkningen från det totala antalet dagar av sjukersättning ansåg inte domstolen vara könsdiskriminerande men avräkningen fick inte ”ha den effekten att den kvinnliga arbetstagaren under den frånvaro som räknas av efter mammaledigheten erhåller ersättning som är lägre än det minimibelopp som hon hade rätt till under den sjukdom som uppkom under graviditeten”¹²⁵.

3.8.1 Analys om diskriminering

Enligt domstolens bedömning förelåg ingen direkt diskriminering vid tillämpandet av de nationella reglerna eftersom reglerna för arbetstagare som var sjukskrivna på grund av graviditetsrelaterad sjukdom var lika för manliga arbetstagare som var sjuklediga.

3.8.2 Analys om minsta skydd

Domstolens dom i Høj Pedersen som innebar att kvinnliga arbetstagare med graviditetsrelaterad sjukdom endast hade ett minsta skydd under mammaledigheten, utökades genom domstolens dom i North Western Health Board till att vissa fall även gälla avräkningar under graviditet och som då skulle få effekter efter mammaledigheten.

¹²⁵ Punkt 67 i domskälen.

4 Svensk nationell rätt

4.1 Föräldraledighetslagen och diskrimineringsrätten

I Sverige finns reglerna om mammaledighet och föräldraledighet i föräldraledighetslagen¹²⁶ medan regler som skyddar gravida mot diskriminering i arbetslivet finns i diskrimineringslagen¹²⁷.

År 2006 infördes ett förbud mot missgynnande av föräldralediga arbetssökande och arbetstagare i 16 § föräldraledighetslagen¹²⁸. Bakgrunden till detta var att regeringen ansåg att skyddet för föräldrar i arbetslivet skulle ses över och kom fram till att det borde förstärkas efter det att olika utredningar och förslag presenterats.¹²⁹ Innan förändringen hade föräldralediga arbetstagare visst skydd beträffande anställningsförmåner, arbetsvillkor, uppsägningar och omplaceringar medan skyddet för gravida arbetstagare och arbetssökande i stort omfattade alla tänkbara situationer. Själva förslaget till missgynnandeförbudet byggde på idén att gravida och föräldralediga bör behandlas lika och att skyddet för föräldralediga i princip ska vara likvärdigt skyddet för gravida både till ”funktion och räckvidd” och tillkom bland annat på grund av att artikel 2.7 infördes i likabehandlingsdirektivet år 2002.¹³⁰ Skyddet i jämställdhetslagen (nu diskrimineringslagen) var och är utformat som ett diskrimineringsförbud där den som anser sig diskriminerad ska ha missgynnats i förhållande till en annan person som befinner sig i en liknande situation trots att det objektivt sett är både rimligt och naturligt att de ska behandlas lika (direkt diskriminering). Vid konstruktionen av den nya missgynnandebestämmelsen fanns förslag om att en liknande diskrimineringsregel skulle införas i föräldraledighetslagen, men det ansågs inte lämpligt eftersom situationen för en föräldraledig arbetstagare inte skulle vara direkt jämförbar med situationen för en arbetande arbetstagare beroende på att föräldralediga arbetstagare inte står till arbetsgivarens förfogande. Regeringen gjorde därmed bedömningen att skyddet för föräldralediga skulle bli mer effektivt med ett förbud mot missgynnande behandling, utan rekvisitet ”jämförbar situation”.¹³¹

¹²⁶ Föräldraledighetslag (1995:584).

¹²⁷ Diskrimineringslag (2008:567). Innan den 1 januari 2009 fanns reglerna i Jämställdhetslag (1991:433).

¹²⁸ Genom Lag om ändring i föräldraledighetslagen (1995:584) SFS 2006:442.

¹²⁹ Departementsserien 2002:56 *Hållfast arbetsliv – för ett föränderligt arbetsliv* och Departementsserien Ds 2005:15 *Förstärkning och förenkling – ändringar i anställningsskyddslagen och föräldraledighetslagen*.

¹³⁰ Proposition 2005/06:185 *Förstärkning och förenkling - ändringar i anställningsskyddslagen och föräldraledighetslagen*, s. 75 f och Ds 2005:15 s. 86 och 90 f.

¹³¹ Prop. 2005/06:185 s. 76 ff. och Ds 2005:15 s. 91 ff.

Missgynnandeförbudet kan sammanfattas som att tre kriterier ska vara uppfyllda för att en missgynnande behandling som strider mot föräldraledighetslagen ska anses föreligga:

- arbetsgivaren ska ha missgynnat en arbetstagare eller arbetssökande
- missgynnandet ska ha skett i någon av de faktiska situationer som omfattas av regelns tillämpningsområde och
- missgynnandet ska ha orsakssamband med frågan om föräldraledighet

Endast om arbetsgivaren kan styrka att denna sämre behandling av den som är föräldraledig är en nödvändig följd av ledigheten ska arbetsgivaren inte anses ha brutit mot lagen.¹³²

4.1.1 När är en behandling missgynnande?

För att utreda om missgynnande föreligger kan man enligt förarbetena jämföra med hur den föräldralediga arbetstagaren skulle ha behandlats om inte föräldraledighet varit aktuellt för honom eller henne. Man kan även jämföra med hur en annan arbetstagare som inte begärt eller tagit ut föräldraledighet behandlas.¹³³ Det som utmärker en missgynnande behandling är att den innebär nackdel eller skada och utgör en faktisk förlust, obehag eller liknande för en specifik arbetstagare eller arbetssökande. Det är den negativa effekt som arbetsgivarens beslut får för den arbetssökande eller arbetstagaren som är det väsentliga, inte arbetsgivarens syfte med handlingen eller underlåtenheten att handla.¹³⁴ Således omfattas även beslut som arbetsgivaren tagit på felaktiga antaganden om att arbetstagaren var i stånd att begära föräldraledighet. Även om arbetsgivaren haft andra anledningar till sitt beslut än enbart föräldraledigheten är det tillräckligt att föräldraledigheten är ett av skälen för att missgynnande ska kunna åberopas.¹³⁵ Eftersom en reell likabehandling av arbetstagarna är syftet med missgynnandeförbudet är huvudregeln att det är förbjudet för arbetsgivaren att missgynna en arbetssökande eller arbetstagare ”i princip i alla situationer som kan tänkas förekomma” i alla skeden. I förarbetena anges att situationer som missgynnandeförbudet kan tillämpas på ”bör motsvara de situationer där gravida arbetstagare kan åberopa jämställdhetslagen”. Således kan domstolarna använda sig av jämställdhetslagens reglering som förebild för hur och i vilka situationer diskrimineringsförbudet tillämpats i praxis.¹³⁶

I föräldraledighetslagen utgör mammaledighet en av sex typer av föräldraledighet vilket innebär att missgynnanderegeln omfattar både

¹³² Prop. 2005/06:185 s. 81 och Ds 2005:15 s. 97 f.

¹³³ Prop. 2005/06:185 s. 122 och Ds 2005:15 s. 145.

¹³⁴ Prop. 2005/06:185 s. 81 och Ds 2005:15 s. 98.

¹³⁵ Prop. 2005/06:185 s. 85 och Ds 2005:15 s. 104.

¹³⁶ Prop. 2005/06:185 s. 80 f. och Ds 2005:15 s. 97.

mammaledigheten vilken är förbehållen kvinnor och föräldraledighet som kan tas ut av båda könen.¹³⁷

4.1.1.1 Missgynnande i fråga om löne- och andra anställningsvillkor

Frågor rörande lön regleras i 16 § 1 st. 5 p. som anger att arbetssökande eller arbetstagare inte får missgynnas av arbetsgivaren av skäl som har samband med föräldraledighet när arbetsgivaren tillämpar löne- eller andra anställningsvillkor. Förutom lön omfattas här bland annat semester och från arbetsgivarens sida ensidigt beslutade förmåner såsom t.ex. julgåvor.¹³⁸ Missgynnande i fråga om lön innebär att arbetsgivaren i princip inte får ge en sämre allmän löneutveckling till en arbetstagare som är föräldraledig än vad han eller hon skulle ha fått om föräldraledighet inte tagits ut. Lönesättningen ska ske på samma sätt som om arbetstagaren inte varit föräldraledig oavsett om ledigheten är långvarig eller kortvarig och oavsett om det är fråga om hel ledighet eller endast partiell föräldraledighet. Har arbetstagaren som regel årligen haft bra löneökningar ska han eller hon kunna förvänta sig detsamma även under föräldraledigheten. Generellt ska gälla att samma löneutveckling och samma villkor i övrigt som arbetstagaren har när han eller hon arbetar även ska råda under ledigheten. Att föräldraledigheten i princip inte ska ha någon inverkan på lönesättningen eller andra villkor innebär inte att den föräldralediga arbetstagaren garanteras en viss löneutveckling, utan den allmänna löneutvecklingen på arbetsplatsen eller i branschen ska även påverka den föräldraledigas lönesättning, både i positiv och i negativ bemärkelse.¹³⁹ ”När en arbetstagare inte fått den löneutveckling eller befordran, t.ex., som han eller hon hoppats på kan missgynnande föreligga under förutsättning att en arbetstagare gått miste om en förmån, en befordran (etc.) som han eller hon haft befogad anledning att räkna med”.¹⁴⁰

4.1.2 Undantag från missgynnandeförbudet

Innan missgynnandeförbudet infördes i föräldraledighetslagen fanns i lagen en regel som innebar att undantag från skyddet för föräldralediga mot försämrade arbetsvillkor, anställningsförmåner eller omplacering fick göras om det var en ”nödvändig följd av ledigheten”.¹⁴¹ Denna regel om undantag från huvudregeln infördes även i den nya lydelsen av lagen och stadgar nu att förbudet mot missgynnande behandling inte gäller ”om olika villkor eller

¹³⁷ Föräldraledighetslagen 3 § 1 p. och 4 §. Mammaledighet kan tas ut under en sammanhängande period av minst sju veckor före och sju veckor efter födseln varav minst två veckor ska vara obligatoriska om inte den kvinnliga arbetstagaren är ledig av andra orsaker.

¹³⁸ Prop. 2005/06:185 s. 123 f.

¹³⁹ Prop. 2005/06:185 s. 88 och Ds 2005:15 s. 109.

¹⁴⁰ Prop. 2005/06:185 s. 82 och Ds 2005:15 s. 145.

¹⁴¹ Prop. 2005/06:185 s. 86 f. och Ds 2005:15 s. 106.

olika behandling är en nödvändig följd av ledigheten”.¹⁴² Undantagsregeln är tänkt att ha en ytterst strikt användning och endast tillämpas när föräldraledigheten i sig påkallar en sämre behandling. Som exempel på detta framhålls bland annat omständigheten att föräldralediga arbetstagare inte erhåller lön från arbetsgivaren under ledigheten och att lönen minskar i proportion till frånvaron vid partiell föräldraledighet.¹⁴³

4.1.2.1 Undantag för löne- och andra anställningsvillkor

I lönehänseenden innebär undantaget från missgynnandeförbudet, förutom det faktum att lön från arbetsgivaren inte erhålls under ledigheten, att en föräldraledig även får underkasta sig de eventuella försämringar av villkoren som berör arbetande arbetstagare. En föräldraledig arbetstagare ska inte på grund av ledigheten få bättre förutsättningar än de arbetstagare som arbetar fullt ut. Om arbetstagarnas inkomst allmänt minskar eller om deras arbetsuppgifter och anställningsvillkor ändras på grund av en omorganisation bör även en föräldraledig arbetstagare påverkas av förändringarna. Att skifttillägg och OB-tillägg kan bortfalla på grund av omplacering eller förändring av arbetstidens förläggning är omständigheter som kan drabba såväl en föräldraledig arbetstagare som en fullt ut arbetande arbetstagare. I förarbetena betonas att undantaget från missgynnandeförbudet i fråga om lön och andra villkor endast får ske i verkliga undantagsfall när en sämre behandling av en föräldraledig är ”nödvändig i den meningen att den inte går att undvika”. En arbetsgivare får t.ex. inte göra skillnad i lönesättning utifrån om en arbetstagare tagit ut föräldraledighet eller inte. Dock anges i påföljande mening i propositionen att arbetsgivaren måste presentera konkreta och sakliga omständigheter för att det varit en nödvändig effekt av ledigheten att löneutvecklingen för en föräldraledig arbetstagare varit mindre gynnsam när arbetsgivaren låtit hans eller hennes villkor försämrats av ledigheten.¹⁴⁴

4.1.3 Bevisfrågan

Bevisbördan i föräldraledighetslagen är delad vilket innebär att en del av bevisningen ligger på arbetstagersidan och en del på arbetsgivarsidan. En arbetstagare eller en arbetssökande ska visa på ”omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit missgynnad av skäl som har samband med föräldraledighet”.¹⁴⁵ Detta innebär att den som anser sig missgynnad först och främst ska visa att hon eller han vållats skada eller en nackdel, t.ex. genom att ha blivit omplacerad eller uppsagd. Enligt förarbetena bör detta inte vara särskilt svårt att bevisa.¹⁴⁶ Därutöver ska

¹⁴² Föräldraledighetslagen 16 § 2 st.

¹⁴³ Prop. 2005/06:185 s. 86 f. och Ds 2005:15 s. 106 f.

¹⁴⁴ Prop. 2005/06:185 s. 87 ff. och Ds 2005:15 s. 108 ff.

¹⁴⁵ Föräldraledighetslagen 24 §.

¹⁴⁶ Prop. 2005/06:185 s. 90 f. och Ds 2005:15 s. 114. I fråga om mindre gynnsam lönesättning kan denna bevisning enligt min mening bli något svårare än i fall där arbetstagaren blivit uppsagd. Vilken lönesättning en föräldraledig har fog att förvänta sig ska bero på den allmänna lönesättningen som tillämpas av arbetsgivaren eller branschen

arbetstagaren eller arbetssökanden göra det antagligt att skadan eller nackdelen har ett orsakssamband med att han eller hon är eller har varit föräldraledig eller har begärt att ta ut föräldraledighet. Eftersom beviskravet ”antagligt” inte är speciellt högt kan det räcka att arbetstagaren kan visa att frågan om föräldraledighet ligger tidsmässigt nära den påstådda missgynnande behandlingen. Om arbetstagaren eller arbetssökanden misstänker att arbetsgivaren grundat sitt handlande eller sin underlåtenhet att handla på skäl som beror på föräldraledighet trots att arbetstagaren eller arbetssökanden inte är, har varit eller begärt att få vara föräldraledig bör han eller hon lägga fram något mer konkret som tyder på att så varit fallet.¹⁴⁷

Arbetsgivaren har en något tyngre bevisbörda och ska kunna visa, dvs. styrka antingen att något missgynnande som har samband med föräldraledighet inte förekommit eller att det trots att ett missgynnande som haft samband med föräldraledighet förekommit har denna behandling varit en nödvändig följd av ledigheten.¹⁴⁸

Om domstolen anser att arbetstagaren eller arbetssökanden lyckats övertyga med sin del av bevisbördan men att arbetsgivaren inte kunnat styrka sin ståndpunkt ska arbetsgivaren anses ha brutit mot bestämmelsen om förbud mot missgynnande behandling i 16 § föräldraledighetslagen.¹⁴⁹ Arbetsgivaren ska då betala skadestånd för förlusten och kränkningen som inträffat.¹⁵⁰

4.2 Havandeskapspenning eller sjukpenning?

Havandeskapspenning ges ut när arbetsgivaren inte kan omplacera en gravid arbetstagare som antingen inte kan arbeta på grund av fysiskt påfrestande arbetsuppgifter eller på grund av risker för fosterskador eller för havandeskapet i arbetsmiljön.¹⁵¹ När Försäkringskassan ska bedöma om ett arbete är fysiskt påfrestande ska hänsyn tas till arbetsuppgifternas art och det ska bedömas hur fysiskt ansträngande de är för en gravid kvinna generellt. Beträffande den enskilda kvinnans förmåga att utföra sina arbetsuppgifter ska det beaktas om kvinnan har några graviditetsbesvär.¹⁵² Exempel på fysiskt påfrestande uppgifter är bland annat arbete som belastar rygg, ben och armar och arbete som medför mycket gående och stående.¹⁵³

och när individuell lönesättning tillämpas beror lönesättningen på vilken utveckling den enskilda arbetstagaren haft tidigare år. Om lönesättningen inte skiljer sig markant från vad som den föräldralediga arbetstagaren rimligen kunde förvänta sig kan det enligt mitt synsätt inte alltid bli en lätt uppgift att bevisa skadan eller nackdelen.

¹⁴⁷ Prop. 2005/06:185 s. 91 och Ds 2005:15 s. 114 f.

¹⁴⁸ Prop. 2005/06:185 s. 91 och Ds 2005:15 s. 115.

¹⁴⁹ Prop. 2005/06:185 s. 91 och Ds 2005:15 s. 115.

¹⁵⁰ Föräldraledighetslagen 22 §.

¹⁵¹ RFV Vägledning 2002:6 *Havandeskapspenning* (Riksförsäkringsverket) s. 11 och 25.

¹⁵² Vägledning 2002:6 s. 12.

¹⁵³ Vägledning 2002:6 s. 14 f.

Det är arbetsgivaren ensam som avgör om arbetsmiljön utgör en risk.¹⁵⁴ En sådan risk kan t.ex. vara joniserande strålning.¹⁵⁵ Om en gravid arbetstagare har allmänna graviditetsbesvär som till exempel svullna ben, otymplighet, lättare ryggbesvär eller trötthet de sista månaderna av graviditeten berättigar det inte till havandeskapspenning utan hon hänvisas istället till möjligheten att ta ut föräldrapenning.¹⁵⁶

För att erhålla sjukpenning eller havandeskapspenning måste arbetstagarens arbetsförmåga vara nedsatt med minst en fjärdedel.¹⁵⁷ När det gäller rätten till havandeskapspenning är det havandeskapet i sig och inte sjukdom som ska medföra att den gravida arbetstagaren blir oförmögen att utföra sina arbetsuppgifter. Det är Försäkringskassan som avgör om det är sjukpenning eller havandeskapspenning som ska betalas ut när en gravid arbetstagare som är sjukskriven ansöker om havandeskapspenning. Trots att det anges att sjukpenning ska betalas ut om kvinnan uppfyller kraven för både sjukpenning och havandeskapspenning för samma tidsperiod finns det inga avgöranden i praxis som klargör gränsdragningen mellan sjukpenning och havandeskapspenning.¹⁵⁸ Det finns inte heller någon definition för begreppet sjukdom i lagen (1962:381) om allmän försäkring. Riktlinjer från 40-talet är fortfarande vägledande. De anger att som sjukdom ska räknas onormala kropps- eller själstillstånd som inte hör ihop med den normala livsprocessen medan störningar och fysiologiska förändringar som beror på barnafödande, havandeskap eller naturligt åldrande vilka sammanhänger med den naturliga livsprocessen inte ska betecknas som sjukdom.¹⁵⁹ Praxis har dock med tiden utvidgat begreppet sjukdom som ger rätt till sjukpenning till att även omfatta tillstånd under graviditet; bland annat anges hotande förtidsbörd, hotande missfall, otillräcklig fostertillväxt och tvillinggraviditet.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Vägledning 2002:6 s. 5.

¹⁵⁵ Vägledning 2002:6 s. 24.

¹⁵⁶ När jag 090707 besökte Försäkringskassans hemsida stod det "allmänna graviditetsbesvär" på

www.forsakringskassan.se/privatpers/foralder/vantar_barn/foraldrapenning_grav/ men den sidan finns inte längre. Istället står det nu endast "graviditetsbesvär" på

www.forsakringskassan.se/nav/33ab711087ee4d9559e9c471a5986053. Jag har valt att tolka det som att det fortfarande är allmänna graviditetsbesvär som avses då de anger att dylika besvär är vanliga vid graviditet.

¹⁵⁷ Vägledning 2002:6 s. 13.

¹⁵⁸ Vägledning 2002:6 s. 13 och RFV ANSER 1992:1 *Havandeskapspenning* s. 54. Se även Lag (1962:381) om allmän försäkring 3 kap. 9 a § "Havandeskapspenning utges inte i den mån kvinnan för samma tid uppstår sjukpenning eller sjuklön eller annan ersättning enligt lagen (1991:1047) om sjuklön.". I vägledningen står det även att förarbetena anger att man i möjligaste mån bör begränsa sjukskrivningarnas omfattning och varaktighet.

¹⁵⁹ Vägledning 2002:6 s. 13 med hänvisningar till Socialvårdskommitténs betänkande VII SOU 1944:15 Utredning och förslag angående lag om allmän försäkring, s. 162.

¹⁶⁰ Vägledning 2002:6 s. 13.

4.3 AD 2009 nr 13

I AD 2009 nr 13 ansåg sig tre arbetstagare (J.P, J.G. och K.W.), som delvis varit föräldralediga under år 2006, missgynnade av sina arbetsgivare av skäl som berodde på föräldraledigheten. Företagen, ett dotterbolag och dess moderbolag, hade delat ut gratifikationer om vardera 11 000 kronor till de arbetstagare som var anställda den 31 december 2006 eftersom bolagen det året fått ett gott resultat. Arbetstagare som under år 2006 inte arbetat heltid fullt ut, fick ersättning i proportion till den tid de hade arbetat under året. Bolagen ansåg att arbetstagare som varit föräldralediga, på samma sätt som arbetstagare som varit frånvarande från arbetet på grund av sjukdom eller tjänstledighet, endast skulle erhålla gratifikationen i proportion till den tid de arbetat under år 2006. Således utgick ingen gratifikation för den som varit frånvarande från arbetet hela året.

J.P. födde sitt barn den 3 juni 2006 och var föräldraledig fr.o.m. den 28 maj 2006.

J.G. födde sitt barn den 17 juni 2006 och var föräldraledig fr.o.m. den 4 juni 2006.

K.W:s barn föddes i augusti 2005 och K. W. var föräldraledig c:a åtta och en halv månader under år 2006.

4.3.1 Käromålet

Jämställdhetsombudsmannen (JämO) (nu diskrimineringsombudsmannen, DO) som företrädde arbetstagarna anförde att arbetstagarna, på grund av att de varit föräldralediga, fått lägre gratifikationer än de skulle ha fått om de inte varit föräldralediga och att den uteblivna ersättningen för perioderna av föräldraledighet därmed innebar en skada och ett missgynnande för dem. Detta missgynnande hade ett orsakssamband med föräldraledigheten och var inte en nödvändig följd av ledigheten och således hade arbetsgivaren brutit mot missgynnandeförbudet i 16 § 1 st. 5 p. föräldraledighetslagen. Vidare ansåg JämO att gratifikationen inte skulle ses som ersättning för utfört arbete utan som en förmån av belönings- eller gåvokaraktär eller i andra hand, om gratifikationen ansågs vara retroaktiv lön, skulle den ses som en förbättring av villkoren vilken även skulle komma föräldralediga arbetstagare tillgodo. JämO menade även att domstolen skulle inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen om huruvida undantaget från missgynnandeförbudet i 16 § föräldraledighetslagen strider mot bestämmelserna i likabehandlingsdirektivet om domstolen skulle komma fram till att missgynnandet varit en nödvändig följd av ledigheten.

4.3.2 Svaromålet

Arbetsgivarparterna bestred att de brutit mot missgynnandeförbudet i 16 § föräldraledighetslagen och menade i sin tur att de klagande inte missgynnats eftersom de behandlats på samma sätt som arbetstagare som varit sjuklediga eller tjänstlediga; d.v.s. de har erhållit gratifikation i proportion till arbetad

tid. Det var inte föräldraledigheten i sig som föranledde reducerade gratifikationer utan det faktum att de klagande varit frånvarande från arbetet dessa perioder och då inte bidragit till det goda arbetsresultatet. Enligt arbetsgivarna skulle föräldralediga jämföras med arbetstagare som varit sjuklediga eller tjänstlediga vilket skulle innebära att det då inte fanns något orsakssamband mellan föräldraledigheten och den reducerade gratifikationen. Arbetsgivarna ansåg att reduktionen varit en nödvändig följd av ledigheten och att föräldralediga inte haft befogad anledning att räkna med full gratifikation eftersom de då skulle gynnas i förhållande till sjuklediga och tjänstlediga. Beträffande gratifikationens karaktär menade arbetsgivarna att den skulle ses som uppskjuten lön som erhöles i proportion till arbetad tid och inte som en förbättring av villkoren eftersom det var fråga om en engångssumma som inte höjde lönenivåerna för de anställda.

4.3.3 Domstolens bedömning

4.3.3.1 Bedömningen enligt nationell rätt

Att gratifikationen, som enligt Arbetsdomstolen skulle ses som retroaktiv lön, reducerades för de tre klagande utgjorde för dem ett missgynnande eftersom att det i förarbetena framgår att behandlingen av föräldralediga arbetstagare ska jämföras i första hand med hur den föräldralediga skulle ha behandlats om han eller hon inte varit föräldraledig eller med hur arbetstagare som arbetar fullt ut behandlas.¹⁶¹ Eftersom arbetstagare som arbetade fullt ut erhöles full gratifikation hade alltså de föräldralediga utsatts för en förlust i fråga om löne- eller andra anställningsvillkor, dvs. skillnaden mellan den ersättning de erhöles och den ersättning de skulle ha fått om de inte varit föräldralediga. Domstolen bedömde att detta missgynnande hade ett orsakssamband med föräldraledigheten eftersom de klagande inte erhöles full gratifikation på grund av denna frånvaro. Således hade arbetstagersidan lyckats visa på missgynnande och ett orsakssamband mellan föräldraledigheten och missgynnandet. Emellertid ansåg domstolen att den sämre behandlingen varit en nödvändig följd av ledigheten och menade att det var situationer av denna typ som lagstiftaren haft i åtanke när undantaget från missgynnandeförbudet infördes. Situationen i detta fall var enligt domstolen ett sådant verkligt undantagsfall som avsågs i förarbetena där missgynnandet följde som en given konsekvens av ledigheten. Domstolen resonerade att det inte stred mot föräldraledighetslagen att en arbetsgivare villkorade att utbetalning av retroaktiv lön skulle erhållas i proportion till arbetstagers arbetsade tid under året och att det normalt följer att arbetstagare endast får lön i förhållande till den tid han eller hon arbetat ”eller för tid arbetstagers står till arbetsgivarens förfogande”. Därmed var situationen för arbetstagare som inte erhöles gratifikation för tiden av föräldraledighet att jämföra med att föräldralediga arbetstagare enligt svenska nationella regler inte erhåller lön från arbetsgivaren under

¹⁶¹ Domstolen ansåg att det egentligen borde göras en jämförelse i behandling mellan de föräldralediga och de arbetstagare som varit lediga på grund av sjukdom eller varit tjänstlediga, så som arbetsgivarparterna föreslagit, men att det inte fanns stöd för det i förarbetena.

ledigheten och att omständigheten att gratifikationen reducerades var en nödvändig följd av ledigheten.

4.3.3.2 EG-rättens betydelse i frågan

Eftersom JämO ansåg att förhandsavgörande från EG-domstolen skulle inhämtas beträffande huruvida undantaget från missgynnandeförbudet strider mot likabehandlingsdirektivet, prövade Arbetsdomstolen om undantaget var förenligt med EG-rätten. Målet Lewen¹⁶² togs upp som jämförelse för att visa hur EG-domstolen har resonerat angående frågan om retroaktiv lön.

I föräldraledighetsdirektivet finns en bestämmelse om att rättigheter som föräldralediga arbetstagare förvärvat eller står i begrepp att förvärva när föräldraledigheten börjar ska bevaras oförändrade till och med att föräldraledigheten upphör. I Lewen kom EG-domstolen fram till att en ersättning som betalats ut frivilligt från arbetsgivarens sida efter det att föräldraledigheten påbörjats inte kan anses vara en sådan rättighet (i Lewen rörde det sig om ett jultillägg). Eftersom gratifikationen även den betalats ut frivilligt från arbetsgivarens sida efter det att föräldraledigheten inletts ansåg Arbetsdomstolen att inte heller gratifikationen skulle vara en förvärvat rättighet. Proportionella avdrag från gratifikationen för perioder av föräldraledighet stred därmed inte mot föräldraledighetsdirektivet. Jultillägget i Lewen var enligt EG-domstolen inte lön i den bemärkelse som avses i mödraskyddsdirektivet eftersom det inte syftade till att säkerställa en viss inkomstnivå och detsamma fick enligt Arbetsdomstolen anses gälla för gratifikationen och proportionella avdrag stred därav inte mot mödraskyddsdirektivet. Om jultillägget var att ses som en retroaktiv lön skulle det vara könsdiskriminerande att inte betala ut det även till arbetstagare som varit föräldralediga under den period som jultillägget premierade i strid mot likalönsprincipen i artikel 119 (nu 141) i fördraget eftersom det var betydligt fler kvinnor än män som var föräldralediga och därmed skulle fler kvinnor drabbas av uteblivet jultillägg. Proportionella avdrag för den tid de varit frånvarande från arbetet skulle dock vara tillåtet för perioder av föräldraledighet men inte för perioder av mammaledighet. Domstolen i Lewen ansåg att uteslutande av tiden av mammaledighet (förbud mot arbete)¹⁶³ skulle ”innebära att den kvinnliga arbetstagaren diskriminerades endast i sin egenskap av arbetstagare, eftersom nämnda perioder skulle ha betraktats som arbetsperioder om hon inte hade varit gravid”. Enligt Arbetsdomstolen var likalönsprincipen som fordrar könsdiskriminering för sin tillämpning inte tillämplig eftersom JämO inte gjort gällande att de klagande missgynnats på grund av kön; men även om JämO gjort gällande könsdiskriminering hade enligt Arbetsdomstolen ändå proportionella avdrag för perioder av föräldraledighet varit i enlighet med likalönsprincipen i artikel 141 EG.

I likabehandlingsdirektivet från 2002 anges i artikel 2.7 att förbättringar av villkoren ska komma arbetstagare som varit mammalediga eller

¹⁶² Se kapitel 3.5 Lewen.

¹⁶³ Enligt den nationella lagstiftningen var mammaledigheten förbunden med arbetsförbud.

pappalediga¹⁶⁴ tillgodo efter ledigheten.¹⁶⁵ Arbetsdomstolen menade att dessa förbättringar även var tillämpliga för föräldraledighet men att de endast åsyftade villkor som gäller för det arbete som arbetstagaren utför när hon eller han är tillbaka från ledigheten. Eftersom gratifikationen skulle ses som retroaktiv lön för utfört arbete hade den inte påverkat den lön som arbetstagarna skulle få när de återgick till arbetet efter år 2006 och därmed var bestämmelserna i likabehandlingsdirektivet inte tillämpliga på gratifikationen.

4.4 AD 2009 nr 15 – frågan om pensionspremier

En av frågorna Arbetsdomstolen hade att ta ställning till i AD 2009 nr 15 var om arbetsgivare måste betala pensionspremier för en föräldraledig arbetstagare. När käranden, M.H, tog ut föräldraledighet upphörde arbetsgivaren med att betala in pensionspremier för henne. M.H. ansåg då att arbetsgivaren missgynnade henne på grund av föräldraledigheten.

M.H:s arbetsgivare (nedan även bolaget) som inte var knutet till något kollektivavtal finansierade en privat pensionsförsäkring för sina anställda men hade som policy att inte betala pensionspremier för den tid en anställd var föräldraledig. Detta gällde som huvudregel även vid annan tjänstledighet. Vid frånvaro på grund av sjukdom betalade företaget däremot in premier de första tre månaderna och vid ytterligare sjukskrivning betalades pensionspremier via en försäkring som bolaget tecknat. Beräkningen av storleken på pensionspremierna baserades på den anställdas månadslön.

4.4.1 Kärområdet

JämO ansåg att arbetsgivaren hade missgynnade M.H. i strid mot 16 § i föräldraledighetslagen genom att inte betala pensionspremier för henne under föräldraledigheten och att det inte fanns något som talade för att detta missgynnande varit en nödvändig följd av ledigheten. Att det i det allmänna lagstadgade pensionssystemet och i många kollektivavtal finns regler om att

¹⁶⁴ Enligt min mening avses inte här den ”vanliga” föräldraledigheten för fäder som omfattas av föräldraledighetsdirektivet som ska omfattas av skydd för likvärdigt arbete och arbetsvillkor vid återvändande till arbetet, utan det är en speciell pappaledighet som medlemsstaterna kan besluta om som enbart är avsedd för manliga arbetstagare och kan jämföras med mammaledighet vilken enbart kan tas ut av kvinnliga arbetstagare. Att det i texten i artikel 2.7 i likabehandlingsdirektivet anges att likabehandlingsdirektivet inte ska påverka bestämmelser i föräldraledighetsdirektivet tyder även på detta. Däremot erhåller föräldralediga arbetstagare dylikt skydd enligt § 2.6 i bilagan till föräldraledighetsdirektivet. Se även Nyström 2002, s. 234 f. Jag tolkar det som att Nyström anser att det just är den särskilda pappaledigheten som avses i likabehandlingsdirektivet.

¹⁶⁵ Av artikel 2.7 i likabehandlingsdirektivet framgår även att mindre förmånlig behandling av en kvinna som har samband med graviditet eller mammaledighet utgör direkt könsdiskriminering.

pensionspremier ska betalas in även under föräldraledigheten menade JämO visade på att missgynnandet av M.H. gick att undvika. Missgynnandet var inte heller av det slaget att det skulle missgynna andra arbetstagare om arbetsgivaren hade betalat in pensionspremierna under M.H:s ledighet eftersom bolaget betalade in pensionspremier till arbetstagare som var lediga från arbetet på grund av sjukdom.

I frågor som rör likabehandling av kvinnor och män har EG-rätten ansett att pensionsförmåner ska ses som lön. Enligt JämO beror detta på att man gjorde en vid tolkning för att uppnå reell likabehandling. I det aktuella fallet var det istället fråga om en undantagsregel som ska tolkas restriktivt och då menade JämO att pensionspremierna istället skulle betraktas som ett anställningsvillkor eller en anställningsförmån och inte som uppskjuten lön då pensionsförmåner ingår i anställningsavtalet och skillnaderna mellan pensionspremier och lön är många. Vid händelse att domstolen ändå skulle beakta pensionspremierna som lön anförde JämO beträffande exemplet i förarbetena på när ett missgynnande ska ses som en nödvändig följd av ledigheten - att arbetsgivaren inte behöver betala lön till arbetstagare som är föräldralediga - att det skulle beaktas att arbetstagaren då får föräldrapenning istället.

Enligt JämO:s synsätt gav artikel 2.7 i likabehandlingsdirektivet från 2002 föräldralediga ett skydd mot missgynnande under hela föräldraledigheten varifrån inga undantag medgavs. Därmed ansåg JämO undantaget i 16 § andra stycket i föräldraledighetslagen strida mot EG-rätten och missgynnandet av M.H. kunde sålunda inte vara en nödvändig följd av ledigheten.

4.4.2 Svaromålet

Bolaget ansåg att det var en nödvändig följd av föräldraledigheten att inte betala in pensionspremier för anställda under deras föräldraledighet och att de därmed inte hade brutit mot missgynnandeförbudet i föräldraledighetsdirektivet. Deras uppfattning var att det inte hade någon betydelse för tolkningen av undantagsregeln i missgynnandeförbudet att vissa kollektivavtal innehåller villkor om att pensionspremier ska betalas in för föräldralediga. Då det är upp till varje arbetsgivare som inte är ansluten till kollektivavtal att själv avgöra om de anställda ska erbjudas tjänstepension, eftersom det inte finns något tvingande om detta i lagen, kunde det inte vara en skyldighet för bolaget att följa regler i kollektivavtal som är förmånligare för de anställda. Vidare menade bolaget att arbetsgivare inte kan åläggas att betala pensionspremier för en arbetstagare som är tjänstledig med föräldraledighet eftersom de grundläggande förpliktelserna enligt anställningsavtalet då tillfälligt upphör att gälla; den föräldralediga arbetstagaren behöver inte utföra något arbete för arbetsgivarens räkning och arbetsgivaren är inte skyldig att betala ut någon lön. Det skulle även kunna upplevas som orättvist av t.ex. deltidsanställda som får pensionspremier i relation till arbetad tid om föräldralediga särskilt gynnades i förhållande till dem, genom att få fulla pensionspremier när de är frånvarande från arbetet. Eftersom beräkningen av pensionspremierna är

relaterad till arbetstagarens lön innevarande eller föregående år, skulle det enligt bolaget också vara svårt att beräkna lönen för en anställd som varit föräldraledig i tre år i sträck. Arbetsgivaren skulle dessutom inte kunna göra avdrag för pensionspremierna i deklarationen.

Genom att hänvisa till målet Bilka-Kaufhaus¹⁶⁶ och dagligt språkbruk gjorde bolaget gällande att pension ”enligt vedertaget betraktelsesätt” är en uppskjuten lön som arbetstagaren får från arbetsgivaren för den tid som han eller hon rent faktiskt har utfört arbete för arbetsgivarens räkning. Att arbetstagaren inte erhåller lön/pensionspremier från arbetsgivaren under föräldraledigheten skulle därför ses som en given konsekvens av ledigheten. Detta var något som enligt bolaget även förklarade varför de gjorde skillnader i behandlingen av sjuklediga och föräldralediga; sjukskrivna arbetstagare för vilka bolaget fram till den 90:e dagen betalade in pensionspremier erhöll då samtidigt lön från bolaget. Den premiebefrielseförsäkring som sjukskrivna arbetstagare fick inbetalt från och med den 90:e dagen utgick från en premiepensionsförsäkring. Den gick inte att teckna för föräldraledighet vilket enligt bolaget skulle innebära stora kostnader för arbetsgivare som inte har kollektivavtal om de skulle vara tvungna att betala premiepension för föräldralediga arbetstagare. Att det även finns lagmässiga skillnader i ersättningen för sjukskrivna och föräldralediga som innebär att arbetstagare uppbär lön från arbetsgivaren under ledighet för sjukdom men inte vid föräldraledighet, menade bolaget visa på att skillnader i behandlingen av sjuklediga och föräldralediga beträffande lön är tillåtna.

I stället för att bemöta JämO:s påstående att undantaget i missgynnandeförbudet strider mot EG-rätten, refererade bolaget till förarbetena till föräldraledighetslagen där det anges att ”föräldralediga arbetstagare skall tillförsäkras förbättringar som inträffar på arbetsplatsen, på samma villkor som andra, icke lediga arbetstagare”.¹⁶⁷ Bolaget menade att detta uttalande innebär att den föräldralediga arbetstagare ska tillförsäkras förbättringar som inträffat på arbetsplatsen först när de återvänder från föräldraledigheten. När det gäller lön ges exemplet i propositionen att föräldralediga inte ska tappa i lönehänseende under ledigheten i jämförelse med arbetskolleger eller i förhållande till en fiktiv löneutveckling grundad på scenariot att arbetstagaren inte tagit ut någon föräldraledighet.¹⁶⁸ Bolaget menade att förfarandet att inte betalda pensionspremier för föräldralediga inte var en dylik förbättring av lönen eller andra villkor utan istället en försämring av villkoren som, om den utgör en nödvändig följd av föräldraledigheten, är tillåten.

¹⁶⁶ Mål 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz [1986] ECR 1651, där EG-domstolen fastslog att artikel 119 EEG (numera 141 EG) omfattar pensionssystem som arbetsgivaren och arbetstagarorganisationen avtalat om.

¹⁶⁷ Se även prop. 2005/06:185 s. 75 och 88.

¹⁶⁸ Se även prop. 2005/06:185 s. 88.

4.4.3 Domstolens bedömning

Eftersom det var ostridigt mellan parterna att M.H. missgynnats genom att inte få pensionspremier insatta för tiden av föräldraledighet och att skälen till detta hade samband med ledigheten, var frågan domstolen skulle bedöma huruvida missgynnandet varit en nödvändig följd av föräldraledigheten.

Enligt domstolen skulle pensionspremierna räknas som lön. Detta menade domstolen även var ”väl förankrat inom EG-rätten”. Domstolen ansåg att det därav följde att föräldralediga skulle behandlas på samma sätt i frågan om pensionspremierna som i avseende på den direkta lönen. Då ingen lön erhålls under föräldraledigheten skulle inte heller arbetstagaren få några löneförmåner d.v.s. i det här fallet pensionspremier under föräldraledigheten som en naturlig följd av ledigheten. Detta påverkades inte av att vissa kollektivavtal hade regler om att pensionspremier skulle betalas även för föräldraledighetstiden. Även det förhållandet att premierna beräknades med lönen som underlag var enligt Arbetsdomstolen väsentligt för bedömningen; om ingen lön betalades fann inget underlag för premierna. Förutom att domstolen såg det som en nödvändig följd av ledigheten att inte betala in premier för arbetstagare under deras föräldraledighet, skulle det även vara ett orättvist missgynnande av deltidsarbetande om föräldralediga skulle få fulla premier inbetalda under ledigheten eftersom deltidsarbetande endast får premierna i relation till arbetad tid. Föräldralediga arbetstagare skulle även bli omotiverat gynnade i förhållande till arbetstagare som är lediga utan lön av andra orsaker och därmed inte får pensionspremierna insatta för sig för den tiden.

Beträffande JämO:s påstående att undantaget i missgynnandeförbudets stred mot artikel 2.7 i likabehandlingsdirektivet från 2002 svarade domstolen att artikeln endast avser förhållandet när den föräldralediga arbetstagaren återvänder till arbetet.

4.5 AD 2009 nr 15 – frågan om löneutfyllnad

Den andra frågan som Arbetsdomstolen skulle ta ställning till i AD 2009 nr 15 var om arbetsgivare måste betala löneutfyllnad till en kvinnlig arbetstagare som är ledig och uppbar havandeskapspenning. M.H. hade varit ledig med havandeskapspenning i slutet av sin graviditet och under den perioden betalade arbetsgivaren inte ut någon löneutfyllnad så som gjordes till arbetstagare som var sjuklediga och uppbar sjukpenning. M.H. hade även varit sjukskriven med sjukpenning under delar av graviditeten på grund av nedsatt arbetsförmåga till följd av graviditetsrelaterade besvär och uppbar då löneutfyllnad från sin arbetsgivare. Löneutfyllnaden bestod av mellanskillnaden mellan 90 procent av lönen och den sjukpenning hon erhöll från Försäkringskassan. Samma dag som M.H. blev sjukskriven ansökte hon om havandeskapspenning från Försäkringskassan på grund av att hennes arbetsuppgifter innehöll tunga lyft och långa perioder av stående

och hon hade värk i benen och ländryggen till följd av graviditeten. Bolaget uppgav i sitt utlåtande till Försäkringskassan att de vidhöll de uppgifter M.H. lämnat och tillade att arbetsuppgifterna som även innefattade röntgenstrålning, mycket bilkörning, stress och oregelbunden arbetstid som kunde ha en skadlig inverkan på fostret och att de tunga lyften kunde leda till bland annat foglossning. De rekommenderade därför att M.H. inte skulle fortsätta med sina arbetsuppgifter under graviditeten men bolaget hade själv ingen möjlighet att omplacera M.H.

Enligt reglerna kan Försäkringskassan begära att den sökande ska inkomma med ett läkarutlåtande. Försäkringskassan bedömde att det inte behövdes då de ansåg att uppgifter inkommit som styrkte att M.H:s graviditetsbesvär påverkade hennes förmåga att utföra sina arbetsuppgifter, att arbete var fysiskt tungt och att M.H. därmed hade rätt till hel havandeskapspenning.

4.5.1 Käromålet

JämO som företrädde M.H. menade att arbetsgivaren hade könsdiskriminerat M.H. genom att inte betala löneutfyllnad under perioden hon var gravid och uppbar havandeskapspenning och att arbetsgivaren därigenom brutit mot jämställdhetslagen. Som stöd för sin talan utgick JämO i huvudsak från 15 § i jämställdhetsdirektivet, där förbudet mot könsdiskriminering införts i svensk rätt, och domstolens dom i målet Høj Pedersen. I Høj Pedersen ansåg EG-domstolen att kvinnliga arbetstagare som är frånvarande från arbetet på grund av arbetsoförmåga som beror på en av läkarintyg styrkt graviditetsrelaterad sjukdom ska erhålla samma ersättning som arbetstagare som är frånvarande från arbetet på grund av oförmåga till följd av sjukdom som inte har samband med graviditet som styrkts av läkarintyg. Lägre ersättning är diskriminerande på grund av kön eftersom den sämre behandlingen kan anses grundad på graviditeten. Beror frånvaron istället på ”allmänna graviditetsbesvär” som inte medför arbetsoförmåga och det inte finns risk för fosterskador ska enligt EG-domstolen frånvaron anses grundad på den kvinnliga arbetstagarens eget val att inte arbeta och då finns det inget EG-rättsligt skydd för ersättning under frånvaron.¹⁶⁹

Det var enligt JämO inte ett frivilligt val från M.H:s sida att inte arbeta eftersom M.H. av både arbetsgivaren och Försäkringskassan bedömdes vara arbetsoförmögen till följd av graviditeten samt att arbetsgivaren ansåg att det fanns risk för fostret vid fortsatt arbete och inte kunde omplacera M.H. Situationen för M.H., arbetsoförmåga till följd av graviditet, skulle enligt JämO likställas med situationen då en anställd är arbetsoförmögen på grund av sjukdom och eftersom M.H. inte erhöll löneutfyllnaden, vilket arbetstagare som var arbetsoförmögna till följd av sjukdom gjorde, hade hon missgynnats och diskriminerats på grund av kön.

En kvinna som både uppfyller kriterierna för havandeskapspenning och sjukpenning ska enligt svenska nationella bestämmelser erhålla

¹⁶⁹ Se även kapitel 3.4 Høj Pedersen.

sjukpenning.¹⁷⁰ JämO angav att anledningen till att M.H. inte samtidigt som hon erhöll havandeskapspenning ansökte om sjukpenning var att hon genom havandeskapspenningen redan var garanterad ersättning.

4.5.2 Svaromålet

Arbetsgivaren ansåg att situationen för en arbetstagare som är frånvarande från arbetet och uppbär sjukpenning inte är likvärdig med situationen för en arbetstagare som är frånvarande från arbetet och uppbär havandeskapspenning och att därmed ingen diskriminering hade förekommit. Som grund för detta anförde bolaget att det för beviljande av sjukpenning krävs ett läkarintyg på arbetsoförmåga medan en arbetstagare inte ens behöver ha någon sjukdom för att erhålla havandeskapspenning. Det räcker att arbetsförmågan är nedsatt i förhållande till visst tungt arbete eller att arbetsmiljön är skadlig för den gravida arbetstagarens eller fostrets hälsa och läkarintyg begärs endast i vissa fall. Om den kvinnliga arbetstagaren omplaceras till arbetsuppgifter som inte är fysiskt ansträngande och där arbetsmiljön inte är skadlig, är hon förmögen att arbeta. I M.H:s fall var försäkringskassans beslut att bevilja havandeskapspenning grundat på M.H:s och arbetsgivarens uppgifter om att fortsatt arbete inte var aktuellt eftersom arbetsuppgifterna var fysiskt ansträngande, arbetsmiljön kunde vara skadlig för fostret och eftersom omplacering inte kunde ske. Det fanns inte något medicinskt underlag eller läkarintyg för dessa uppgifter eftersom Försäkringskassan inte begärde det. JämO:s synpunkt om att M.H. likaväl kunde ha varit sjukskriven som att uppbära havandeskapspenning bemötte bolaget med att det inte var upp till bolaget att avgöra om M.H. erhöll rätt förmån och att det var omöjligt för arbetsgivaren att i efterhand bedöma om M.H. var sjuk när hon erhöll havandeskapspenning eftersom det inte finns något läkarintyg för den perioden. Även bolaget hänvisade till målet Høj Pedersen men menade att eftersom M.H:s ledighet inte berodde på en graviditetsrelaterad sjukdom skulle hennes situation inte omfattas av det skydd som arbetstagare med graviditetsrelaterad sjukdom gavs genom det målet. Enligt bolagets synsätt var M.H:s situation istället jämförbar med tjänstledighet för studier, vård av anhörig eller militärtjänstgöring och i de situationerna uppbar bolagets arbetstagare inte heller någon löneutfyllnad.

4.5.3 Domstolens bedömning

Arbetsdomstolen ansåg inte att arbetstagare som är frånvarande från arbetet och uppbär havandeskapspenning är i en situation som är likvärdig den som en arbetstagare som är frånvarande från arbetet med sjukpenning befinner sig i. Därmed hade inte arbetsgivaren könsdiskriminerat M.H. genom att underlåta att betala ut löneutfyllnad för den tid hon erhöll havandeskapspenning.

¹⁷⁰ Se kap. 4.2 Havandeskapspenning eller sjukpenning?

Domstolen angav följande som skäl för sin bedömning att situationerna inte var likvärdiga:

- att lagen om allmän försäkring gör skillnad i ersättningsreglerna för gravida arbetstagare som är arbetsoförmögna på grund av sjukdom och gravida arbetstagare som inte kan utföra sina arbetsuppgifter som en följd av graviditeten (en arbetstagare kan inte erhålla havandeskapspenning om hon för samma tid erhåller sjukpenning),
- att stor vikt läggs vid typen av arbetsuppgifter vid bedömningen av om arbetstagaren har rätt till havandeskapspenning,
- att det enligt RFV:s Vägledning nr 2002:6 framgår att avgörande vikt ska fästas vid om det är själva graviditeten och inte sjukdom som ger upphov till arbetsoförmågan och
- att det för erhållande av havandeskapspenning inte krävs att den gravida arbetstagaren är arbetsoförmögen i övrigt.

Som ett sista belägg på att situationerna inte var likvärdiga anförde domstolen att arbetstagare som är frånvarande från arbetet på grund av sjukdom får behålla sina anställningsförmåner under en viss tid medan arbetstagare som är frånvarande från arbetet på grund av graviditet när inte omplacering är möjlig inte får bibehålla anställningsförmåner.

Enligt domstolen var det inte upp till arbetsgivaren att utreda om M.H. borde ha erhållit sjukpenning istället för havandeskapspenning. Eftersom M.H. varit frånvarande från arbetet med havandeskapspenning och inte med sjukpenning och domstolen ansåg att de situationerna inte var likvärdiga, hade bolaget inte könsdiskriminerat M.H. när de valde att inte utbetala löneutfyllnad under den frånvaron. Detta menade domstolen även var förenligt med EG-domstolens syn på frågan bland annat genom domen i Høj Pedersen.

5 Analys

Gravida och mammalediga arbetstagare erhåller ett starkt skydd inom EG-rätten dels genom praxis från EG-domstolen dels genom reglerna i mödraskyddsdirektivet. Graviditet och mammaledighet anses vara särskilt skyddsvärda situationer och under dessa perioder kan en arbetstagare inte bli uppsagd i mer än i undantagsfall av skäl som inte har samband med deras tillstånd. Mammalediga arbetstagares skydd grundas på tanken om skyddet för kvinnans biologiska återhämtning efter födseln och möjligheten för mamman att knyta an till barnet vilket gör att deras situation inte kan likställas med vare sig situationen för arbetande arbetstagare eller för sjukskrivna arbetstagare. Däremot har mammaledighet på grund av att den anses vara ofrivillig givits samma starka skydd som graviditet utom beträffande grundlönen. Mammalediga arbetstagaren kan inte kräva fortsatt full lön, men har rätt till en rimlig levnadsnivå vilken är minst den ersättning som utgår vid sjukskrivning enligt medlemslandets nationella lagstiftning om social trygghet. Det innebär att en mammaledig arbetstagare kan få mindre ersättning från arbetsgivaren än en sjukledig arbetstagare om arbetsgivaren betalar mer till sjuklediga än som föreskrivs i den nationella lagstiftningen.

Beträffande rättigheter som verksamma arbetstagare får när en arbetstagare är mammaledig kan den mammalediga arbetstagaren inte hävda att hon diskrimineras i förhållande till arbetstagare som är verksamma eftersom deras situationer inte anses vara likvärdiga. När det istället gäller rättigheter som uppkommer innan eller under mammaledigheten men som är tillämpliga på perioden före mammaledigheten då den mammalediga arbetstagaren arbetade och som kan inverka på storleken av den ersättning som ska utgå under mammaledigheten, ska den mammalediga erhålla den rättigheten precis som om hon fortfarande var verksam. Vid rättigheter som uppkommer efter mammaledigheten som t.ex. vid beviljandet av förmåner som arbetsgivaren utbetalar, ska perioder av mammaledighet räknas på samma sätt som arbetade perioder.

Lönediskriminering av föräldralediga arbetstagare kan endast utgöras av en indirekt diskriminering vilket innebär att det krävs att det är betydligt fler arbetstagare av ett kön som missgynnas. Således krävs det att arbetstagare av samma kön tar ut en övervägande del av föräldraledigheten för att diskrimineringsreglerna ska bli tillämpliga. Det finns alltså stora skillnader i EG-rätten beträffande skyddet för mammalediga arbetstagare och skyddet för föräldralediga arbetstagare. Samma starka skydd gäller för gravida och mammalediga arbetstagare medan skyddet för föräldralediga arbetstagare är relativt svagt. Under mammaledigheten erhåller arbetstagare ett visst EG-rättsligt skydd för skälig ersättning medan det under föräldraledigheten helt saknas skydd för sådan ersättning. Däremot finns det ett visst skydd för både föräldralediga och mammalediga arbetstagare när de återvänder till arbetet. Vid beviljandet av retroaktiv lön är det inte diskriminerande att göra avdrag för föräldraledighetsperioder men däremot är det direkt diskriminerande att göra avdrag för perioder av mammaledighet även om den retroaktiva lönen

inte räknas som lön enligt mödrskyddsdirektivet. Det är diskriminerande i strid mot mödrskyddsdirektivet att inte göra pensionsavsättningar för mammalediga arbetstagare eftersom dylika avsättningar betraktas som en rättighet i anställningsavtalet som ska säkerställas under mammaledigheten. Däremot är det inte diskriminerande att inte göra pensionsavsättningar för föräldralediga arbetstagare.

Inom svensk nationell lagstiftning har man valt att ge ett starkt skydd för gravida arbetsökande och arbetstagare. Detta starka skydd gäller däremot inte såsom i EG-rätten även för mammalediga arbetstagare. Mammaledighet betraktas enligt svensk nationell rätt istället som en form av föräldraledighet, vilket innebär att reglerna om föräldraledighet även inbegriper mammaledigheten. Förbudet mot missgynnande av föräldralediga arbetstagare i föräldraledighetslagen angavs i förarbetena ha syftet att ge föräldralediga samma starka skydd som gravida. Dock behäftades förbudet med en undantagsregel om att missgynnandet kan vara en nödvändig följd av ledigheten som är central i bedömningen om missgynnande behandling förelegat.

Arbetsdomstolens domar i AD 2009 nr 13 beträffande gratifikation (retroaktiv lön) till föräldralediga och i AD 2009 nr 15 angående pensionsavsättningar för föräldralediga bygger på regleringen i svensk nationell rätt vilken inte gör någon skillnad på mammaledighet och föräldraledighet. Enligt EG-rätten är det diskriminerande i strid mot mödrskyddsdirektivet att inte avsätta pensionspremier för en mammaledig arbetstagare eftersom det räknas som en rättighet som ska säkerställas under mammaledigheten.¹⁷¹ Arbetsdomstolen valde däremot att se pensionspremieavsättningar som lön och menade att eftersom det inte finns någon skyldighet för arbetsgivare att betala ut lön under föräldraledigheten kan det inte krävas att arbetsgivare betalar in pensionspremier för föräldralediga. EG-domstolen har även slagit fast att arbetsgivare vid beräkning av förmåner som kan ses som retroaktiv lön inte får göra avdrag för perioder av mammaledighet utan mammaledigheten ska betraktas som arbetad tid i detta avseende. Arbetsdomstolen ansåg att det var tillåtet för arbetsgivare att göra proportionella avdrag för perioder av föräldraledighet. Att de klagande i båda målen även varit mammalediga under perioderna av föräldraledighet var något som Arbetsdomstolen inte tog ställning till.¹⁷² Eftersom EG-domstolen var tydlig beträffande rätten att erhålla pensionsavsättningar under mammaledigheten och i fråga om att perioder av mammaledighet ska räknas som arbetad tid vid beräkning av retroaktiv lön är det enligt min mening ingen tvekan om att de klagande i målen i Arbetsdomstolen åtminstone skulle få rätt i EG-domstolen avseende perioderna av mammaledighet. Arbetsdomstolen borde sålunda ha begärt ett förhandsavgörande från EG-domstolen.

Eftersom det enda sättet enligt EG-rätten att kunna åberopa att man utsatts för lönediskriminering som har samband med föräldraledighet är om man

¹⁷¹ Enligt EG-domstolen i Boyle. Se kapitel 3.3 Boyle – rätten till pension.

¹⁷² Endast beträffande käranden K.W. i AD 2009 nr 13 är det av handlingarna oklart om hon varit mammaledig under 2006, eftersom hennes barn föddes i augusti 2005.

blivit diskriminerad på grund av kön faller det skyddet om det i medlemslandet finns en jämn fördelning av föräldraledigheten mellan män och kvinnor. Det innebär att i medlemsländer där ena könet inte är uppenbart överrepresenterade som föräldraledighetsuttagare, har varken föräldralediga kvinnor eller män något skydd i fråga om lön. I svensk nationell rätt gjordes ett försök att komma åt detta problem genom införandet av missgynnandeförbudet i 16 § föräldraledighetslagen. Arbetsdomstolen valde dessvärre att tolka undantagsregeln generöst trots att det anges i förarbetena att den endast får användas restriktivt i uppenbara undantagsfall.

Enligt EG-domstolens praxis är diskriminering på grund av graviditet direkt diskriminering. Direkt diskriminering på grund av kön föreligger om en arbetsgivare missgynnar en fullt arbetsför gravid arbetstagare/arbetssökande av skäl som beror på graviditeten. En gravid arbetssökande eller arbetstagare ska erhålla samma rättigheter som övriga arbetssökande eller arbetstagare och får bland annat inte nekas anställning eller få sämre lönevillkor på grund av graviditeten. Principen om direkt diskriminering gäller även när en uppsägning av en gravid arbetstagare grundas på frånvaro för graviditetsrelaterad sjukdom men däremot inte beträffande lönefrågor vid sjukdom under graviditet. Situationen för en gravid arbetstagare som inte är arbetsför på grund av graviditetsrelaterad sjukdom är då istället jämförbar med situationen för en sjukskriven arbetstagare. Således får en arbetstagare som är sjukskriven på grund av graviditetsrelaterad sjukdom inte behandlas lönemässigt sämre än en arbetstagare som är sjukskriven på grund av annan sjukdom skulle ha behandlats. En gravid arbetstagare som däremot endast har "allmänna graviditetsbesvär" kan inte jämföras med en sjukskriven arbetstagare och erhåller inget skydd för lönen. Gravida arbetstagare erhåller även skydd mot arbetsplatsmiljöer som kan innebära risk för fostret och den gravidas hälsa. Om arbetsplatsen innebär en risk har den gravida arbetstagaren rätt att bli omplacerad eller så kan hon istället beviljas ledighet på grund av arbetsgivarens bristande möjlighet att omplacera henne. I båda situationerna ska grundlönen bevaras.

Enligt svensk nationell rätt kan gravida arbetstagare under vissa förutsättningar erhålla havandeskapspenning. Dels om arbetsplatsen kan vara farlig för den gravidas hälsa, dels om den gravida arbetstagaren har svårt att utföra sina arbetsuppgifter på grund av graviditeten. I det senare fallet ska hänsyn tas till arbetstagarens fysiska möjligheter att utföra uppgifterna i kombination med arbetsuppgifternas påverkan på graviditeten. Havandeskapspenning faller inte självklart in under reglerna i EG-rätten eftersom det både är arbetsuppgifterna och arbetstagarens sjukdom som medför att den gravida arbetstagaren är förhindrad att utföra sina vanliga arbetsuppgifter. Det är inte heller arbetsgivaren som beslutar om beviljandet av havandeskapspenning. Det är oklart om situationen faller under ledighet för graviditetsrelaterad sjukdom, vilken enligt EG-rätten är jämförbar med annan sjukledighet, eller om det skulle kunna skyddas av reglerna om arbetsplatser med risk för graviditeten i mödraskyddsdirektivet, eftersom det snarare kan anses vara en kombination av de båda. Det torde i vart fall inte kunna falla under reglerna om allmänna graviditetsbesvär då svenska

Försäkringskassan vid sådana besvär istället hänvisar den gravida arbetstagaren till föräldrapenning.¹⁷³ Detta sammantaget gör att Arbetsdomstolen i AD 2009 nr 15 borde ha begärt ett förhandsavgörande från EG-domstolen angående frågan om gravida arbetstagare som uppstår havandeskapspenning kan anses vara i en situation som är likvärdig den för arbetstagare som är sjukskrivna.

Nielsen överväger att diskriminering som beror på graviditetskostnader kanske inte ens borde klassificeras som könsdiskriminering i sin kritik mot Dekker-domen.¹⁷⁴ Med tanke på att det ska kunna vara tydlig för både arbetsgivare och arbetstagare att förutse vilka regler som gäller anser jag att det på EG-nivå krävs en förändring i systemet för gravida, mamma- och pappalediga och föräldralediga. Könsdiskrimineringsreglerna är som Ellis framhåller inte anpassade för den typen av diskriminering¹⁷⁵, något som tydliggörs genom EG-domstolens ofta svårbegripliga domar. Till dess att det sker en förändring av reglerna i EG-rätten, måste regleringen av mamma- och föräldraledighet i svensk nationell rätt ses över så att det inte är någon tvekan om att den överensstämmer med EG-rätten. Antingen borde rättigheterna för mammalediga arbetstagare regleras skilt från övrig föräldraledighet, eller så borde det skydd som genom EG-rätten gäller under mammaledigheten, i svensk nationell rätt även gälla för den övriga föräldraledigheten. Som reglerna ser ut i dag är det risk för att det skydd mammalediga arbetstagare har enligt EG-rätten glöms bort i diskussionen om huruvida missgynnandet av föräldralediga varit en nödvändig följd av ledigheten, så som gjordes av domstolen i AD 2009 nr 13 och AD 2009 nr 15.

EG-domstolen och i viss mån lagstiftarna (särskilt genom förslaget om förlängd mammaledighet) betraktar kvinnan som den som ska ta hand om barnet genom uttalanden om att mammaledigheten är till för att ”skydda den speciella relationen mellan barnet och modern” för att mamman ska få tid till att ”knyta an” till barnet. Fäder hamnar i nuläget i en situation där de uppmanas att ta ut mer föräldraledighet samtidigt som det EG-rättsliga lönemässiga skyddet för föräldralediga endast kan återopas av kvinnor i medlemsländer där kvinnliga arbetstagare är överrepresenterade som uttagare av föräldraledighet samtidigt som den för kvinnan förbehållna ledigheten föreslås förlängas. Tanken är att den förlängda mammaledigheten ska underlätta för arbetsgivare genom att kvinnliga arbetstagare förväntas ta ut föräldraledighet i mindre omfattning och för kvinnliga arbetstagare genom att de får extra tid till att återhämta sig från en förlossning och knyta an till barnet. Frågan är om den inte istället kommer att ytterligare befästa rollen av kvinnan som den av föräldrarna som är mest lämpad att ta hand om barnen och få arbetsgivare att fundera en extra gång om han/hon ska anställa en kvinna i fertil ålder.

¹⁷³ www.forsakringskassan.se/nav/33ab711087ee4d9559e9c471a5986053. Se även fotnot 148 på s. 50.

¹⁷⁴ Nielsen 1992, s. 167. Nielsen påtalar att domstolen borde ha tolkat situationen i Dekker som indirekt diskriminering istället för direkt diskriminering, men påtalar även att det är fråga om missgynnandet överhuvudtaget kunde anses vara könsrelaterat (“if at all gender-related”).

¹⁷⁵ Ellis 1999, s. 633.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

KOM (2008) 637 slutlig från Internetsidan <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0637:FIN:SV:PDF>

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

Departementsserien 2002:56 *Hållfast arbetsliv – för ett föränderligt arbetsliv*

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

RFV Vägledning 2002:6 *Havandeskapspenning* (Riksförsäkringsverket)

RFV Anser 1992:1 *Havandeskapspenning*

Litteratur

Allgårdh, Olof och Norberg, Sven, *EU och EG-rätten – En handbok och lärobok om EU och i EG-rätt*, Stockholm 2004.

Barnard, Catherine, *EC Employment Law*, 3. edition, New York 2006.

Ellis, Evelyn, "Case C-394/96, *Brown v. Rentokil Ltd*, judgement of 30 June 1998, nyr." i *Common Market Law Review* 36: 625-633, 1999.

Fransson, Susanne, *Lönediskriminering. En arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag*, Uppsala 2000.

Lundström, Karin, *Jämlikhet mellan kvinnor och män I EG-rätten. En feministisk analys*, Uppsala 1999.

Nielsen, Ruth, *European Labour Law*, 1. edition, Copenhagen 2000.

Nielsen, Ruth, "Annotation of Case C- 177/88 *Dekker and Case C-179/88 Aldi*" i *Common Market Law Review* 29: 160 – 169, 1992.

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 3:e upplagan, Stockholm 2002.

Votinius, Jenny Julén, *Föräldrar i arbete. En könskritisk undersökning av småbarnföräldrars rättsliga ställning*, Göteborg & Stockholm 2007.

Internetsidor

www.eu-upplysningen.se/Lagar-och-regler/Omfordragen/Amsterdamfordraget/

www.forsakringskassan.se/nav/33ab711087ee4d9559e9c471a5986053

Rättsfallsförteckning

Domar från EG-domstolen

Mål 43/75 Gabrielle Defrenne mot Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena (Nr 2) [1976] ECR 455

Mål 96/80 J.P. Jenkins mot Kingsgate (Clothing Productions) Ltd. [1981] ECR 911

Mål 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz [1986] ECR 1651

Mål C-237/85 Gisela Rummler mot Dato-Druck GmbH [1986] ECR 02101

Mål C-177/88 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker mot Stichting Vormings Centrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus [1990] ECR I-3941

Mål C-342/93 Joan Gillespie m.fl. mot Northern Health and Social Services Board m.fl. [1996] ECR I-00475

Mål C-66/96 Høj Pedersen m.fl. mot Kvickly Skive m.fl. [1998] ECR I-7327

Mål C-411/96 Margaret Boyle m.fl. mot Equal Opportunities Commission [1998] ECR I-6401

Mål C-333/97 Susanne Lewen mot Lothar Denda [1999] REG I-7243

Mål C-147/02 Michelle K. Alabaster mot Woolwich plc, Secretary of State for Social Security [2004] REG I-3101

Mål C-220/02 Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten mot Wirtschafts-kammer Österreich [2004] ECR I-5907

Mål C-191/03 North Western Health Board mot Margaret McKenna [2005] ECR I-7631

Domar från Arbetsdomstolen

AD 2009 nr 13

AD 2009 nr 15